



中国法治实践论丛

司法权论

——当代中国司法权运行的
目标模式、方法与技巧

主编 ▶ 汪习根



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

中国法治实践论丛

司法权论

——当代中国司法权运行的
目标模式、方法与技巧

主 编 汪习根

副主编 廖 奕

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

司法权论:当代中国司法权运行的目标模式、方法与技巧/汪习根主编. —武汉:武汉大学出版社,2006.5

中国法治实践论丛

ISBN 7-307-04923-6

I. 司… II. 汪… III. 司法制度—研究 IV. D916

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 016351 号

责任编辑:王军风

责任校对:程小宜

版式设计:支笛

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:wdp4@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)

印刷:湖北省通山县九宫印务有限公司

开本:787×980 1/16 印张:33.5 字数:479千字

版次:2006年5月第1版 2006年5月第1次印刷

ISBN 7-307-04923-6/D·668 定价:49.00元

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

感谢中国法学会
对本课题的资助

目 录

导 言 在冲突与和谐之间

——司法权本性的追问	1
一、作为生活艺术的司法	1
二、作为社会溶剂的司法	4
三、作为逻辑语言的司法	10

第一章 司法权的性质

第一节 国家司法权在权力系统中的定位

一、司法权与立法权、行政权在宏观层面的比较	17
二、司法权与立法权、行政权在微观层面的比较	19

第二节 对司法权性质的反思与重新定位

一、公正性反思：以公正性为主，辅之以效率性	28
二、裁判性反思：以裁判性为主，辅之以服务性	31
三、独立性反思：以独立性为主，辅之以制约性	37
四、职业性反思：以职业性为主，辅之以大众性	46
五、被动性反思：以被动性为主，辅之以主动性	53
六、公开性反思：以公开性为主，辅之以秘密性	59
七、交涉性反思：以交涉性为主，辅之以命令性	65
八、中立性反思：以中立性为主，辅之以倾向性	70
九、格式性反思：以格式性为主，辅之以便利性	75
十、终极性反思：以终极性为主，辅之以再启性	80

第二章 司法权的构成	86
第一节 司法权的内部构成要素	86
一、司法权的主体	87
二、司法权的客体	92
第二节 司法权的权能构成	95
一、审判权	96
二、司法审查权	103
第三章 司法权的运行过程	111
第一节 司法权运行过程概述	111
一、司法权运行过程和司法程序	111
二、研究司法权运行过程的意义	112
第二节 司法权的运行过程	114
一、司法权的启动	114
二、司法权的终结	117
三、司法权的实现	129
第三节 当代中国司法权运行的制约因素	132
一、执政党对司法权运行过程的影响	133
二、最高权力机关对司法权运行过程的影响	136
三、司法机关内部监督机制对司法权运行过程的影响	139
四、社会对司法权运行过程的影响	142
五、当事人对司法运行过程的影响	148
第四章 司法权的反思	152
第一节 司法权的“异化”现象	152
一、司法权独立的异化及其后果	154
二、司法“程序理性”的异化及其后果	155
三、法官职业素质的异化及其后果	158
第二节 异化背后的反思	162
一、传统司法文化的历史积弊	162
二、近代曲折多舛的两次司法革命	170

三、当代困难重重的第三次司法革命	173
第三节 机遇与挑战:司法现代化	180
一、知识经济的兴起	180
二、科学技术的发展	181
三、全球化浪潮的冲击	182
第五章 司法权的创新	185
第一节 司法权的创新概述	185
一、司法权创新的概念	185
二、司法权创新的内涵	187
三、司法权创新的意义	189
四、当前司法权创新理论评述	192
第二节 当代中国司法权创新的路径	196
一、自上而下的国家推进模式	196
二、自下而上的民间演化模式	210
第六章 当代中国司法权运行的目标模式	218
引言:当代中国司法权研究之谜	218
第一节 目标模式的理论基底	220
一、导论	220
二、司法本质的理论评思	228
三、司法过程的均衡分析	238
第二节 目标模式的战略设计	248
一、非均衡发展:当代中国的基本国情	248
二、寻找“均衡”:当代中国司法权的目标定位	252
三、当代中国司法权运行的目标模式图解	260
第三节 当代中国司法权运行目标模式的要点分析	268
一、司法权均衡的统治类型选择	268
二、司法权均衡的内部要件连接	272
三、司法权均衡的中心区域建设	282

第七章 传统法律文化与司法建设	288
第一节 法律文化的基本问题	289
一、法律文化的涵义	289
二、法律文化研究的立场	292
三、中国现阶段法律文化的渊源	295
第二节 传统法律文化与司法建设	300
一、传统法律文化研究的现状解析	300
二、传统法律文化研究的个案解析	303
第三节 现代性叙事与后现代的挑战	316
一、现代性叙事的特点	316
二、后现代主义的挑战	318
第八章 现代司法理念与法官思维模式	332
第一节 现代司法理念的特征与基本构造	332
一、现代司法理念概述	332
二、现代司法理念的关联因素	335
三、现代司法理念的内容	341
第二节 司法理念与法官思维模式的关系	352
一、法官思维模式概述	352
二、法官思维模式的特征	354
三、现代司法理念与法官思维模式的关系	361
第三节 法治中国的法官思维模式	363
一、法官思维模式的关联因素	363
二、法官思维模式的类型及法治中国法官思维模式的选择	370
第九章 当代中国司法权运行的思维模式	381
第一节 司法思维的涵义与特征	381
第二节 司法思维的方式与方法	385
一、司法思维的方式	385
二、司法思维的方法	387
第三节 司法思维的路径与过程	388

一、理论上的几种学说观点	389
二、庭审的思维路径与过程	392
三、裁判的思维路径与过程	393
第四节 司法思维的原则与规则	394
一、司法思维的原则	394
二、司法思维的规则	397
第五节 司法思维的环境与保障	404
一、文化环境与社会认同	405
二、制度环境与司法独立	407
三、机制环境与司法中立	408
四、物质环境与司法保障	409
五、人文环境与司法素养	409
六、道德环境与司法良知	411
七、教育环境与司法培养	411
 第十章 当代中国司法权运行的方法技巧	413
第一节 概念及其关联性	413
第二节 事实探知中的法律方法	417
一、事实探知的证明模式	417
二、事实探知的逻辑基础	420
三、事实探知的思维特点	422
第三节 准据识别中的法律方法	425
一、准据的识别问题	426
二、准据识别的思维路径	428
三、准据识别的思维方法	431
第四节 法律推理中的法律方法	435
一、法律推理的概念解析	435
二、在经验思维与理性思维之间	438
三、法律推理的思维形式	441
第五节 法律解释中的法律方法	443
一、法律解释的思维目标	444

二、法律解释的思维原则	448
三、法律解释的思维路径	450
四、法律解释的思维方法	451
第六节 法之续造中的法律方法	456
一、概述	456
二、漏洞补充中的法律思维	458
三、利益衡量中的法律思维	468
四、司法造法中的法律思维	472
第七节 自由裁量中的法律方法	484
一、司法自由裁量权的基本涵义	484
二、司法自由裁量的思维理性	485
第八节 法律论证中的法律方法	488
一、法律论证的概念与辨析	489
二、法律论证与思维方法	493
三、裁判文书中的论证思维	498
 第十一章 构建约束司法行为的实践理性	503
第一节 职业理性:司法理念与职业规范	504
第二节 思维理性:思维范式与认知规律	511
第三节 行为理性:法律方法与司法技术	513
 参考文献	517
后 记	526

导 言 » 在冲突与和谐之间 ——司法权本性的追问

古往今来，理论家与实践家对司法权问题进行了孜孜不倦、持之以恒的研究，其学说与观点可谓异彩纷呈、丰富多样。伴随着依法治国号角的吹响，声势浩大的司法改革在中国大地风起云涌，全面展开。一时间，“司法改革”成为国人法治语境下的一个最常见词汇。人们或关注司法正义、或聚焦法律程序、或呼唤司法形式、或侧重法律同质、或讴歌法官理性、或主张体系重构，各种思想荟萃、蔚为大观。然而，任何改革的过程注定是痛苦而艰辛的，也不可能指望一蹴而就，甚至不可避免地还会走弯路。探寻具有恒久生命力而又适应社会组织体的司法制度，必须正本清源、统筹规划，从揭示司法权的奥秘入手，实现从本体论到方法论的创新。只有牢牢地抓住司法权的真实本性，还原司法的本来面目，以真实司法为出发点，才能为实现创设司法权之初衷奠定坚实的基础。

一、作为生活艺术的司法

司法的源头与初衷何在？它既不是法学家的设计，也非司法者的创构，而是根植于生活的现实需求。当然，它已远非本色调的生活，而是被涂上无数层油彩的生活艺术。正如天赋人权论的提出者格劳秀斯所言，法学是“从正义而生活之学”。^①“法学是关于神

^① 转引自王勇飞编：《法学基础理论参考资料》第1册，北京大学出版社1980年版，第42页。

和人的事务的知识；是关于正义和非正义的科学”；^①而法律（*ius*）又是正义和善的艺术。“作为一门科学，它是关于人类的与神明的事物之一知识，是关于是与非的一种理论；作为一门艺术，它乃是对善与公正的事物之促进。”^②可见，作为法律之适用的司法，实质上是一门关于正义的生活艺术。从这一意义出发，基于艺术的原生性与再构性的重叠，不难发现司法生活的真谛。

首先，司法源自生活。艺术的原型植根于生活的真实土壤，艺术在本质上是生活的真实写照。没有无客观参照的艺术创造。司法艺术虽以一套专业性规则体系为支撑，但必定是对外在对象世界的能动反映。无论多么高超的判案艺术、无论多么抽象的法律技艺、无论多么神秘的法律职业，都必须直面社会生活的纷争，抚平真实生活的创伤，恢复被割裂的既定秩序，实现权利的强力救济。从主体来看，司法生活中的活跃力量始终是有血有肉的能够吐露真情实感而非言不由衷的个人，同艺术创构中的故事角色扮演者有着根本不同。原告、被告、律师、监护人、代理人之类的角色是“真我”、“自我”而非“去我”、“非我”。即使格外青睐“去我化”的法官角色，也无法与艺术角色中的判官同日而语，注定只能是一个真实的生活中的裁判者。从客体看，司法关注的是人与人交互作用的对象，要么是客观外物，要么是人造物品，而不可能是艺术想象与虚构之物。论及生活化的司法，旨在反思司法的功能是如何缘起及如何发挥的这本身源性命题。为透彻理解起见，有必要循着艺术的特质追问下去。我们知道，艺术源于生活而又高于生活，司法高于生活应是司法艺术的第二特性。对社会关系调控模式的选择、判断之正义与非正义标准的确定、司法程式的设定以及规则体系的设计，搭建起了实质意义上的司法艺术殿堂，而威严的法官、冷色的法器、森严的囚室、冰冷的镣铐、无情的面孔，构筑起了一道隔

① [古罗马]查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，商务印书馆1989年版，第5页。

② 《学说汇纂》D.1, 1, 1, Pr—1. 参见[英]登特列夫：《自然法》，台湾联经出版事业公司1984年版，第13页。

离法律生活与社会生活的樊篱。虚构与假想是艺术的魅力之所在，在司法中通过人类主观世界的高度想像力而在创造与再创造中被淋漓尽致地表现出来。或许这正是司法高于生活的表征，但这不应成为司法远离生活的借口。

于是引发我们进一步拷问司法艺术的去路即司法艺术的生活原型与生活创造，亦即源于生活的司法与高于生活的司法之间究竟应当是何种关系？不妨将此简单地归纳为司法再现生活——司法艺术的第三特质。其实，学界早就注意到这一矛盾并已作了选择，关于司法的广场化与剧场化诘问就曾经是一个饱含新意的探讨。令人惋惜的是，司法的广场化被否定而剧场化被当成司法的根本特征。其理由在于法庭好比剧场，法官、当事人好比剧中人，司法行为好比是按既定套路演戏，每个戏中人都已不是自我，而是被塑造过了的主体。他们与在广场中自得其乐、自思其苦的真实大众完全不同。毋庸置疑，司法的剧场化色彩，而唯剧场化显然是值得推敲的。理性地看待司法，它与作为一门独立科学的艺术是完全不同的，司法不只是或者主要不是剧场行为，而主要是广场式的行为。不能说广场行为就没有类似剧场中的游戏规则与现存套路，现代社会已是一个高度规则化、格式化的社会，广场同样遵循着早已被创设与默认的规则，而且更为重要的是广场规则比起剧场规则更具有真实性、本色调。当然，无论剧场也好，广场也罢，都只是对司法的最不恰当的比喻中的最形象的比喻而已，并不能覆盖司法艺术的所有本质要素。司法艺术必须在形式规则与真实生活中达成妥协与谅解，再现真实生活，重构真实关系，完成司法使命。为此，在司法中应添加进一个型塑与再生的程序，即对主体呈现的客观事实和流露的真情实感对照法律文本进行甄别、分析与取舍，而非简单复制与反映生活原型。但无论如何去推导与创造，都不可忽视对分析工具、分析思路与分析过程的优化选择，而这恰恰是现实司法中重视不够的一大难题。如法律解释作为司法工具，在构造司法艺术上发挥着不可替代的功效，无论是享有解释权力的官方还是并无法定解释权的普通司法官吏与民众，无时无刻不在发挥解释的天赋试图创造司法依据。司法官吏在成文法制度下总是按自己的方式与知识去理解与

阐释法并依此裁判案件，而社会大众包括当事人与律师也将自己对法的解释以各种方式输送给司法官吏，试图在解释与说服中获胜。犹如艺术家的画笔与思路，不同的组合与搭配必然生出不同的作品。所以，司法应当尽最大可能地重现客观真实与生活原型，尽最大努力地按照正义与善德来揭示、阐释与演绎生活的理性秩序。司法再现与还原生活的深刻道理在于司法是社会生活的总结者与评判者。

司法回归生活应是司法生活艺术的最高境界与根本特征。摇摆于角色意识与大众意识之间的司法理念，总是让人琢磨不透为何要回归生活、还原生活。生活是最好的老师，生活中包含这一道理的例证比比皆是，一个客观事实由于没能在法定举证期内提交，而致使当事人输掉一场本该胜诉的官司；一个结果公平的裁判由于被认定没有遵循立法与司法的分工原则而被判断为司法权侵犯了立法权并因此大受责难……可见，司法教条主义与司法主观主义并非司法的固有原则，而司法理性主义与司法现实主义的融合才是司法正义的必由之路。值得强调的是，这里决非否定司法形式的功绩与必要，相反，必须珍爱好不容易才发现的程序规则与形式正义。关键是要关注司法艺术形式包裹下的内容、艺术表现手法下的本质与终极追求，即司法与真实生活和生活中的活生生个体的利益的亲和力。

二、作为社会溶剂的司法

司法是和谐社会生活的公平正义之术。司法以其独特的规则与技巧，调和着社会冲突，弥合着关系裂缝。司法是无序社会的溶解物，司法是社会和谐的缔造者。社会结构的调整与转型必然形成一个多元社会的利益格局，呈现出多元主体的多样化利益定位与利益配置。于是，主体利益的冲突与利益的失衡现象便不可避免，甚至累积为一种潜在危机。为此，和谐社会的构建理论便应运而生。法治作为利益关系的最有效调节机制，在现代社会中平衡着利益关系、化解着利益纷争、优化着利益配置，因此，法治视野的司法之术是和谐社会构建的基本前提与首要保障。

司法以其独有的规范与确认机制固化了主体的利益关系。如果说立法是利益资源的初次分配,那么,司法则是对利益资源的再分配。在宪政与法治下,社会主体关系的最简约模式无非三种:公共权力与公民权利的关系、公共权力与公共权力的关系、公民权利与公民权利的关系。司法机制的运作恢复和补救了被打破的这些理性关系模式,从而维持着社会的稳定与有序状态。秩序是司法的第一功能,古有定纷止争的司法功能之说,今有秩序之法律基本价值之谓。而和谐的底线正是秩序。秩序固然有民主下的秩序和暴政下的秩序之分,但没有秩序即无和谐已成公理。具体言之,对当事人之间个案之裁判,维系着具体的秩序关系。从法社会学角度看,司法是被动地担当个案裁判员角色还是以此为前提主动地充当社会和諧的建构者?这并不是一个已成共识的话题。送法下乡与坐堂问案、迳行判决与调解结案、程序至上与实体至上之争就是生动例证。马锡武审判方式在现实中遭遇的尴尬、调解制度在中国历经了一波三折后又被当作“东方经验”而大行其道……如此等等,不能仅仅停留在个别现象上进行表层评判,迫切需从法理高度揭开其潜在本质。其症结在于司法理念的定位与目标模式的确定,即为什么而司法?司法的追求何在?司法所预期的价值究竟是单一的还是复合的?如果存在复合的司法预期,其内在的要素究竟孰轻孰重?

对这些问题的回答有赖于处理为“民”司法与为“公”司法的关系。司法“为民”是司法的出发点和落脚点。“人民司法”是现代中国法律制度与众不同的一大特色。司法“为民”可以阐释为“民意”、“民本”、“民情”与“民权”。民意即人民的意志和利益,是一个相当优化而集合的概念,应由社会主体的意志来主宰司法,以社会利益来为司法导向。尽管当代中国没有判例法制度下的法官造法、司法不能根据社会利益和社会发展而创制甚至变更法律,但司法风格、司法价值、司法态度和司法思维定向总是与一定社会利益判断和价值观念息息相关的。同时,和谐司法必然要求民主司法而非专断司法与司法为私。民本是司法乃至现代法律的精髓。以人为本就是要以人为基点、尊重人格尊严和人的基本价值,关注人的自由而全面发展,在法律活动中浸透普遍的人文精神和人

文关怀。无论是散发着浓厚人本气息的自然法学，还是去道德化的分析法学，抑或社会利益法学等西方法学流派，时至今日都无不承认法律的道德因素与人性基础。可见，司法理应以人格尊严和人格平等为着眼点，以人类理性和社会道德为条件，实现人类生活的价值追求。那种冷漠无情的司法看似中立，实质上是不可能达到司法的社会功效的。正如哈特所言，“对人类本质和人们生活于其中的世界的某些非常明显的一般化——也就是公理——进行的反思表明，只要这些仍然有效，那么就有一些行为规则，任何社会组织要想能维持下去的话就必须包容它们……这些以关于人、他们的自然环境和目标的各种基本事实为基础、被普遍承认的行为规则，可以被认为是自然法的最低内容”，^① 应当被注入到法律规则及其具体实施之中。这些人类的伦理道德和权利价值渗透到法之中，作为“整体性的审判原则引导法官在确认法律权利和义务时，尽可能以下述假定为依据：法律权利和义务都由一个创制者，即人格化的共同体所创造，对正义和公正的构成做出前后一致的表述”。^② 可见，作为法律帝国首都的法院，应当体现它的社会价值与鲜明的伦理选择。就社会价值而言，“如果它在法院也能很好地为我们服务，那么它在日常生活中也肯定会行得通……法律的态度是建设性的：它以阐释的精神，旨在使原理高于习惯，以指明通向更美好的未来的最佳道路，对过去则持正确的忠实态度。最后，它是一种友好的态度，我们尽管对计划、利益和信念各执己见，但对法律的态度却表达了我们在社会中是联合在一起的。总之，这就是法律对我们的意义，为了我们想要做的人和我们旨在享有的社会”。^③ 因此，司法并不是与世隔绝，与世情民风、习惯风俗毫无干系的，司法在严守自己的领地、忠于职守的过程中，融贯了民情、民意；本着对人类

① Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon, 1961, p. 193.

② Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1986, P. 225.

③ Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1986, p. 413.

价值和社会利益的守护与调控,实现了社会公平与人权。反观现实中国,面对权力与权利在某种程度的张力、面对经济与社会发展的失衡、面对人类发展与自然的非均衡、面对城乡二元结构所背上的沉重包袱,尽管司法具有被动的一面,但它能够视而不见、置若罔闻吗?人权至上是“为民”之司法的实体标准,而便民、利民、亲民、护民则是其外在要求。这不是要否定司法的形式科学性与中立被动性,而是旨在弘扬被淡忘了的司法风格与司法态度,这种司法风格与司法态度既是一种无形的精神动力,又是融入有形的制度安排与行为模式之中。司法实证研究早已表明,不同的审判风格、审判态度与审判作风及由此体现的不同审判活动,在司法信仰及社会认可度与公正性方面都会有不同的效果。

司法和谐并不等于“和稀泥”,不能以和谐取代公正,将和谐司法与公正司法对立起来。和谐是从司法精神、行为态度、风格及立基点上来讲的,而公正则是从实质内容与客观标准上而言的。和谐有助于指导公正地司法,树立公正司法的权威,铸造民众的尚法信念。而公正则是和谐的根本保障和运行机理之所在,失去公正的和谐秩序只能是人治下的专制与滥权,有违民主法治的原则。因此,“为民”司法与“为公”司法是和谐一致、相映成趣的。司法“为公”中之“公”包含着丰富的意蕴:

首先是“公正”。谁都承认公正是司法的生命。而公正是实质公正和程序公正、个体正义与社会正义的统一体。在此两对关系之间,究竟什么更为重要?历来存在争议。有的认为司法以公正的实体价值为优,有的则以程序正义为本;有的认为司法的核心理念在于个案正义,有的则主张社会正义才是司法的核心价值。这似乎始终是一个难解之谜。其实,只要引入司法之为“民”的理念,便可发现,谋求实体与程序的统一、个案与社会正义的一致,才是根本出路。司法首先面对的一个一个具体案件,而要真正公正地而非形而上学地只顾教条式司法,就必须从社会正义的一般要求出发,发现和寻求真理。这在非判例法下也应当是可能而必要的。因为规则是机械的,生活是难以完全被规定的。而正义恰好是存在于社会生活之中的。但是,也切切不可片面强调司法为民,以此损害司法