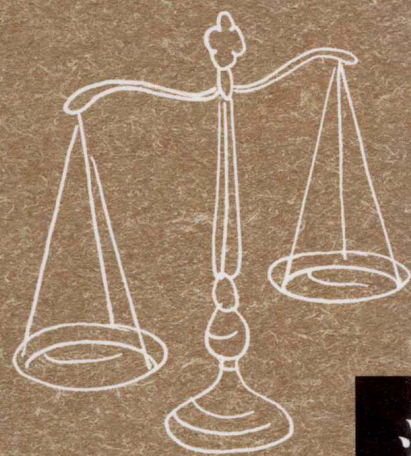


| 法 | 治 | 前 | 沿 | 论 | 丛 |



Legal Method
and
Judicial Justice

法律方法与司法公正

——第三届法院院长论坛论文集

黄祥青 郑少华 主编

· 法治前沿论丛 ·

法律方法与司法公正

——第三届法院院长论坛论文集

黄祥青 郑少华 主编



上海财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律方法与司法公正:第三届法院院长论坛论文集/黄祥青、郑少华主编. —上海:上海财经大学出版社,2011.9

(法治前沿论丛)

ISBN 978-7-5642-1023-6/F · 1023

I. ①法… II. ①黄…②郑… III. ①法律-中国-文集②司法-公证-中国-文集 IV. ①D92-53②926-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 058993 号

- ☐ 责任编辑 吴晓群
- ☐ 封面设计 张克瑶
- ☐ 责任校对 石兴凤 卓妍

FALÜ FANGFA YU SIFA GONGZHENG

法律方法与司法公正

——第三届法院院长论坛论文集

黄祥青 郑少华 主编

上海财经大学出版社出版发行
(上海市武东路 321 号乙 邮编 200434)

网 址: <http://www.sufep.com>

电子邮箱: webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

上海叶大印务发展有限公司印刷装订

2011 年 9 月第 1 版 2011 年 9 月第 1 次印刷

787mm×1092mm 1/16 13.5 印张 226 千字

定价:33.00 元

编委会名单

编委会主任 孙建国

编委会副主任 周仲飞

编委会委员

孙建国 黄祥青 周赞华

倪金龙 王 珊 周仲飞

郑少华 周杰普

目 录



从被动到主动：法律漏洞司法弥补机制的反思与进路

——以深圳法院“标准化办案工程”为基础/1

广东省深圳市中级人民法院院长 邓基联

能动司法：正当性基础及科学定位/10

浙江省杭州市中级人民法院副院长 林沛

能动司法：中国特色社会主义司法制度的必然选择/18

安徽省合肥市中级人民法院院长 许建

公正视阈下的社会主义司法民主的创新与发展/26

——司法公正的和谐之路

江苏省南京市中级人民法院副院长 冯驰

关于法律方法的若干认识/36

广东省广州市中级人民法院院长 吴树坚

重视法律方法 促进司法公正/44

上海市第一中级人民法院院长 潘福仁

裁判吸纳民意的理性思考/56

浙江省宁波市中级人民法院院长 蒋剑巍

论回应型司法的确立/65

——基于理想型方法的阐释

江苏省扬州市中级人民法院副院长 王继荣

民事审判中的利益衡量/75

广东省惠州市中级人民法院副院长 张桂云

正当裁判的实现路径/82

广东省佛山市中级人民法院院长 陈陟云

复杂案件的审理与“结果导向型”裁判思维方法的借鉴和运用/89

上海市浦东新区人民法院院长 丁寿兴

公共政策在司法实践中的运用及规制/99

上海市卢湾区人民法院院长 王秋良

社会列车的司法引擎：司法如何能动

——以徐汇区人民法院能动司法举措为视角/108

上海市徐汇区人民法院院长 郭伟清

创新司法方法 提高司法能力

——“要件审判九步法”推行探究/124

上海市长宁区人民法院院长 邹碧华

法官裁判的刚柔相济之美

——从服务大局、尊重民意谈起/135

上海市闵行区人民法院院长 郭俭

审判的智慧

——法律方法的多维应用/143

上海市奉贤区人民法院院长 席建声

回应型审判管理工作机制的构建

——以基层法院为视角的探索与思考/154

上海市金山区人民法院院长 张斌

法律漏洞填补方法的运用

——以经营性集体房屋租赁纠纷的审判实践为视角/163

上海市松江区人民法院院长 汤黎明

第三届法院院长论坛暨“法律方法与司法公正”研讨会会议纪要/172

第三届法院院长论坛暨“法律方法与司法公正”研讨会综述/204

从被动到主动：法律漏洞司法弥补机制的反思与进路

——以深圳法院“标准化办案工程”为基础

广东省深圳市中级人民法院院长 邓基联

一、法律漏洞的法理考察

关于法律漏洞，学界与实务界均有颇多研究，但对法律漏洞的内涵与外延，仍有着不同认识。我国台湾地区学者王泽鉴认为：“关于某一法律问题，法律依其内在目的及规范计划，应有所规定，而未设规定，便构成法律这堵墙上的缺口，斯谓法律漏洞。”中国著名民法学家梁慧星先生在其《民法解释学》中提出：“所谓法律漏洞，含义如下，其一，指现行制定法体系上存在缺陷即不完全性；其二，因此缺陷的存在影响现行法应有的功能；其三，此缺陷之存在违反立法意图。可将法律漏洞定义为，现行法体系上存在影响法律功能，且违反立法意图之不完全性。”这两位大家对法律漏洞理论均有专门、深入的研究，对法律漏洞的定义、特征、内涵与外延都作过独到的表述。但是从实务的角度看，笔者更为赞同杨解君教授在《走向法治的缺失言说——法理、行政法的思考》一书中所认为的：“法律漏洞是指由于各种主客观原因使法律规定在内容上出现欠缺或不周密，从而造成法律适用的困难。”该定义比较浅显、直白地揭示了何为法律漏洞及其对实践的影响。笔者认为，法律漏洞主要表现为法无规定或规定不明，前者是法律空白，即法律应当对某种社会关系作出规范、调整而未作出规范、调整；后者是法律规范内容不明或有歧义、矛盾、冲突。两者都会造成司法实践中的无法可依——因法

律规定在内容上的欠缺或不周密,所造成的法律适用困难。

作为成文法国家,制定一部周详缜密、无懈可击的法典,以减少实施中的不确定性,是每一个立法者、司法者的愿望。然而,无论是古今中外的立法实践,还是对立法客观规律的真理认知,都告诉我们,这只能是一个美好的愿望。法律漏洞的存在,有其合理性,更有其必然性。第一,法律规范自身特点决定法律漏洞的存在不可避免。现代任何法律都必须借助于语言文字这个工具表达出来,语言文字是法律规范的载体,而语言文字丰富的内涵和多变的含义,使其很难做到法律的每一条款都能精准地表述立法原意,进而使法律规范具有不明确的特点,这就为法律漏洞的产生埋下了伏笔。第二,社会关系的复杂性决定法律漏洞的存在不可避免。作为社会关系调节器的法律规范,必须依社会关系而生,但社会关系包罗万象,法律规范不可能面面俱到,而只能作出一般性规定,显然社会关系的特殊性与法律规范的普遍性之间存在矛盾;同时,尽管立法具有一定的前瞻性,但社会关系的演进变化,并不完全依立法者的预测发展,即便如此,其前瞻性也是有限的,而法律规范的稳定性也不允许随时对法律作出修改,显然,法律的稳定性与社会关系的多变性之间亦存在矛盾,这些都势必会导致法律漏洞的产生。第三,立法者的认知水平决定法律漏洞的存在不可避免。立法需要高超的智慧和技能,但是,立法者——哪怕是完人,都不可能做到对客观世界无一遗漏的认知,从这个意义上说,法律规范从制定的那天起,就注定了会存在法律漏洞。更何况,作为维护阶级利益的工具,立法者必然要受自己阶级地位和利益的约束,各种主客观因素对立法的科学性、准确性、逻辑性的影响不可避免,法律规范尽善尽美难乎其难。第四,立法技术决定了法律漏洞的存在不可避免。法律规范虽然有着内在严谨的逻辑结构,但其始终只能是高度概括性、普适性的规定,不可能对纷繁复杂的社会关系一一罗列,更不可能对每一种具体的社会关系都作出三段论式的规范,既然是高度概括性,就必然存在解释的空间,从而导致法律漏洞的产生。

从现实情况看,法律漏洞也是屡见不鲜。例如,在大量行政及民事法律规范中,都会有“情节严重构成犯罪的,依法追究刑事责任”,但在刑事法律中却没有相应罪名和刑事责任的规定。此外,不少法律中还有大量需要自由裁量的规定、需要在法律规范之外制定实施细则或单行文本的规定等。毫不夸张地说,法律漏洞往往是法律规范的伴生物,每一部法律规范中都有可能存在法律漏洞。

作为一种客观的必然存在,面对法律漏洞,人们是否完全无所作为

呢？答案显然是否定的。弥补法律漏洞的途径，一是可以通过立法机关（包括具有司法解释权的最高人民法院）及时补充完善法律规范。但是作为成文法国家，法律的修改程序繁杂，不可能像“及时雨”一样应社会关系的发展而变化。二是通过司法弥补。法官不能因法律没有规定而拒绝裁判的常识告诉我们，法官在审理案件中面临法律漏洞时，不可能在等待立法机关作出规定后再行裁判，他必然要根据法理，或类推适用，或通过法律解释等，作出裁判以弥补法律漏洞。相对于立法弥补而言，司法弥补具有及时性、具体性、针对性的特点。而司法弥补又可分为法官个体出于案件审理的需要被动性弥补和法院统一的、主动性的弥补两种情况。

二、法律漏洞司法弥补——法官个体对个案被动性弥补

作为成文法国家，我国立法权高度集中于各级立法机关——包括国家最高立法机关及其授权的有关部门、地方立法机关，作为司法者的法官在审理案件中只能被动地适用法律规范，通过个体对法律的理解作出裁判。在面对法律漏洞即“无法可依”或“无明确法律可依”的情况时，法官依然必须作出裁判，此即漏洞弥补，这也是法官能动司法的重要表现。我国法官对法律漏洞的弥补与判例法系“法官造法”有着明显区别。判例法系法官在面对法律漏洞时，通过个案审理作出的判例具有普适性效力，而我国法官对法律漏洞的弥补不具有普适性效力，仅仅对个案具有即时性的效力，充其量只能算作“法律内的续造”。

法官作为案件的直接审理者、裁判者，无疑，对法律漏洞的弥补具有重要作用，对某些法律规范未作规定的新类型案件，只能依靠法官通过弥补法律漏洞来作出裁判。特别是在当前经济社会形势下，社会公众思想活跃，新类型疑难案件层出不穷，弥补法律漏洞，已成为考察法官裁判能力的一项重要指标。可以说，法官通过个案审理，被动性弥补法律漏洞，已经成为法官的一项基本技能，是公正司法和提高审判质量的基本要求。

但是，在当前的社会、法治环境下，法官在个案中被动地弥补也具有一定的不足之处，甚至会成为法官个人弥补法律漏洞发挥更大作用的桎梏。

第一，容易导致同案不同判。个案是孤立的，法官在个案中的被动弥补，在我们当前缺乏判例制度的情况下，很难通过法官个人对个案的审理而推广适用于同类案件，无法保证同类案件得到相似处理。同时，

不同法官对法律有着不同的理解,对法律漏洞的弥补有着不同的着眼点和路径,其裁判结果也可能大相径庭。

第二,法官素质影响法官被动弥补效果。近年来,法官整体素质有很大的提高,但不容忽视的是,还存在较大的个体差异,良莠不齐。法官职业不仅需要较强的专业知识,还需要经验的积累、丰富的阅历、对社会敏锐的洞察能力,特别是在当前社会变革的背景下,法官既要讲求法律效果,又要讲求社会效果、政治效果,这对法官素质提出了更高的要求。而当前的法官素质在一定程度上制约了法官在个案中被动性弥补作用的发挥。

第三,社会法治环境影响法官被动弥补效果。客观地说,当前的社会法治环境还不尽如人意。作为现实社会生活中的个体,法官很难完全避免人情关系的干扰;个别受纪律约束不强、职业道德修养不高的法官,腐化堕落;社会公众有着强烈的正义渴求,但对正义的理解片面、对实现正义的程序性认识不强、参与诉讼的技能欠缺;制度体系不健全,法官很难做到独立司法。在这种环境下,法官易受外来因素影响,在面对法律漏洞时,出于种种考虑,难免会有倾向性、选择性的弥补,从而很难保证真正从公平、公正的角度弥补法律漏洞,影响了弥补法律漏洞的效果。

第四,审级制影响法官被动弥补效果。在二审终审制下,如果一、二审法院未就法律漏洞弥补形成共识,一审法院法官在案件审理中通过弥补法律漏洞而作出的判决很可能得不到二审法官认可,继而发生改判、发回重审等情形,无疑会引发当事人对一审法院的质疑,影响司法权威,危害司法公信。

从上述情况看,法官个体在个案中的被动性弥补对公正司法具有重要作用,不可或缺,但还存在一定程度的局限性。

三、法律漏洞司法弥补——法院主动性弥补

在法官被动弥补不足以满足司法需要的情况下,法律漏洞司法弥补的另一扇大门敞开着——法院主动性弥补。通过深圳法院近年来推行“标准化办案工程”的实践,可以发现,这是法律漏洞司法弥补的一条“阳光大道”,无论是弥补的科学性,还是弥补的效果,都远非法官个体被动性弥补可比。

(一)深圳法院推行“标准化办案工程”的基本情况

近年来,随着案件数量的急剧攀升,深圳法院在面临办案压力不断加大的同时,部分案件法律适用标准不统一的问题也日益突出,致使上

级法院与下级法院对同样案件裁判标准不同,甚至同一法院不同法官的裁判标准也不尽相同,同案不同判的现象时有发生,下级法院案件被上级法院改判的比例高,引起当事人的质疑,影响了司法权威,损害了司法公信。为此,深圳中院将深圳市法院如何统一裁判标准、统一对法律漏洞的认识作为专门课题,进行深入研究并在此基础上于2006年决定推行“标准化办案工程”,即在严格执行法律法规、司法解释及其他规范性文件的前提下,总结归纳审判经验,制定直接来源于司法实践的更加具体、操作性更强的程序规范和实体规范,保障适用法律活动过程和方式的正当合理,保证实体处理的公正与统一。其要旨在于通过对某一类型案件,根据法律规定、立法意图、社会发展、公众反应等,制定实体和程序的指导意见,对法律漏洞进行主动性弥补,供深圳市法院在裁判中遵行,统一裁判标准,规范自由裁量,确保实现类似案件类似处理的实质正义。

制定指导意见的基本程序是:法院以常见、多发类型案件中的改判情况和突出问题等为依据,确定调研方向,由中院相应的业务部门具体牵头负责,从实体到程序,对一系列相关问题展开专门的调查研究,包括组织深圳市法院相关人员召开专门的研讨会、借鉴上级法院的指导判例、听取专家学者意见、参考学界研究成果、赴外地法院考察等,在此基础上制定草案并在深圳市法院范围内征求意见,再经由中院审判委员会讨论定稿。一份指导意见的制定往往要数易其稿。

自2006年以来,深圳中院坚持由易到难、由常规案件到特殊案件,已经制定了37份指导意见,涵盖立案、民事、刑事、行政、执行等法院各个审判领域,已基本形成体系化的指导框架。

(二)法院主动弥补法律漏洞的正当性

《中华人民共和国宪法》第一百二十六条规定:人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。因此,行使审判权的人民法院理所应当具有通过司法活动弥补法律漏洞的权力。最高人民法院负责人在回答记者对“二五”改革纲要提问时指出:“法律面前人人平等是我国的一项宪法原则,也是法治社会的一个根本特征。这一原则不仅应当体现在具体案件的审判中,而且也是建立相关制度和机制的依据。在维护国家法制统一、实现社会公平正义方面,人民法院除了在审判具体案件时严格适用权力机关制定的法律外,还应当有一些制度和机制来协调、统一法院与法院之间、法院内部各个审判组织及审判机构之间在适用法律方面的认识和观点。”“人民法院‘三五’改革纲要”进一步明确把规范自由裁量权、统一裁判标准、加强对下

监督指导列为改革的重点内容。深圳法院提出的标准化办案工作就是落实“二五”、“三五”改革纲要的重要举措。

需要明确的是,指导意见不同于司法解释。制定司法解释的权力属于国家最高司法机关。在我国,司法解释历来是保障法律正确适用的重要手段,同时也成为我国法的重要渊源。在深圳法院实行的标准化办案工作,并不是另起炉灶,再搞一套司法解释。司法解释属于有效解释,具有普遍司法效力,而相关指导意见,如果与法律法规和司法解释发生冲突或者法律法规和司法解释有了明确规定,必须以法律法规和司法解释为依据。其着眼点不是释法,而是在特区法院统一办案标准。

(三)人民法院通过指导意见的形式主动弥补法律漏洞有着先天的优势

相对于法官个体在个案审理中被动地弥补法律漏洞,法院以指导意见的形式,主动弥补法律漏洞具有更强的优势。

第一,制定指导意见有着丰富的审判实践基础。指导意见针对的都是某一类型案件,对法院而言,有着扎实的案件审理基础和丰富的裁判经验,通过这些案件的审理实践,法官的思维、知识不断交流、碰撞,无论是存在分歧还是趋于一致,均更容易找到折中点,更为接近公正。而法官个体的被动性弥补,只能借鉴于自己个人的审判经验,相对于法院整体的审判经验,显然存在片面性、狭隘性。

第二,制定指导意见更能反映民意并为社会公众所接受。“民意……往往以朴素的正义观为出发点,包含了朴素的善恶、对错,夹杂着道德要求,从司法应然角度对司法制度、司法行为做出的评价,具有正当性。”^①“近几十年来我们对司法独立存在着一定程度的误读,即司法机构应隔绝于社会,机械、刻板地适用法律处理案件,然而在高度强调司法独立的美国,历来把创造性地、及时、恰当地回应各种社会要求视为重要的司法理念。”^②指导意见在其适用范围内对同类型案件的裁判具有普适性的效力,因此,必须具有广泛的社会基础,能为大部分公众认可、接受。法院在制定指导意见的过程中,通过对大量同类型案件的审理,接触大量当事人,无论是当事人在案件审理中的诉辩,还是判后的反响,或者是社会的关注,都为法院制定指导意见提供了直接或间接的参考,相对于法官个体,更容易听取社会、公众的心声,反映民意、吸

① 赵蕾:“浅析司法公正与民意”,《法制与社会》2009年第2期。

② 韩蕾:“社会转型中的司法与民意”,《理论观察》2009年第3期。

纳民意,更为贴近社会需求。2009年,深圳市法院一审民商事案件调解撤诉率达到53.24%,同比上升4.97个百分点,多年来首次过半,这说明指导意见对当事人有良好的指引,使当事人的预期合理且得以实现。

第三,集体智慧远胜于个体智慧。制定指导意见并不是简单地将多数意见加以综合,而是经过了深入的调查研究和法理分析。在这一过程中,要广泛听取基层法院、中院相关庭室意见并组织法官研讨,集思广益。显然,无论是法官个体的知识经验、视野见识、阅历体会,都难以企及集体智慧。

第四,集体意志远比个体意志理性。指导意见的制定有着严密的组织体系和程序规范,相对于法官个体,更为理性、包容、客观。

(四)法院通过指导意见的形式主动弥补法律漏洞对司法公正的促进

司法活动的根本旨意在于公正,而实现公正的形式无外乎程序公正与实体公正。深圳法院以指导意见的形式推行“标准化办案工程”,通过细化法律规定,统一裁判标准,为裁判活动建立一道严密的“流水线”,以标准化的制度设计确保“司法产品”的标准性,有助于增强司法公正。

第一,有助于“同案同判”实质正义的实现。清末法律大家沈家本早在一百年前就指出:“案因同而决裁一,盖为公理,如日之升,如月之恒。反是,则讼因颠倒,审谳不复存焉。”但是,在现实生活中,当事人手持上级法院的判决,或同市不同区法院的判决,甚至同一法院不同时期的判决乃至同一时期不同法官的判决,质问“在案情相同的情形下,为何此案此判,彼案彼判”的情形屡见不鲜,不能不说是法院的一大尴尬。相同案件不同判决的直接后果是当事人承受不同的诉讼结果,直接破坏了审判的“实质正义”。而通过法院以指导意见的形式主动弥补法律漏洞,使同类案件具有统一的裁判准绳,得到同样的处理,必然有助于“同案同判”实质正义的实现。

第二,有助于减少外来干扰。遵从法律、内心确信、独立司法,是法官品质、法官职业的重要特点。在传统的“熟人社会”和法治环境还不理想的当前,法官个体要摆脱外来干扰,难度很大。而通过指导意见,以法院整体的意志规范案件裁判,将法官个体所受压力有效转移至单位,显然,当事人要说服法院比说服法官的难度更大,特别是在指导意见公开并一体遵行的情况下,当事人谋求例外的裁判结果几乎不可能,这样既减轻了法官个体所受压力,也有助于个案正义的实现。

第三,有助于加强和完善上下级法院间的业务指导。上下级法院间既有监督与被监督的关系,也有指导与接受指导的关系。从某种意义上说,审判业务的指导与接受指导,就是统一上下级法院对法律漏洞即法无规定或规定不明时,如何适用法律的认识。如果上下级法院认识不统一,并由此带来法官与法官之间、下级法院与上级法院之间的摩擦,客观上不利于法官职业共同体的形成。特别是在上下级法院之间,如果判决结果不同,则意味着基层法院遭遇了改判。在当前的司法评价体制下,改判意味着对法院、法官的否定。如何加强和改进上下级法院间的业务指导方式、增强指导效果,是法院系统所面临的一项重大课题。而通过制定指导意见的形式,统一两级法院对法律漏洞的认识,明确弥补标准和方法,会更有效地提高指导效果。

第四,有助于增强法官的司法能力。对具体案件的审理不仅需要法官迅速地从众多法律规范中“发现”适用于本案的法律,还需要正确的理解和适用,出现法律冲突、法律空白时,还必须根据立法精神、审判经验等进行理解、思考和判断。面对现实社会经济生活中层出不穷的新类型案件,法官要妥善处理各种社会矛盾纠纷,就必须具备创造性适用法律的能力。但法官司法能力的增强、司法水平的提高,不是一朝一夕的事情,而需要长期的努力。通过指导意见弥补法律漏洞,这是一个使法官消除分歧、达成共识、交流经验、积累知识、锻炼思维、磨炼技能的过程,这种结合实践的深入调研,对法官的审判工作具有很强的指导意义,对法官增强司法能力、提高司法水平,具有深远的影响。

第五,有助于提高司法效率。当前,由于社会主义法律体系尚不完备、立法技术尚不成熟、立法相对滞后等,法律空白、法律漏洞以及法律规范之间的冲突普遍存在,而法律法规、司法解释、地方性法规、部门规章等具有法律约束力的规范性文件日益增多,这些都给法官适用法律造成困难。如果对于相同类型的案件,每一个法官都要独立地完成这个过程,既浪费了宝贵的司法资源,耽搁了审理进程,又容易因理解不一而造成司法尺度不一。通过指导意见的形式来弥补法律漏洞,可以节约法官查找法律、总结经验的时间,统一、规范案件的程序操作和实体处理,最大限度地提高审判质量和效率。

第六,有助于完善审判管理和监督。随着法院审判方式改革力度的加大,原有的“层层审批”的行政管理模式逐渐淡化,合议庭和独任法官的权力逐渐扩大,但“放权”之后,审判监督与管理又没有形成完善的标准和规则,特别是在面对法律漏洞需要法官自由裁量时,失之于规范。在这种情况下,通过指导意见弥补法律漏洞,为我们衡量法官自由

裁量权提供了相对稳定的评判标准,进一步丰富了监督手段、细化了监督层次、提高了监督科学性,为监督自由裁量权提供了具体可操作的依据,使对审判权力的监督与管理有了依据和基础,并且对规范司法行为、加强监督制约,以及从源头上预防权力滥用、促进司法廉洁发挥了重要作用。

深圳法院从 2006 年推行“标准化办案工程”以来,对提高审判质量和效率,增强司法公正,提升当事人的息诉服判率起到了明显作用。2008 年,深圳市法院共办结各类案件 163 431 件,比 2005 年上升了 29.58%;在结案大幅上升的情况下,各区法院被二审发回、改判率比 2005 年下降了 10.54 个百分点。2009 年,深圳市法院共办结各类案件 172 639 件,二审案件发改率比全省平均水平低 4.77 个百分点,案件质量、效率和依法化解矛盾水平明显提高。

四、结语

法律漏洞的存在不可避免。在立法弥补滞后的情况下,司法弥补尤显急迫。如何完善司法弥补机制,增强司法弥补的效果,确保通过司法弥补达到正确适用法律、公正司法的目的,是值得深入研究的一个课题。法官个体出于个案审理的需要,弥补法律漏洞,是司法弥补的重要一环,不可或缺,但是应当看到法官个体弥补也有不足的一面。而通过法院主动弥补,既可发挥集体意志、集体智慧的优势,又可克服法官个体被动性弥补的不足,更有利于司法公正。

能动司法：正当性基础 及科学定位

浙江省杭州市中级人民法院副院长 林沛

随着中国由传统社会向现代社会转型，个人权利意识和权利诉求不断增强，诉讼成为群众表达诉求的必然选择。然而，法律自身的滞后性、不周延性和模糊性导致其与群众日益增长的权利诉求之间的矛盾已严重影响到人民法院审判工作的正常开展。面对上述困难，人民法院是恪守司法自制主义等待立法，还是秉承开放性的哲学观能动司法，这是当前司法改革亟须解决的问题。笔者认为，人民法院应当秉承理性、创新性的司法哲学观，切实发挥司法能动性，实现司法公平、正义的价值功能，主动担当社会主义法治国家的建设者，筑好社会正义的最后一道防线。

一、中外司法能动的历史与现状：理论与实践的考察

（一）西方语境中的司法能动论：司法权的扩张与规则的创制

《布莱克法律词典》对能动司法的定义是：司法机构在审理案件的具体过程中，不因循先例和遵从成文法的字面含义进行司法解释的一种司法理念以及基于此理念的行动。当司法机构发挥其司法能动性时，它对法律进行解释的结果更倾向于回应当下的社会现实和社会演变的新趋势，而不是拘泥于旧有成文立法或先例，以防止产生不合理的社会后果。因此，司法能动性意味着法院通过法律解释对法律的创造

和补充。^① 能动司法强调法官应该审判案件,而不是回避案件,法官有义务运用手中的司法权为各种社会不公提供司法救济。为实现此目的,法官可不受其先前判决的约束,有背离其先前判决的自由,可以创造新的概念、新的规则、新的权利主张和要求。如果剥离司法能动主义薄薄的“外衣”,可以发现法官们正努力去掉形式主义并利用司法能动主义来达到分配的公正,即社会正义。^②

美国是西方司法能动理论发展中最具代表性的国家。由于美国宪法修改程序极其复杂,作为一部具有 200 多年历史的宪法,其权威性必然受到社会发展现实的挑战,为解决宪法的笼统性、滞后性,美国联邦法院的宪法解释及其判决必然成为“非正式”的修宪,这给司法能动主义的发展提供了有利条件。1803 年,美国最高法院首席大法官马歇尔在马伯利诉麦迪逊一案中赋予了最高法院司法审查权,这是美国司法能动主义最初的表现。到了 20 世纪 50 年代,随着司法诉讼的范围不断扩大,美国的法官并不甘于寂寞,他们在寻求维护自身独立性的过程中,力图显示自己的实力和威力。法院通过司法判决,在选举人的资格规定、堕胎、福利、公共任用、生育控制和土地租赁关系等许多问题上都相应改变了原有的法律,使政治关系和社会关系日益“司法化”。司法审查权已经从一种实质上的解释性权力演变成为一种主要表现为立法性的权力。司法能动主义为宪法案件中由法院行使司法立法权提供了理论依据。据此,联邦法院不仅要对不明确的宪法条款和人权条款加以解释,还要顺应社会发展,当立法机构和行政部门不能解决社会和公民亟待解决的问题时,承担起保护公众长远利益的责任。

一系列新的权利与规则的创设是美国司法能动主义发展的另一大成果。在司法能动主义思想的引领下,美国法院裁决所代表的意义,并不局限于消极地适用法律以解决当下的争端,而是根据社会正义的需要,秉承理性的司法理念解释宪法。通过能动地创设法律规范,填补法律漏洞,由此,美国联邦法院赋予了公民新型权利更广泛的救济权。20 世纪中叶,为适应社会发展和保障人权的需要,美国最高法院的法官通过一系列的判决对刑事被告人权利、黑人权利、妇女权利、隐私权等公民基本权利赋予了宪法保护并建立了相应的判例规则。^③ 美国的司法能动主义不仅发展了法律,扩大了人权保护范围,还大大提高了司法机

① 王建国:“社会转型过程中的司法能动论”,《金陵法律评论》2007 年第 2 期。

② [印]P. N. 伯格瓦蒂:“司法能动主义与公众利益诉讼”,《法学译丛》1987 年第 3 期。

③ [美]克里斯托弗·沃尔夫著,黄金荣译:《司法能动主义:自由保障还是安全威胁》中国政法大学出版社 2004 年版。