

TRIAL
STUDY

《审判研究》编辑委员会 编

2010年 第二辑

(总第三十九辑)

审判研究

公丕祥 / 能动司法：当代中国司法的基本取向

高其才 / 乡土社会、伦理传统、法治实践与能动司法

左袖阳 / 浅析合同诈骗罪的合同范围

徐清宇 周永军 / 能动司法之方法论

朱建新 / 能动司法的“度”、“量”、“衡”

浦永军 牛延佳 / 行政诉讼个案审理中的司法能动探析



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

2010年 第二辑 (总第三十九辑)

TRIAL

审判研究

STUDY

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判研究. 2010 年. 第 2 辑: 总第 39 辑/《审判研究》编辑委员会编. —北京: 法律出版社, 2010. 8
ISBN 978-7-5118-0972-8

I. ①审… II. ①审… III. ①审判—研究—中国
IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 134095 号

©法律出版社·中国

责任编辑/李 群

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960 毫米 1/16

印张/15.5 字数/240 千

版本/2010 年 8 月第 1 版

印次/2010 年 8 月第 1 次印刷

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 978-7-5118-0972-8

定价: 20.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《审判研究》编辑委员会

主 任：公丕祥

副主任：周继业

委 员：（按姓名笔画为序）

刁海峰	马 荣	马汝庆	马志相
王世华	帅巧芳	叶兆伟	刘 华
刘亚平	刘媛珍	汤小夫	李玉生
李后龙	时永才	吴立香	何 方
宋 健	张 屹	张培成	陆鸣苏
范 群	茅仲华	周茸萌	周晖国
屈建国	胡道才	俞灌南	姜洪鲁
贺强兴	徐清宇	唐伯荣	蒋惠琴
谢国伟	褚红军	薛剑祥	

主 编： 马 荣

副 主 编： 孙 轶 沈明磊 曹也汝

编辑部主任： 孙 轶（兼）

副 主 任： 魏 明

执 行 编 辑： 魏 明

目 录

Trial Study 2010年第2辑(总第39辑)

专家论坛

- 1 公丕祥 / 能动司法:当代中国司法的基本取向
20 高其才 / 乡土社会、伦理传统、法治实践与能动司法
31 左袖阳 / 浅析合同诈骗罪的合同范围

特别策划

- 38 徐清宇 周永军 / 能动司法之方法论
——以司法机关参与创制社会政策为视角
53 朱建新 / 能动司法的“度”、“量”、“衡”
——以拓展行政审判职能为视角
63 浦永军 牛延佳 / 行政诉讼个案审理中的司法能动探析
73 李 霞 / 能动司法与当代司法权能的正当扩张
——以法院能动司法的创新举措为依托
81 朱 嵘 / 一个廓清能动司法边界的办法
——从行政审判能动司法外延的实证分析出发
88 潘华明 / 民事法官能动角色的历史向度与维度

专题研究

- 98 柏 鸣 / 论有限责任公司隐名股东的若干法律问题
107 周舜隆 / 从恣意到规范
——对滥用民事诉讼程序的规制
121 王小林 / 纠纷化解权的理性配置
——从“单力模式”到“和力模式”的超越
129 韩 俊 / 缔约过失责任制度在审判实践中的疑难问题初探
148 徐 智 / 社会公众的信任:司法公信力提升的必由之路

司法改革	
案多人少矛盾的困境与出路 ——以基层法院的职权配置为视角 / 崔永峰	157
调查报告	
对民事再审审理程序若干问题的 探讨 / 江苏省南京市中级人民法院审判监督一、二庭	168
各抒己见	
试论假冒注册商标犯罪主体的准确界定 / 赵 蔚	183
容留他人吸毒罪疑难问题研究 / 李 彬 任志中	192
我国经营者集中反垄断审查中的破产企业抗辩 制度探究 / 黄素英	199
论我国破产管理人制度实施中的能动司法 ——从“东星航空破产案”谈起 / 高志宏	209
事实问题及其审查 ——以被诉具体行政行为事实问题为视角 / 仇慎齐	220
审判参考	
江苏省高级人民法院 江苏省人民检察院 江苏省公安厅 江苏省司法厅关于加强假释案件审理与社区矫正工作 对接的意见(试行)	231

专家论坛

能动司法:当代中国司法的基本取向

公丕祥*

引言

当前,我国法学理论界和司法实务界正在对能动司法进行热烈的讨论。在现代汉语中,“能动”,即自觉努力、积极活动,^[1]“能动性”,即对外界或内部的刺激或影响作出积极的、有选择的反映或回答。人的能动性又称为主观能动性,其特点是通过思维与实践的结合,自觉地、有目的地、有计划地反作用于客观世界。^[2]马克思主义哲学认为,主观能动性是人区别于动物的基本特征之一,只要是人的有意识的活动,就必然存在主观能动性。司法是人的有意识的活动,当然体现人的主观能动性。我们不是在这个意义上讨论能动司法的。我们所说的能动司法,并不涉及司法有没有能动性的问题,而是涉及司法有多大能动性的问题,研究的是司法对经济社会生活的介入、对诉讼的干预以及自由裁量权行使的程度问题。如果司法在这些方面表现出更为积极主动的取向,这就是能动司法;如果表现出比较保守克制的取向,则不能称为能动司法。

回顾新中国成立后特别是改革开放以来的人民司法历程,可以看出,能动司法在我国经历了一个曲折的发展过程。在1991年《民事诉讼法》颁行之前,人民法院遵循职权主义诉讼模式,法官拥有较为广泛的诉讼管理权、指挥权和主导

* 法学博士,江苏省高级人民法院党组书记、院长,二级大法官。

[1] 《现代汉语词典》,商务印书馆2005年版,第990页。

[2] “百度百科”中“能动性”词条,载 <http://baike.baidu.com/view/1286.htm?fr=alaol>, 2010年3月30日访问。

权,司法的能动作用发挥较为充分。比如,法院依职权全面收集、调查证据,法院可以超越当事人的诉讼请求作出裁判,审理民事案件着重进行调解,二审法院的审判权不受当事人上诉范围的限制,法院对当事人的撤诉、和解、变更或增加诉讼请求实行准许制度,庭审以法官询问、讯问为主要方式,等等。应当说,这种诉讼模式所彰显的司法群众路线以及所体现的追求实质正义和有效解决纠纷的价值取向,无疑具有积极意义。但是,这种诉讼模式过分强调法官对诉讼过程的干预,法官的权力不受当事人诉权的限制,当事人在诉讼中处于消极被动的地位,不利于保护当事人的诉权。此外,在司法实践中,还存在着少数法院超越职权的现象:有的法院将本不应该以司法方式解决的问题揽入司法渠道,有的法院不适当地承担起与司法审判职责截然无关的经济社会职责,有的法院找案源、抢管辖,等等,影响了人民法院公正司法的良好形象。总的来说,这一时期,人民法院继承和发扬人民司法的优良传统,发挥司法的能动作用,维护了人民群众的合法权益。但是,这种超职权主义司法功能现象,也给人民法院工作发展带来了负面影响。

随着1991年《民事诉讼法》的颁行以及审判方式改革的推进,既往的职权主义诉讼模式及其审判方式发生了重大变化,当事人主义诉讼模式逐步引入,法官对诉讼过程的职权干预被削弱,当事人的诉讼地位得到加强。比如,强化当事人的举证及证明责任,赋予当事人诉讼利益处分权,确立调解自愿原则,明确民事案件二审为有限审,庭审中引入质证和辩论程序,等等。这对于保护当事人诉权,对于法官公正高效解决纠纷,发挥了积极作用。但是,在这一时期,出现了对职权主义诉讼模式矫枉过正和对当事人主义诉讼模式过分推崇的现象,导致司法制度及其运行与中国国情条件产生了不相适应的状况,特别是少数法官没有能够正确把握程序公正与实体公正的辩证统一关系,片面地强调司法的绝对中立和绝对被动,单纯地“坐堂问案”,简单地运用证据规则,机械地适用法律,削弱了司法的实体公正,影响了司法的公信力。因此,在这一时期,人民法院在发挥司法的能动性问题上,采取了相对限缩的立场,^[3]更多地表现出过于克制的倾向。

进入新世纪新阶段,随着当代中国社会大变革的深入推进,人民法院在经济社会发展进程中的地位和作用日益凸显。面对转型时期复杂的社会矛盾纠纷,

[3] 吴英姿:“司法的限度:在司法能动与司法克制之间”,载《法学研究》2009年第5期。

当事人主义诉讼模式下的司法解纷机制愈发显示出与变革时代不相适应的问题。在这一背景下,能动司法作为一种颇具特质的司法理念日益产生了广泛的影响。在这一时期,人民法院提出公正与效率,公正司法、一心为民,党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上,为大局服务、为人民司法等司法理念,强调宽严相济,调解优先、调判结合,定分止争、案结事了,司法群众路线,法律效果与社会效果统一等司法政策,在本质上都体现了人民法院正在回归能动司法,积极回应变革时代的司法需求。各级人民法院坚持能动司法,调整司法理念,改进司法方式,完善司法制度,努力为我国经济社会又好又快发展提供有力司法保障。特别是2008年下半年以来,面对国际金融危机的冲击,各级人民法院努力加强司法应对,以能动司法的生动实践,为保增长保民生保稳定作出了积极贡献。可以说,坚持能动司法,是这一时期人民法院工作最大的亮点。

正是在国际金融危机的司法应对过程中,能动司法成为法学理论界和司法实务界广泛关注的一个重要课题。我们注意到,通过近年来的研究与实践,对能动司法的一些重要问题已经初步形成共识,但是,也仍然存在一些模糊认识和争论分歧。^{〔4〕} 本文拟对能动司法的价值意义、内涵特征、基本要求、边界限度、实现途径等问题进行深入探讨,以期对我们正确认识和把握能动司法有所裨益。

一、能动司法的价值意义

在经济社会发展进程中,司法担当什么样的角色,承载什么样的责任,这不仅关系到司法自身的发展,也关系到法治发展的未来前景,是一个必须科学解答的重大命题。司法担当的角色,回答司法“是什么”的问题;司法承载的责任,回答司法“如何做”的问题,前者体现了司法的世界观,后者体现了司法的方法论,两者共同构成司法哲学的基本范畴。^{〔5〕} 在现代司法发展进程中,一直存在着司法克制主义与司法能动主义两种迥然相异的司法哲学观。司法克制主义要求,司法权必须以绝对被动的、中立的、严守规则的、终局性的面目出现在社会生活之中,法院在国家政治架构中应当扮演相对消极的角色,并且充分关注形式正义的实现。司法能动主义则认为,司法权应当相对主动和适度超前地介入社会生

〔4〕 罗东川、丁广宇:“我国能动司法的理论与实践述评”,载《法律适用》2010年第2-3期。

〔5〕 陈朝阳:“司法哲学基石范畴:司法能动性之法哲学追问”,载《西南政法大学学报》2006年第6期。

活,为各种社会不公提供司法救济,通过法官的权力,尤其是将概括的法律保障加以具体化的权力,去实现社会公平正义。那么,在当代中国,人民法院究竟是应当坚持能动司法,还是应当坚守司法克制?我们认为,坚持能动司法在当代中国有着内在的必然性。

第一,坚持能动司法,这是履行人民司法功能使命的必然要求。考察世界各国司法制度,政治性都是司法的一个基本属性,司法的功能使命都是由其政治属性决定的。其一,司法权是一种国家权力,没有国家权力作为基础和来源,司法就失去了独立存在的空间;其二,司法权是国家权力体系的重要组成部分,国家权力架构安排,决定了司法机关的设置及其职权;其三,法律是司法机关开展司法活动的依据,而法律是国家统治阶级意志的体现。因此,政治为司法提供了权力来源,奠定了组织基础,确立了司法依据,司法不可能脱离政治而独立存在,其功能使命就是为掌握国家政权的统治阶级的利益服务。在我国,人民法院是中国共产党领导下的国家审判机关,是中国共产党领导人民治国理政的重要力量。人民法院的功能使命,归根到底是受党的根本任务所决定并为之服务的。这就要求人民法院必须克服纯粹业务观的错误倾向,防止将审判案件简单化地理解为单纯的法律技术的运用,而应当坚持能动司法,自觉把司法审判工作融入党和国家的工作大局之中,积极主动地贯彻落实党和国家的路线、方针、政策,为党和国家工作大局提供有力的司法保障。

第二,坚持能动司法,这是回应人民群众司法关切的必然要求。人民性是中国特色社会主义司法制度的本质属性,是中国特色社会主义司法制度区别于西方国家司法制度的根本特征。这就要求人民法院必须把维护人民利益作为司法审判工作的根本出发点和落脚点。当前,人民群众的司法需求日益增长,在司法功能上,更加关切涉诉民生利益的维护;在司法公正上,更加关切实体公正的彰显;在司法效果上,更加关切案结事了的实现;在司法过程上,更加关切司法的公开、民主和便民;在司法公信上,更加关切司法廉洁和司法作风。如果我们片面地强调司法的绝对被动,不去积极主动地解决涉诉群众的实际困难和问题,片面地强调司法的绝对中立,不去积极主动地指导当事人诉讼,片面地强调法律至上,不去积极主动地吸纳涉诉民意,司法就会远离人民群众的司法需求,司法与人民群众的距离就会被拉远,司法也就难以得到人民群众的信赖。面对新时期人民群众对司法工作的新需求,人民法院必须坚持能动司法,让司法更加贴近群众,更加方便群众,更加主动地服务群众,更加自觉地接受

群众监督。

第三,坚持能动司法,这是改进转型时期社会治理的必然要求。当今世界,法院已经成为处理社会矛盾纠纷的主要力量之一,法院的功能已经从原来的单纯解决纠纷日益转向通过具体的纠纷解决参与社会的治理。^[6]在当代社会治理体系中,法院担负着重要的社会治理责任。以司法裁判的方式解决各类社会矛盾纠纷,并以裁判结果昭示法的引导、规范、教育功能,这是司法履行社会治理职责的主要方式之一。在当前我国社会转型时期,复杂多变的社会关系亟待丰富完善的法律规则予以调整,不同社会主体的权利需要司法机关运用法律手段予以平等保护。但是,受立法难以避免的模糊性、滞后性等因素的制约,司法裁判经常会遇到法律依据不完备、不明确等问题,这给人民法院参与社会治理带来了困难。改进转型时期的社会治理,人民法院就必须充分发挥司法能动作用,通过法律解释、漏洞补充、法律拟制、法律推理等法律技术的运用,弥补现有法律的不足,妥善解决进入司法渠道的社会矛盾纠纷,而不是消极被动地等待立法的完善。与此同时,要充分发挥司法裁判的导向作用,促进社会治理规则的建立健全,从而预防和减少社会矛盾纠纷的发生。

第四,坚持能动司法,这是破解司法难题的必然要求。进入新世纪新阶段,人民司法事业得到了前所未有的大发展,审判工作、队伍建设、法院改革、基层基础建设等各项工作取得了显著的成效。但是,困扰人民法院的司法难题尚未得到根本解决,一些司法难题还呈现不断加剧的趋势。比如,案多人少的矛盾日益突出并且已经成为常态,人民法院尤其是基层人民法院审判工作压力空前加大;涉诉信访矛盾、执行难问题仍然较为突出,群众反映比较强烈;司法保障机制还不够健全,司法保障乏力的状况还没有根本改变;司法环境还不尽理想,树立司法权威还有一个比较漫长的道路要走,等等。要有效破解这些司法难题,人民法院就必须坚持能动司法,充分发挥审判职能作用,凸显人民法院工作在党和国家工作大局中的重要地位和作用,以自身实实在在的工作业绩争取党委、人大、政府、政协及社会各界的重视、关心和支持,从而积极帮助人民法院解决司法难题。与此同时,人民法院通过主动介入经济社会生活,实现审判工作与经济社会生活的良性互动,也有利于从源头上化解或缓解诸如案多人少、涉诉信访、执行难等等司法难题。

[6] 苏力:“农村基层法院的纠纷解决与规则之治”,载《北京大学法律评论》(第2卷第1辑),法律出版社1999年版,第80页。

第五,坚持能动司法,这是提升司法公信力的必然要求。司法公信力是社会公众对司法表现出来的信服和信赖。司法公信力不是凭空而来的,最主要的是靠公正廉洁的司法活动来实现。当前,司法审判工作的自我评价与社会评价仍然存在较大反差,人民法院的司法公信力受到了质疑。对于这一问题,我们应当做多角度的分析,其中,司法对民意吸纳不够,导致法律公正观与群众公正观、司法的专业化与大众化之间存在一定的紧张关系,无疑是一个重要原因。人民法院提升司法公信力,就必须坚持能动司法。要准确运用证据裁判原则,最大限度地发现客观真实,努力追求法律真实与客观真实的一致。要具有高度的司法智慧,始终恪守司法良知,坚持法理与情理的统一,使裁判结果真正经得起社会的评判。要积极转变司法方式,用群众认同的态度倾听诉求,用群众认可的方式查明事实,用群众接受的语言诠释法理,用群众信服的方式化解纠纷,彰显人民司法的群众路线。^{〔7〕}

第六,坚持能动司法,这是传承人民司法优良传统的必然要求。近代以来,中国共产党人在新民主主义革命的伟大斗争中,形成了人民司法的优良传统。这些优良传统蕴含着极为丰富的能动司法的理念与机制。特别是以马锡五同志为代表的陕甘宁边区司法工作者创造出的“马锡五审判方式”,充分体现了人民司法的能动性品格:一是实事求是,反对主观主义,深入农村、深入基层调查案情,弄清纠纷事实真相;二是依靠群众,尊重群众,教育群众,尊重群众的正确意见,设身处地地体会群众的感情和要求,向当事人说理讲法,消除对立情绪,依法合理处理案件;三是实行审判与调解相结合,司法机关与群众共同处理案件,使群众意见与法律规定在判决中有机融为一体,彻底解决纠纷;四是全心全意为人民服务,实行简便利民的诉讼手续,巡回审判,就地办理,审判案件不拘形式。^{〔8〕}新中国的人民司法制度与新民主主义革命时期的人民司法制度是一脉相承的。在当代中国,人民法院开展司法工作,有必要大力弘扬人民司法的能动司法优良传统,努力开掘人民司法的能动司法的宝贵遗产。

二、能动司法的逻辑要义

一般认为,司法能动主义的理论和实践发端于美国的司法审查制度,并为—

〔7〕 公丕祥:“能动司法与社会公信:人民法官司法方式的时代选择——‘陈燕萍工作法’的理论思考”,载《法律适用》2010年第4期。

〔8〕 张希坡主编:《中国法制通史》(第10卷),法律出版社1999年版,第475-477页。

些西方国家所广泛接受。^[9] 关于能动司法,中国与西方国家有着不同的解读。“能动司法”这一命题的提出,是当代中国法律人的智慧结晶,它是中国的“本土资源”,而不是所谓的“舶来品”。在这里,基于中西方的比较分析,探寻当代中国能动司法的内在逻辑,厘清其内涵、定位、特征和边界等重要问题,这对于形成对当代中国能动司法的准确把握与科学评价,具有十分重要的意义。

(一) 能动司法的内涵

在西方国家,对司法能动主义的界定并不统一。^[10] 总的来看,司法能动主义是指法官在司法审查案件中偏离既定成文法或先例的规定,以政治信仰或公共政策为指导,对立法和行政部门持怀疑和不顺从的态度,进而通过扩大公民平等和自由权利范围,维护公民的尊严与价值,实现社会公平。^[11] 比如,《布莱克法律词典》是这样定义的:司法能动主义,是指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。当司法机构发挥其主观能动性时,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。^[12] 美国学者克里斯托弗·沃尔夫则对司法能动主义作出这样的解释:“司法能动主义的基本宗旨就是,法官应该审判案件,而不是回避案件,并且广泛地利用他们的权力,尤其是通过扩大平等和个人自由的手段去促进公平——即保护人的尊严。能动主义的法官有义务为各种社会不公提供司法救济,运用手中的权力,尤其是运用将抽象概括的宪法保障

[9] 长期以来,大陆法系国家一直固守司法克制主义传统,但随着社会的发展,司法能动主义的影响日益明显,大陆法系国家的法官在一定条件下也在进行政策性判断、创制权利甚至参与立法。在欧洲,欧盟将社会转型发展中所产生的重大经济、政治和社会矛盾置于欧洲法院的司法控制之下,司法能动主义成为欧洲法院实现其目标的重要手段,也为欧洲一体化作出了积极贡献。参见王千华:“评欧洲法院司法能动性的贡献及其限度”,载《法学评论》2001年第5期。

[10] 这方面的观点主要有:一是裁判权及判决所作用的范围及其社会功能(即裁判者在个案裁判是否试图形成社会政策)上的能动主义(以美国最高法院的司法能动主义为代表);二是国家通过司法权对社会进行干预、实施社会政策和政治功能的工具性能动主义(以大陆法系国家政策实施性司法为代表);三是案件管辖方面的能动主义(如扩大主管范围、取消立案限制、巡回审判、集团诉讼、公益诉讼等);四是庭审风格中的司法能动主义(职权管理、释明权、法官调解等);五是司法机关以审判外的方式参与社会治理、对社会机制进行管理和促进,承担社会责任的能动主义。参见范愉:“诉讼调解与法院的社会责任:从司法社会化到司法能动主义”,载《法律适用》2007年第11期。

[11] 李桂林:“司法能动主义及其实行条件——基于美国司法能动主义的考察”,载《华东政法大学学报》2010年第1期。

[12] Black, Henry Campbell, Black Law Dictionary, 6th ed. West Publish Co. 1990, p. 847.

加以具体化的权力去这么做。”^[13]

而在当代中国,能动司法的内涵与西方国家司法能动主义的内涵是大相径庭的。最高人民法院王胜俊院长指出:“我们所讲的能动司法,简而言之,就是发挥司法的主观能动性,积极主动地为大局服务,为经济社会发展服务。”“服务性、主动性、高效性,是能动司法的三个显著特征。”^[14]这一重要论断,深刻揭示了当代中国能动司法的基本内涵。根据这一重要论断,当代中国能动司法的内涵主要包括三个方面:即围绕服务经济社会发展、维护社会和谐稳定、保障人民合法权益的要求,运用政策考量、利益衡平、柔性司法等司法方式履行司法审判职能的服务型司法;分析研判形势,回应社会需求,参与社会治理的主动型司法;根据经济社会发展要求,未雨绸缪,超前谋划,提前应对,把矛盾纠纷解决在萌芽状态的高效型司法。

(二) 能动司法的定位

在晚近西方国家的司法实践中,司法能动主义已经浸透和延伸至司法审查之外的其他司法活动之中,并由此使司法能动主义成为西方国家司法的重要特征。^[15]但是,这种司法能动主义,乃是法官个体意义上的司法能动主义,是每个法官对司法裁判理念和方式的选择,而不是整个司法系统的基本指导原则。由于每个法官的价值取向、政策立场、司法观点、职业背景诸方面的差异,体现司法能动主义的判决则可能存在差异,甚至不同法官、同一法官在不同时期对同一类问题的判断亦是迥然相异的。而在当代中国,能动司法是人民法院和法官的一种司法理念、司法功能、司法方式和司法效果,进而成为人民法院和法官司法活动的基本取向。

首先,能动司法构成了我国司法哲学的基本理念。能动司法这一概念,回答了司法是什么以及如何进行司法的问题,亦即司法的世界观和方法论问题,从而构成了我国司法哲学的基本理念。回顾新世纪新阶段人民司法实践,不难发现,人民法院司法理念的发展是一个与时俱进、不断完善的过程:“公正与效率”突出了人民司法的法治性,“公正司法、一心为民”既突出了法治性又突出了人民性,“三个至上”则体现了人民司法政治性、人民性、法律性的有机统一。能动司

[13] [美]克里斯托弗·沃尔夫:《司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁?》,黄金荣译,中国政法大学出版社2004年版,第3页。

[14] 参见2009年8月28日最高人民法院王胜俊院长在江苏高院调研座谈会上的讲话。

[15] 顾培东:“司法能动主义的蕴涵”,载《法律适用》2010年第2-3期。

法理念要求人民法院在坚持公正与效率的法治性的基础之上,更好地体现人民司法的政治性和人民性。因而,它与人民法院既往的司法理念是并行不悖、一以贯之的,是对人民法院司法理念的进一步丰富和发展。它决不是人民法院的应时性的口号,而是人民法院必须长期坚持的基本司法理念。

其次,能动司法明确了我国司法功能的基本定位。能动司法要求司法应当在一切可能的条件下,积极主动地回应司法的社会需求,为大局服务,为人民司法,而不是一味地机械司法,就案办案,回避司法应当承担的政治与社会责任。综观人民司法实践的历史与现实,司法的目的和任务都是为我们党不同历史时期所确立的根本任务和发展目标服务的。在现阶段,人民司法的历史使命就是要深入贯彻落实科学发展观,为中国特色社会主义事业发展进步服务。人民法院必须根据自身的职能特点,找准贯彻落实科学发展观的结合点和着力点,正确履行宪法和法律赋予的职责,充分发挥司法能动作用,服务经济社会发展,促进社会和谐稳定,保障人民合法权益,维护社会公平正义。

再次,能动司法揭示了我国司法运行的基本方式。一般认为,被动性和中立性是司法的重要特征。如何理解司法的被动性和中立性,持司法克制立场的人往往认为,司法权的行使应当坚持绝对被动,法院和法官应当被动地执行法律,严谨地按照法律意志办事,无需也不必主动考虑经济社会发展的司法需求;司法权的行使应当坚持绝对中立,法院和法官是超然于诉讼各方之上的消极、中立的仲裁者,主要任务是对各方当事人的主张及证据进行评判和取舍,没有义务也没有权利为当事人去做其他事情。能动司法并不否认司法被动性、中立性的特征,但是对司法被动性、中立性的程度有着不同的认识和把握。在能动司法的语境下,司法的被动性主要是指司法权自启动开始的整个过程中一般只能根据当事人的申请行为和申请内容进行裁判,而不能主动启动司法程序或未经同意擅自变更当事人的诉讼请求;司法的中立性主要是指法院和法官在司法过程中不偏不倚,不带有个人偏见,平等地对待案件当事人,居间定分止争,裁判案件。我们并不主张人民法院和法官超越法定职责去受理案件,违背法律规定去裁判案件,把应当通过其他社会控制力量解决的纠纷纳入司法渠道,而是主张人民法院和法官在不与法律原则、法律规定冲突的前提下,通过正确行使自由裁量权、合理解释法律规则、灵活采取司法措施、司法资源的社会共享等方式,去贯彻落实党和国家工作大局的要求,推动社会治理的健全和完善。我们也并不主张人民法院和法官在司法活动中拥有绝对的支配权,甚至代替当事人履行举证责任,处分

诉讼利益,而是主张人民法院和法官通过正确行使诉讼指导权和释明权,加强对诉讼过程的必要干预,合理平衡当事人的诉讼能力,促进诉讼活动的顺利进行。因此,相对于司法克制所要求的司法运行方式的绝对被动和绝对中立而言,能动司法则体现了司法运行方式的适度主动和适度干预。

最后,能动司法体现了我国司法活动的基本效果。基于对法律的规范性、确定性和强制性的认识,持司法克制立场的人往往坚持严格的规则主义,倡导司法的绝对刚性,主张法院和法官在司法过程中,只应探求法律意思,寻求法律理由,无需也不应当进行目的和效果的考量。但是,由法律条文构建的逻辑世界永远不可能取代活生生的现实世界,尤其是在社会转型变革时期,法官机械地依照法律条文作出的裁判,很可能会出现判非所愿的结果。能动司法坚持法律适用的原则性与灵活性的结合,其所追求的司法效果,是一种综合效果,它强调法律效果与政治、经济、文化、社会效果的有机统一,强调个案公正与普遍公正的有机统一,强调依法裁判与案结事了了的有机统一。^[16]

(三)能动司法的特征

政治架构的不同和司法体制的差异,决定了当代中国能动司法具有不同于西方国家司法能动主义的独特品格。

一是主体的二元性。在我国,人民法院和法官是行使司法审判权的主体,当代中国能动司法体现于人民法院和法官的司法活动之中,既强调充分发挥人民法院的能动作用,又强调充分发挥法官的主观能动性。但是,这两个主体能动司法的范围是不同的:前者主要体现于司法权运行的宏观领域,如落实与完善公共政策、建立多元纠纷解决机制、促进社会管理创新,等等;后者则更多地体现于审判权、执行权的具体行使过程之中,表现为法官对案件事实、法律、程序、裁判等问题依法采取更为主动、灵活、合理的方式,以便在个案的审判和执行中实现能动司法的目标功能。而在西方国家,司法能动主义的主体是法官个人,体现在法官对具体案件的司法裁判上,并不存在法院这一层面的能动司法。

二是适用的层级性。当代中国法院系统共有四个层级,每个层级法院的职责定位是不相同的。因此,能动司法在人民法院的司法实践中应当体现出一定的层级性,要区分最高人民法院、高级人民法院、中级人民法院和基层人民法院而作出不同的要求。比如,最高人民法院和高级人民法院应当更多地关注司法

[16] 公丕祥:“当代中国能动司法的理论与实践”,载《审判研究》(2009年第3辑),法律出版社2009年版,第32-33页。