

SUQIU YU HUIYING

DANGJIN ZHONGGUO NENG DONG SIFA DE LILUN YU SHIJIAN

诉求与回应：

当今中国能动司法的理论与实践

——主要以江苏法院司法实践为例

姜正前 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

SUQIU YU HUIYING

DANGJIN ZHONGGUO NENG DONG SIFA DE LILUN YU SHIJIAN

诉求与回应：

当今中国能动司法的理论与实践

——主要以江苏法院司法实践为例



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

诉求与回应:当今中国能动司法的理论与实践:主要以江苏法院司法实践为例/ 娄正前著. —北京:法律出版社, 2011. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2044 - 0

I. ①诉… II. ①娄… III. ①司法—工作—研究—浙江省 IV. ①D927.530.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 060420 号

诉求与回应:当今中国能动司法的
理论与实践

娄正前 著

策划编辑 刘伟俊
责任编辑 班运华
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 11 字数 285 千

版本 2011 年 6 月第 1 版

印次 2011 年 6 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 保定市中画美凯印刷有限公司

责任印制 张宇东

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2044 - 0

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

李玉生^{*}

2009年8月,最高人民法院王胜俊院长在江苏法院视察调研时指出,能动司法是人民法院服务经济社会发展大局的必然选择,坚持能动司法,是人民法院为大局服务、为人民司法的时代要求。由此,能动司法确立为当代中国司法的基本价值取向,成为中国特色社会主义司法制度的一个基本特征。与此同时,能动司法也成为我国法律理论和实务界的热门话题。但是,何谓能动司法?当代中国的能动司法与西方法治发达国家的司法能动主义有何区别?今天我们提出能动司法的意义何在?如何构建我国能动司法的实践机制?对这些问题,由于相关的理论研究尚未深入,司法实践尚不充分,因而亟待进一步深入研究和总结。正是在这一时代背景下,姜正前同志选择当代中国能动司法的理论与实践作为研究对象,不仅具有十分重要的理论价值,而且具有实践探索的指导意义。

该书从能动司法的基本范畴入手,追本溯源,在中外比较的基础上,寻求当代中国能动司法的成因。作者没有简单地陈述能动司法

* 法学博士,江苏省高级人民法院副院长,南京师范大学法学院教授,博士生导师。

的概念,而是在深刻把握当代中国能动司法的现实背景的前提下,进而探究能动司法在我国的真正意蕴,以求对其性质和特征作出更清晰的理解和解释。在此基础上,作者较为详尽地探讨了能动司法的功能、历史演变、基本原则等问题,最后结合江苏法院的司法实践,从程序和实体两个方面对当代中国能动司法的实践进行了概括和总结。全书洋洋洒洒,几乎涉及中国能动司法的各个方面,形成一个较为完整的体系。

该书立足于回应型司法的思想,认为司法从以规则为中心变成以解决纠纷为中心,同时司法本身也从神秘走向公开。基于此,全书贯穿了一个基本指导思想——司法活动应当以满足现实社会民众的司法需求为最高价值,要求法院和法官对政治形势能够敏锐地观察,对社会矛盾能够准确地分析,对民众心理能够深刻地把握,对社会矛盾纠纷能够案结事了。综观全书,既有一定的理论深度,也有较为丰富的实践案例,两者相得益彰,这也是本书显著的特色之一。

从理论方面来看,有人担心司法能动会与司法克制、司法被动性等司法规律产生冲突,虽有一定道理,但这种观点归根结底是出于对能动司法性质的误解。作者对当代中国的能动司法与西方尤其是美国的司法能动主义的内涵,从宏观到微观进行了深入细致的剖析比较,作出了理性而全面的回答。作者认为,当代中国能动司法的本质不在于诉讼程序上主动或被动,而是在于发挥中国司法的服务功能,通过有效化解进入司法的各种社会矛盾,为经济社会的发展提供有力的司法保障。理论和实务上的不同声音,往往将当代中国的能动司法与西方国家的一种司法哲学观简单地联系起来,没有考虑不同的社会背景和司法传统,对人民法院提出过多的期待,作者认为这不符合我国现行政治体制的要求,也没有比较成熟的社会基础。当然,能动司法必须遵循司法活动的基本规律,基于此,本书提出了能动司法应当遵循的四个基本原则,应当说具有一定的理论意义和创新价值。从实践方面来看,本书既融入了作者个人长期从事审判工作的实践及心得,也充分结合了近年来江苏法院能动司法的生动实践。

这些鲜活的案例,从能动司法的参与主体、工作方法、工作场所等方面进行了一定的归纳或探索,使司法活动能够更加贴近法律的基本目的和精神,不仅充分印证了能动司法在我国的可行性和必要性,也为进一步加强当代中国能动司法的理论研究和实践创新奠定了一定的基础。作为长期工作在审判一线的民事法官,娄正前同志积极地投身当代中国能动司法的伟大实践,并能够认真地将这些生动的实践加以总结和提炼,为我国法学理论界和实务界提供了丰富翔实的第一手资料,实在难能可贵。

为别人的著作写序免不了有些无奈,但为学生的著作作序,我心中充满了欣喜。面对娄正前同志的这本处女作,不禁感慨万千。他长期从事繁重的民事审判工作,压力之大不言而喻,能在业余时间写出这本专著,不仅为其学校三年的法学理论学习得以充分发挥而感到欣慰,更深感其毅力之坚韧。有此精神,何事不成!在本书即将付梓之际,我衷心希望娄正前同志能够在工作和事业上取得更大的进步,也希望有更多的法官投身到中国的应用法学研究中来!

是为序。

2011年3月于南京仙林

西方能动司法起初主要表现形式是法官造法,早在布莱克斯通和边沁的那场争论中已经有所涉及。从某种意义上而言,能动司法是现代司法发展的一种必然趋势,是现代法治发展过程中的一种积极现象。笔者认为,应当从提出能动司法的现实背景谈起,有助于我们对能动司法有一个全面把握。所谓的能动司法,即是人民法院为实现国家赋予其促进政治文明、维持社会稳定、促进经济发展等各项职能,运用科学的工作方法,主要包括政策考量、利益平衡、自由裁量等方法审理案件,创新工作思路,延伸审判职能等,最终将案件处理达到法律效果与社会效果的完美统一,使司法获得人们普遍认可的正当性,从而促进社会和谐和稳定,实现国家持续稳定的科学发展。能动司法具有人民性、政治性、司法性、社会性。它具有以下几个特征:维护社会和谐稳定是能动司法的根本目的,能动司法必须充分行使法官自由裁量权,服务意识是能动司法的精髓,能动司法离不开政治习惯、道德、文化及法律等因素的综合考虑、能动司法中审判规则呈现系统性。能动司法可以充分保障公民的诉权,促进社会和谐,满足人民群众的司法需求,可以进一步提升司法权威,并能为社会经济发展保驾护航。

西方的能动司法理论和实践在争论中萌芽和发展,表现为从“自动售货机”机械司法的思想到能动司法的理论崛起。我们通过对中

国传统法律思想中所表现的能动司法与西方的比较,来挖掘中国传统能动司法的思想,不仅具有现实意义,而且也验证了中国当时某些方面的法律水准毫不逊色于西方。新中国时期,无论是从新民主主义政权时期还是改革开放以来,能动司法在实践中自觉或者不自觉地都在发展中并得到充实。当然,中国能动司法思想与西方能动司法思想虽然存在相通之处,但由于政治基础、生存环境、功能、实现手段等方面的区别,两者更多地体现差异。在操作层面,能动司法应当遵循个案裁判相对被动与大局主动相结合、法官能动思维的多维性、法律效果与社会效果相统一和最大限度地获取社会认同的四项基本原则。最后,我们应当将能动司法思想贯彻到实践之中,包括程序和实体处理方面,才是理论探讨的最终目的。

绪论	1
第一章 能动司法的基本范畴	6
第一节 能动司法的涵义	6
一、西方国家对能动司法的看法	6
二、当今学者对中国能动司法的理解	8
三、深刻把握当今中国能动司法的现实背景	12
四、笔者对能动司法的理解	21
第二节 中国能动司法的性质	22
一、人民性	23
二、政治性	27
三、司法性	29
四、社会性	32
第三节 中国能动司法的特征	37
一、维护社会和谐稳定是能动司法的根本目的	38
二、自由裁量是能动司法基本手段之一	39
三、服务社会和人民是能动司法的宗旨	42
四、能动司法离不开政治、习惯、道德、文化及法律等因素的	

综合考虑	46
五、能动司法的审判规则呈现系统性	53
第二章 能动司法的功能	60
第一节 能动司法可以充分保障公民的诉权	60
一、诉权的性质及其特征	61
二、当前公民在诉权实现过程中存在的困难及其反思	63
三、加强能动司法,切实保障公民的诉权	66
第二节 能动司法可以促进社会和谐	68
一、能动司法,实现定分止争	69
二、能动司法,引导社会主流价值观的形成	73
三、能动地发挥调解作用,将社会矛盾减少到最低程度	80
第三节 能动司法可以满足人民群众的司法需求	88
第四节 能动司法可以进一步提升司法权威	91
一、马克斯·韦伯几种权威观的比较	92
二、法官自由裁量权对法理型权威的动摇	94
三、能动司法整合魅力型权威与法理型权威合理因子,提升司法权威	96
第五节 能动司法可以为社会经济发展保驾护航	100
一、经济发展给人民法院带来的挑战	100
二、针对普遍性问题,加强调研并提出对策	102
第三章 能动司法的历史演变	106
第一节 西方能动司法理论的萌芽与兴起	106
一、西方能动司法的前身——“自动售货机”	106
二、西方能动司法理论的萌芽	108
三、西方能动司法概念的产生及其意义	112
第二节 中国传统社会中能动司法之考察	115
一、能动司法性的法理依据	117

二、中国传统社会中能动司法的具体表现	119
三、对当今中国司法实践的启示	124
第三节 新中国能动司法的发展轨迹	128
一、传承中国传统和借鉴西方先进思想的必要性	128
二、新中国能动司法的发展轨迹	129
第四节 当今中国的能动司法与西方司法能动的异同初探	142
一、相通之处	142
二、差异之处	146
 第四章 当下中国能动司法的基本原则	 157
第一节 相对地被动与主动相统一原则:能动司法的态度	158
一、个案裁判的相对被动	159
二、社会大局观念:主动地提供服务	164
第二节 法官能动思维的多维性原则:能动司法的过程	166
一、能动思维的定位	167
二、影响能动思维的主要因素	170
三、多维性的能动司法之探讨	173
四、多维性能动思维的运行策略	181
五、几点启示	185
第三节 法律效果与社会效果相统一的原则:能动司法的向度	189
一、法律效果与社会效果统一的基础价值:“以民为本”	189
二、法律效果与社会效果统一的程序要件:依法办案和司法能动	191
三、法律效果与社会效果统一的实现途径	192
第四节 最大限度地获取社会认同的原则:能动司法的结果	198
一、社会认同度界说及其引入机理	198
二、最大限度地获得社会认同需考察的参数	200
三、能动司法过程中最大限度地得到社会认同的评估	205

第五章 能动司法的实践与经验(程序篇)	208
第一节 诉权保障:能动司法的程序环节	208
一、能动司法与公民权益保障的关联性略考	208
二、当前能动司法值得注意的问题	212
三、完善能动司法的基本考虑	216
第二节 理解与尊重当事人:能动司法中人的因素之一	220
一、值得法官注意的不良现象	220
二、能动司法基本经验	222
第三节 正确把握与代理人的关系:能动司法中人的因素之二	225
第四节 释明权运用:能动司法中对人的指导与关心	228
一、江苏省法院系统行使释明权的具体经验	229
二、行使释明权取得的实效及成功原因分析	232
三、江苏省法院系统行使释明权经验的推广价值之论证 及其完善	235
第五节 证据规则运用:能动司法的灵活应对	240
一、是否作出裁判的回答	240
二、裁判依据何在	242
三、如何进行证明责任分配	243
四、本案中一个变数的处理	245
五、结论	247
第六节 将能动司法的服务理念贯彻到实践	248
一、整合司法资源,挖掘自身潜力	248
二、紧密结合实际,参与社会管理	251
三、提出前瞻性和预见性较强的司法建议,为地方党委 政府决策提供参考	252
四、深入调研,及时为企业提供司法建议,为地方企业发展 提供法律保障	254
五、强化诉调对接,服务地方建设	256

第六章 能动司法的实践与经验(实体篇)	260
第一节 法律的灵活解释——以合同解释为例	260
一、引言	260
二、合同及合同解释	262
三、意思自治:合同解释的内在根据	264
四、法院强制:合同解释的外在根据	265
五、本案处理的点评	266
第二节 民俗习惯的正确运用	268
一、民俗习惯与民事审判的耦合	269
二、当前民俗习惯在民事审判中运用状况的宏观考察	270
三、民俗习惯在审判实践中的运用	274
四、能动司法——民俗习惯与法律适用的协调处理	277
第三节 类型化案件研究:能动司法的问题应对	280
一、新形势下“涉农”案件的能动司法的对策	280
二、雇员受损赔偿案的类型化研究	285
三、家庭暴力中受害者的法律救济	300
四、离婚扶助制度的实务应对	308
第四节 执行过程中能动司法的运用——以听证制度为例	318
一、执行听证程序的基本认识	318
二、执行听证对部分公民诉权的侵蚀	319
三、部分案件执行听证违背司法的正当程序	321
四、部分案件执行听证违背听证程序自身的运作机制	323
五、几点建议	324
第七章 中国能动司法的展望	
——代结束语	326
后 记	333

绪 论

关于能动司法观点的发展,其一度曾为西方理论界和司法界讨论的热点,构成了法院审理案件中最基本的方法。特别是在美国,能动司法是和司法克制相对应的一个概念。自从法治理念传播以来,严守法律形式主义、规则至上主义是所有奉行法治的国家在司法中被普遍接受和运用的主张。但是,随着社会生产方式的迅速发展,新型纠纷、疑难案件越来越多,导致不加分析地严守司法克制主义,可能对一些新型案件、疑难案件和复杂案件而言,反倒不能更好地解决。于是,反思法律形式主义、司法克制主义,就在法学界和法律界得以展开。在理论上的成果就是法律现实主义等法学思潮的诞生,在实践上的成果就是能动司法的出现。

我国正处于转型期,社会的变革使社会生活主体利益高度分化、社会关系日趋复杂,价值判断的多元性加之全球性金融危机对我国经济社会发展的影响,形成不同利益的冲突,以致各种群体性事件不断,纠纷和诉讼数量快速上升。在此背景下,近年来中国司法实务和理论界普遍认为,司法观念应当有所转变,应适度实行能动型的司法,亦即强调司法需要充分发挥主观能动性,积极应对经济社会领域内出现的各类问题,以促进社会和谐稳定,为经济社会发展提供强有力的司法服务和司法保障。

最高人民法院王胜俊院长认为,人民法院能动司法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

会发展服务。王院长指出,我国能动司法有三个显著特征,即紧紧围绕服务经济发展、维护社会稳定、促进社会和谐、保障人民权益的要求,积极运用政策考量、利益平衡、和谐司法等司法方式履行司法审判职责的服务型司法;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,主动沟通协调,努力形成工作合力的主动型司法;根据经济社会发展要求,未雨绸缪,超前谋划,提前应对,努力把矛盾纠纷解决在萌芽状态的高效型司法。有效服务,是能动司法的核心。在服务上做文章,在服务上下工夫,切实增强能动司法的针对性。^① 对此,实务界都作出了积极回应。但理论界对此研究较少,在新的历史时期,司法怎么样在保增长、保民生、保稳定方面发挥作用,或者究竟能不能发挥作用,能发挥多大的作用,这些看法和认识还是不清晰的,甚至有人产生怀疑。

至此,我们不禁要问,中国当今的能动司法与西方尤其是美国所提及的能动司法在内涵上是否一致?答案显然不能非黑即白,我们只有从宏观到微观作出深入细致的剖析,才能作出理性而全面的回答。这是笔者写作本书的初衷,也是本书首先需要回答的问题。

笔者以为,我们不能停留在概念式的宣传。一种理论或理念要想在理论界得到响应,抑或在实践过程中能发挥更大作用,需要我们对当今的能动司法有一个清晰而深入的了解。换言之,能动司法的正当性基础是什么。在政治学和社会学中,正当性的概念占有非常重要的地位。通常认为,正当性是指人们对某种统治秩序、法律制度或公共机构予以心理上、习惯上或道德上的认可、支持或忠诚。它表示人们对既定统治秩序和权威的地位的自觉确认和对其命令服从的性质和状态。基于正当性基本原则,权威只能源自被统治者的认可,而不是强制。正当性与法律制度并没有直接的关系,从法律角度看是具有合乎法律性(legality)的东西,并不必然具有正当性(如寻常人

^① 参见2009年8月28日最高人民法院院长王胜俊在江苏高院调研座谈会上的讲话。

们所认为之“恶法”即是)。反之,具有正当性的东西,也不见得一定符合法律的条文。只有那些被一定范围内的人们内心所体认的权威和秩序,才具有政治学中的正当性。任何公共机构,在其行使权力时,除了法律条文约束以外,都受到政治正当性标准的约束,得到受统治者或受管理者的支持和认可。

司法改革是我国法治建设过程中的重大理论与实践问题。尤其是近些年,随着人民法院工作“三个至上”指导思想的提出,能动司法的路径成为我国司法改革中新的亮点,只是这种路径不同于传统意义上的能动司法,更多的是中国特色的。但这种特色体现在何处?或者说中国当下为什么要提出能动司法,是一时兴起还是长久的应然之计?为此,本书对能动司法所处的中国政治、经济、文化等社会背景作一深刻了解,从而得出能动司法的提出不是偶然,而是中国历史发展的必然结果。中国法院在使用“能动司法”一词的时候,意在积极、主动地行使司法权,尤其是法律方法意义上与美国法律人使用该词基本是一致的。^①不过,与我国政治体制相关的,法院使用这个词并不是在司法审查含义的范围内,而是中国司法机关在政治架构中的角色和司法功能所决定的,这是“能动司法”的中国诠释。我国法院在能动司法的实践中,试图实现司法对社会需求予以积极、主动的回应,塑造法院有所作为而不是消极、被动的形象,这也是本书要着力回答的问题。否则,不仅会造成对能动司法的误解,也会将实践带入误区。本书认为,中国能动司法的本质不在于诉讼程序上主动与被动,而是在于发挥中国司法的服务功能,以消解社会上各种矛盾,为社会经济发展保驾护航。

^① 2007年,法理学界举办了全国司法方法与和谐社会建设学术研讨会。研讨会以“司法方法与和谐社会构建”为主题,意图在于突出司法方法背后司法的理念。陈金钊教授提出我国存在司法能动主义冲动的文化传统,范进学提出司法能动主义与司法克制主义在不同时期互有胜负等观点。但显然这些观点反映了学者们还是将能动司法限于裁判方法进行理解与阐释。参见王国龙:“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”,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第7卷),山东人民出版社2008年版。

从世界范围来看,司法经历压制型司法、自治型司法正向回应型司法转变。所谓压制型司法以强调服从和法律义务为主,是一种压制型法。自治型司法就是有一套自治的规则,按照自治的程序由自治的法律职业家作出司法决定。回应型司法考虑司法的目的性,从形式正义过渡到实质主义,从形式平等到实质平等,考虑社会、民众的承受能力、考虑社会的和谐环境。回应型司法的思想要求司法从以规则为中心变成以解决纠纷为中心,要求司法从神秘走向公开。在当前的中国,人民群众希望法院承担更多的责任,司法更加大众,法官更加亲民,为民排忧解难。人民群众对司法工作的新期待与新要求更加实际,不仅要求依法保护其人身和财产安全,还要求和期待保护其更为广泛的其他社会权利,不仅要求对案件依法作出裁判,还期盼能从根本上化解矛盾,促进社会和谐发展;不仅要求对司法活动的知情权,还期待对司法活动的广泛参与权和切实监督权。为此,回应型的能动司法应运而生,突出了司法的人民性。在目标设置中,突出人本理念,拓展传统职能,体现司法关注民生,审判服务民众的思想。坚持走群众路线,密切联系群众,将司法功能延伸,工作重心下移,将简单的坐堂审案转变为主动深入基层,走近百姓,走出了孤立办案、司法神秘的禁锢,将法律专业与大众参与相结合,在解决社会矛盾纠纷中,依靠地方党委、人大、基层组织、民间力量形成合力、兼顾法律、公俗良习、道德规范等寻找解决矛盾纠纷的最佳平衡点,回应中国现实社会同一区域、乃至同一村落共同的生产方式、生活方式、思想和行为模式的所谓“乡土社会”、“青天情结”、“阳光司法”的愿望;回应构建社会主义和谐社会过程中人的自由和全面发展的需要。能动的司法为民是司法思维的多元化方式,克服了将司法中立理解为司法孤立的偏狭。敞开大门、广纳民意,接受社会评判,使法院司法更具亲民性和民主化,运行的效果得到社会和人民群众的普遍认同。只有被社会和民众认同的司法,人民法院的地位在国家结构中才能凸显,司法的权威才能真正树立。总之,回应型司法活动应当以适应现实社会民众的需要为价值考量。要求法官对政治形势