



主编·周溯

ZHUBIAN·ZHOU SU

审判理论与实务探讨

——
安徽法院系统优秀论文选

SHENPAN LILUN YU SHIWU TANTAO
ANHUI FAYUANXITONG YOUXIU LUNWENXUAN

人民法院出版社

审判理论与实务探讨

——安徽法院系统优秀论文选

主 编 周 溯

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

审判理论与实务探讨: 安徽法院系统优秀论文选/周溯主编.
—北京: 人民法院出版社, 2009. 2
ISBN 978-7-80217-778-9

I. 审… II. 周… III. 审判—研究—中国—文集
IV. D925.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 006763 号

审判理论与实务探讨

——安徽法院系统优秀论文选

周 溯 主编

责任编辑 赵作棟

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010) 67550526 (责任编辑) 67550516 (出版部)
67550558 67550551 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 512 千字

印 张 27

版 次 2009 年 2 月第 1 版 2009 年 2 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-80217-778-9

定 价 66.00 元

版权所有 侵权必究

编 委 会

主 编	周 溯	
副主编	汪利民	池寒冰
委 员	李令新	沈世所
	孟祥翠	汤 龙

序

在全省上下深入学习实践科学发展观之际，我们隆重迎来了全省法院学术研讨会二十周年。二十年矢志不渝，二十年硕果累累。二十年来，全省法院坚持理论联系实际，大兴学习研究之风，积极开展学术研究，深入探究司法规律，学术研究工作取得了长足发展。为全面回顾全省法院学术研究工作，集中展示全省法院学术研究水平，真实反映广大法官的职业素养和司法能力，省高院决定精选部分优秀学术论文结集出版，这是一件很有意义的事。

法院的学术研究是探索司法工作规律的重要途径，也是实现人民法院科学发展的智力基础。随着我国改革开放的不断深化和经济社会的快速发展，人民法院发挥审判职能服务科学发展、促进社会和谐和使命更加光荣，责任更加重大，任务更加艰巨。在新的历史时期，人民法院必须高举中国特色社会主义伟大旗帜，坚持中国特色社会主义司法制度，牢固树立社会主义法治理念，认真践行“三个至上”指导思想，深入推进司法体制和工作机制改革，努力建设公正高效权威的社会主义司法制度，最大限度地维护社会公平正义。只有深入贯彻落实科学发展观，立足社会主义初级阶段的基本国情，围绕人民群众的新要求、新期待，深入开展学术研究，勇于理论探索和学术创新，才能为深化司法改革提供坚实的理论支撑，才能推动人民法院工作在科学理论的指导下与时俱进。

学术研究能力是司法能力的重要内容，也是法官素质的重要体现。当前，我国已进入改革发展的关键时期，经济体制深刻变革，社会结构深刻变动，利益格局深刻调整，思想观念深刻变化，人民法院面临的机遇前所未有，面对的挑战也前所未有，新形势、新任务对法院工作提出了新的更高要求；中国特色社会主义法律体系基本形成，但复杂多变的

审判实践往往令立法机关始料未及，新情况、新问题对法官掌握立法精髓、正确适用法律、解决现实难题提出了新的更高要求；民主法制建设不断发展，依法治国方略扎实推进，人民群众日益增长的司法需求对严格、公正、高效、文明司法提出了新的更高要求。为此，必须大力加强法院队伍的司法能力建设。通过深入开展学术研究，从理论的高度关注社会变革，用学术的眼光审视司法实践，着力提高广大法官认识和把握大局、认识和把握社会矛盾、认识和把握社情民意、认识和把握法律精神的能力，实现学术研究与审判实践的良性互动，有助于造就一支政治坚定、业务精通、作风优良、司法公正的法官队伍，使法官的司法能力和司法水平始终与时代的发展和要求同频共振，进而更好地运用司法手段，服务党和国家工作大局，维护人民合法权益。

二十年来，全省各级法院高度重视学术研究工作，一以贯之地从各个方面给予大力支持，保证了我省法院学术研究工作的扎实开展。广大法官踊跃参与其中，紧紧围绕刑事、民事、行政、执行等领域的法律适用以及司法理念、司法能力建设、公正高效权威司法等重大理论和实践问题，深入思考，潜心钻研，殚精竭虑成一家之言，精益求精著学术文章，为人民法院的科学发展、和谐发展贡献了真知灼见。在广大法官的辛勤耕耘、不懈追求和共同努力下，全省法院学术研究工作不断跃上新的台阶。二十年来，我省法院在全国法院学术讨论会上获奖的论文达143篇。省高院多次被最高人民法院授予“组织工作先进单位”，并荣获“二十周年组织工作先进奖”。

司法审判任重道远，学术研究永无止境。古人云：为者常成，行者常至。只要我们勇于攀登，敢于超越，携理想而前行，知不足而奋进，全省法院的学术研究工作必将迎来更加明媚的春天！

付梓之际，欣然提笔，为之序。

中华人民共和国大法官
安徽省高级人民法院院长

周潮

二〇〇九年一月五日

目 录

试论司法的有限性及其功能的有效发挥	
..... 安徽省池州市中级人民法院 时 代 赵 越 (1)	
穿行于事实与法律之间	
——和谐社会语境下法官内心确信规则之治	
..... 安徽省马鞍山市中级人民法院 陶 猛 (10)	
司法在构建和谐社会中的衡平功能	
..... 安徽省六安市中级人民法院 周 斌 (22)	
论司法透明机制之建构	
——纠纷解决与规则之治的维度	
..... 安徽省马鞍山市中级人民法院 周耀虹 (32)	
司法正义观与乡土社会和谐	
..... 安徽省马鞍山市中级人民法院 满其珍 雍自涛 (40)	
司法为民的理论基础及规范选择	
——以司法主体性理念为视角	
..... 安徽省当涂县人民法院 徐业平 (49)	
法也容情	
——论构建和谐社会刑事司法应有民意的兼顾	
..... 安徽省高级人民法院 单其文 (61)	
论不可抗力免责视角下的司法人文关怀	
..... 安徽省马鞍山市中级人民法院 刘鸿飞 赵庆飞 (75)	
乡里的鼓乡里擂	
——农村基层法官在法律正义与乡土社会正义之间的衡平选择	
..... 安徽省六安市金安区人民法院 陈久松 (83)	
法官职业化动力论	
..... 安徽省法官培训学院 陈吉双 (92)	
民间法、国家法与法官思维	
——浅述民间法对社会秩序及法官思维的影响和运用	
..... 安徽省宣城市宣州区人民法院 周红兵 (100)	

论案件事实的认知过程

——侧重从民事审判的角度

..... 安徽省合肥市中级人民法院 王怀庆 (112)

法律推理：理论和实践基础上的多维分析

..... 安徽省蚌埠市中级人民法院 赵德升 (121)

商品房预售合同若干问题探析

..... 安徽省芜湖市中级人民法院 文 勇 (132)

对业主委员会法律地位的思考

——从完善物业纠纷司法解决机制的视角

..... 安徽省高级人民法院 卯俊民 (146)

论破产案件审理中诉讼指挥权的正确行使

..... 安徽省含山县人民法院 阮法明 (156)

清算损害赔偿诉讼中的法律问题研究

..... 安徽省高级人民法院 张红生 (165)

论有限责任公司强制清算制度的完善

..... 安徽省阜阳市中级人民法院 符连峰 (176)

生命权损害赔偿法律制度之检讨与改良

——以法律的经济分析为视角

..... 安徽省马鞍山市金家庄区人民法院 童映光 (184)

法官视野中的生存权及其救济

——以社会弱势群体为视角实证分析

..... 安徽省宣城市宣州区人民法院 王 虹 (195)

论行政诉讼一并审理民事争议

..... 安徽省高级人民法院 汪沪平 唐胜春 (206)

论交付和登记在我国房屋所有权转移中的地位

——兼论《物权法》之前我国不动产权变动模式

..... 安徽省宿州市中级人民法院 武钦殿 (215)

论股票质押

..... 安徽省来安县人民法院 时 刻 (232)

我国商业银行破产法律制度构建研究

..... 安徽省宿州市埇桥区人民法院 黄亚洲 (244)

民事诉讼管辖若干问题探讨

..... 安徽省宣城市宣州区人民法院 蔡代玲 (256)

略论民事诉讼审前程序的改革与完善

..... 安徽省高级人民法院 李令新 庞 梅 (264)

引入即决判决制度应当考虑的几个问题	安徽省淮北市中级人民法院 张亚东 (272)
试析我国法院附设 ADR 机制的不适当性	
——以中西部农村基层法院现状为视角	安徽省宣城市宣州区人民法院 左志平 (279)
民事公益诉讼：法律和现实之间	
.....	安徽省蚌埠市中级人民法院 陈 亮 (290)
论当事人主义在民事裁判文书中的确立	
.....	安徽省黄山市中级人民法院 江梅洁 (301)
民事裁判请求权保障机制初探	
.....	安徽省枞阳县人民法院 周正春 (310)
诉讼调解的程序悖论	
——以公力救济和私权交易的正当程序为视角	
.....	安徽省高级人民法院 张永会 (321)
民事诉讼调解制度下的当事人调解意向与法官影响	
.....	安徽省淮南市中级人民法院 詹祖强 (331)
涉诉信访若干问题研究	
——和谐司法语境下涉诉信访的反思与人民法院的应对	
.....	安徽省高级人民法院 朱兆法 王 帅 (342)
人民陪审员制度与通向司法公正之路	
——从陪审制度的价值说起	
.....	安徽省亳州市中级人民法院 谢 超 (351)
论案外人执行异议的审查规则	
.....	安徽省铜陵市狮子山区人民法院 姜长福 (360)
论刑事审级制度的改革	
.....	安徽省淮北市中级人民法院 刘夫军 (369)
打击与保护 两难选择中的抉择	
——浅析精神病刑事司法鉴定启动制度的优化	
.....	安徽省蚌埠市中级人民法院 耿 杰 (379)
量刑程序考量	
——系统论指导下的量刑程序构建	
.....	安徽省当涂县人民法院 孙斌荣 (389)
收回只是开始	
——改进我国死刑复核程序的现实性思考	
.....	安徽省高级人民法院 黄 浩 (402)

论在我国刑事诉讼程序中建立司法审查制度的构想

..... 安徽省淮南市中级人民法院 任 寰 (412)

后记..... (421)

试论司法的有限性及其功能的有效发挥^①

安徽省池州市中级人民法院 时代 赵越

“任何国家部门都不比法院更重要，也没有一个国家部门会像法院那样受到公民那么彻底的误解。”^②在提出“依法治国，建设社会主义法治国家”这一宏伟目标和治国方略后的今天，人们不会怀疑这段话前半句的应然性，但无论是在“司法无用论”大行其道的过去，还是在社会对司法作用的仰赖空前增强的现在，公民对法院（或者说司法）的“误解”却是不争的事实。“司法无用论”可谓对司法最彻底的误解，而认为什么问题、任何纠纷都可以通过司法途径解决，司法是解决纠纷的万能钥匙，是“社会正义的最后一道防线”的看法，其准确性也是很值得怀疑的。从完全否定司法的价值到对司法寄予较高的期待，是社会文明的进步，但过于理想化、不切合实际的“期待”实为中国司法在走向现代化进程中不能承受之重。冀之愈高，责之愈严；责之者汹汹，司法应当具有的权威必然会动摇。而欠缺权威的司法将难以担负起司法应有的职责，如此又极易导致公民对司法更深的误解和不信任，这是个残酷的悖论。消解悖论固然有赖于按照科学的司法理念进行妥帖的制度安排，但就中国目前的情势看，一种观念的建构更为迫切：司法是有限度的而不是无所不能的，司法权威主要源自理性而不是纯粹基于强制。能动的、理性的司法应当是克制的，有所为有所不为。

一、司法的限度

毋庸置疑，解决争端是司法最原初也是最为重要的职能，并始终为司法其他功能的实现创造条件。因此，司法就其本质而言仅仅是一种在具体争议中根据预先设定的规则进行裁判的纠纷解决方式。司法具有四个技术性特征：第一，具体争议的存在，是司法活动的前提，即所谓“无纠纷，则无诉讼”；第二，司法是适用法律的过程，必须严格遵守预先设定的规则（英美判例法国家

^① 我国宪法对“司法”的概念并未明文界定，因为法律的缺席，不可避免地引来关于司法是什么的争议。本文所论之司法仅指法院在办理诉讼案件中适用法律的审判活动。

^② [美] 德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社1998年版，第10页。

之遵循先例也应属此列)；第三，司法是解决纠纷的重要方式，但决不是解决纠纷的唯一方式；第四，司法就是裁判，是经由逻辑推理而得出一个判断结论的过程。上述特征表明司法客观上存在着几个限度：

(一) 司法调控范围的限度

即使存在着“具体争议”，也不是所有这些争议都可以或应当进入司法调控领域。首先，争议本身有“适合于审判和不适合于审判”之分，^① 由于争议自身的性质和特点，一些争议不适宜提交司法解决或者司法无从提供救济，如即使通过终结性的法院裁判也无法获得救济的争议。司法对于自己无能为力的事项只能“有所不为”。其次，对于那些适于审判的争议，国家也可能基于司法资源有限性和在全社会合理配置资源的考虑而暂时被排除在司法管辖之外，留待纠纷各方以更加便利和经济的方式解决。^② 最后，也是最为重要的一点是，被认为适于以司法手段解决的纠纷，当事人却愿意谋求其他解决途径，国家不能对当事人双方的这种合意强施干预，比如法律规定仲裁协议对司法管辖权的排除效力，就是司法权对社会自治权的妥协。

(二) 司法相对于立法的限度

尽管司法在西方社会构成国家三大公权之一端，与立法、行政并驾齐驱，但司法的功能扩张比较适合英美法律文化传统。尽管欧陆国家宪法法院的创立使司法的作用大为提升，在大陆法传统和其他法律文化传统的社会，司法是否具有这样的地位和作用就值得怀疑了。就我国司法裁判的现状看，我们必须正视司法之于立法的角色局限性。社会资源之分配和利益冲突的调整主要还是由立法活动来完成的。司法解释本身固然重要，但根本上，其使命是尽量准确地阐释立法的原意，而裁判则应是通过严格适用法律在个案中实现正义（矫正的正义）。基于中国目前的政治经济文化和体制架构现状，我们认为，司法并不具备整体把握资源分配和利益平衡的能力和正当性，也不应当超越现实条件，寻求扩张司法的权能界限，否则会置本已尴尬的司法于一种更为不利的境地。

(三) 司法相对于其他纠纷解决机制的限度

在多元化纠纷解决机制并存和竞争中，司法以其稳定性、权威性、彻底性和一定的强制性而居于解决纠纷的中心，但这决不表明司法在解决纠纷时就可以“包打天下”。司法作用的凸显并不一定要以贬抑其他纠纷机制为前提，也不必然意味着更多数量的纠纷必须诉诸于司法途径去解决。“诉讼爆炸”在成熟的法治国家已经成为急需解决的问题，中国同样面临着它的挑战。司法资源

① [日] 棚田孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社1994年版，第2页。

② 大陆法系国家虽然强调国家权力在直接配置有限的司法资源中的作用，但关于案件受理条件的限制却以纠纷解决方法和成本收益等综合考虑为基础，将一部分争议排斥在司法调控范围之外的。

的有限性、司法程序的严格性,使其不可能成为所有纠纷的最佳解决方法。应当看到,相当多的纠纷并不能简单地归结为权利义务关系,更多的是利益之间的平衡问题。在是与非的问题上,司法固然可以通过判决作出胜负分明的判断,但对于更多的利益平衡问题,完全可能通过其他解纷机制达到“双赢”。^①对于正处于法治进程中的中国来说,把司法作为建立法治权威的制度性象征,把扩大民众对司法的利用作为提高社会法律意识、建立法治秩序和信念的基本路径是有其合理性的。在这一进程中,也不可避免地出现了某些虚无主义倾向以及浮躁和急功近利的趋势。在社会上,“为一点小事,寸步不让,动不动就进入诉讼程序,结果常常事与愿违,一场官司下来,当事人间不仅结了怨,增加了更多的潜在社会矛盾,而且增加了诉讼成本,浪费了大量的诉讼资源。”在法院内部也出现了“包揽一切矛盾纠纷、解决一切社会问题的倾向,似乎通过诉讼可以解决一切社会矛盾、一切社会纷争。一些法院因为自身经济利益的驱动,而愿意主动扩大案源,以多收案、多办案为荣;一些地方的相关部门为了推卸责任,把大量应当由其他相关部门解决的纠纷也推到了法院,但由于体制等诸多因素的原因,法院事实上又不可能解决所有社会问题”。^②

(四) 司法过程中存在的限度

司法的过程本质上就是判断的过程。人类思维本身的局限性决定了司法推理及判断的“相对正确性”。理想的司法过程应该是:法官在明察秋毫地把握了案件真相的前提下,客观、冷静、严格、平等、公正、正确地适用法律并作出判决,其判决应排除法官个人的主观喜好和厌恶,偏好与偏见,并排除法律以外其他任何外部力量的干扰。^③即理想的司法至少应符合三个标准:事实认定上的绝对真实、判断推理上的纯粹理性和裁判结果上的实质正义。但通常而言,第一,“最经常与争议相连的不是法律而是事实”,^④司法的“证据中心主义”决定了司法所确定的事实只能是经由证据证明了的法律意义上的事实,而非案件发生当时的客观事实。许多时候,法律意义上的事实和案件的客观事实并不总是重合,尤其在复杂疑难案件中这种情况屡见不鲜。刑事诉讼中的疑罪以及民事诉讼证据认定中的“灰色地带”或“模糊区域”的客观存在就是最好的说明。第二,作为“社会人”的法官无法超凡脱俗,无法彻底摆脱社会大环境的干扰,也无法回避自己主观上非纯粹理性因素的存在。法官囿于自身个性

① 从传统的协商、调解、仲裁等方式脱胎而来的现代ADR即诉讼外纠纷解决方式之所以能在当代有着如此旺盛的生命力,不仅是为了应对纠纷解决的需要,还反映着人类社会和法治自身的一种发展。

② 2002年7月,时任最高人民法院副院长的刘家琛在全国法院思想宣传工作会议上的讲话,见《人民法院报》2002年7月12日。

③ 夏锦文、徐英荣:《现实与理想的偏差:论司法的限度》,载《中外法学》2004年第1期。

④ [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第80页。

特征、迫于社会舆论声势、基于政府政策导向、迎合特定形势需要都可能导致非纯粹理性的司法结果。因此,“把法官提升到一种纯粹理性领域,高于并超越那些令人不安和令人偏斜的力量之约束,……从来也不过是部分真实。”^①第三,实质正义的司法(判决)指在实体法本身是反映了普遍正义的良法的前提下,司法认定的事实符合案件的客观真相,且正确适用了实体法。公正司法的目标是通过一系列程序的展开来实现实体正义,而经由公正的程序能否一定达至社会对于正义实现的普遍期待,则仰赖于立法对于实体权利义务的分配是否权威公正、司法对于案件事实的认定是否符合客观真实以及法官裁量过程中是否能保持纯粹的理性。当以上条件任一存在限度或者并非都能同时得到满足时,实质正义司法的可能性与现实性间常常会存在距离。

上述限度可以看作是司法源于自身的性质而产生的内在限制性。特定的社会经济文化发展阶段也会影响到司法的功效。在我国,法治文化传统的先天性缺乏、市民社会的发育迟缓等都是影响司法正常发挥其功用的外在限制性因素。在市场经济体制确立后,市场主体多元化带来的利益冲突的频繁发生,已使得司法处在各种冲突的风口浪尖。人们对司法的期待也越来越高,除了要求司法能提供一种公正高效的纠纷解决机制之外,还越来越多地要求司法在维护法律与规则创设、权力制约与权利保障、社会控制与政策演进等方面能够更有作为。司法的限度与人们对司法的需求间的紧张关系迫切要求我们树立科学的司法角色观。

二、有限的司法^②

通过上文对司法内在和外在限度的客观分析,我们看到司法不是万能的,正是在这个意义上,我们主张有限的司法。有限的司法要求司法做到:

(一) 恪守中立

纠纷总是意味着两方或多方当事人之间利益的冲突在当事人自己难以解决的情况下,就得寻求一个第三方作出权威裁判,从而使纠纷得以解决。这个第三方的裁判能否为当事人所接受,裁判者自身的素质是相当重要的,一定的强制力也是必不可少的,但是要想使裁判得到持久的社会支持,裁判者中立的社会形象却是更为重要的。中立的基本前提之一是裁判者在当事人之间没有利益上的关联,甚至不要有让当事人主观感受到的偏向。这要求法官还必须具有崇尚民本思想和严谨谦和的作风。

^① [美] 本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第105、106页。

^② “司法的限度”是对司法局限性的一种客观描述,“有限的司法”则是关于司法应当是什么的理论主张,两者并非一个概念的两面表达。

（二）保持能动

与司法的中立性紧密相联的是司法的能动性。从原则上讲，有限司法要求法院在司法中应当处于被动的基本地位，所谓“民不举官不究”的法谚生动地描述了司法职能的这种被动性地位。司法者采取主动的行为，积极地解决社会中出现的纠纷，但不能使自己卷入当事人间的利益冲突之中，保持客观、中立的态度。不能将作为司法裁判的特殊机关与其他机关混淆起来，将法院的司法业绩与行政机构和政治机构的业绩同论，从而直接导致司法裁判的非中立性。

（三）谨遵程序

司法不同于立法和行政的一个重要原因在于：司法以其特定的程序为基础实现公正、追求效率、讲究权衡。司法过程的限度表明，司法没有令人完全确信的能力重现案件事实。人们在很大程度上只能满足于形式公正，而且还有不容忽视的一点是，符合理性的公正程序往往能够使结论在大多数情况下尽量接近实质的正确。“自足”的程序^①还有另一个根本要求即司法应当注重效率，“迟到的正义是非正义”。因此，公正程序的设计本身应当包含对效率的追求，如审限的规定。严格遵守审限的要求是谨遵程序的题中应有之义。

（四）公开透明

程序公正是司法公正的重要内容，公开透明则是程序公正的内在要求。既然是居中处理或者裁决纠纷，那么富于效率地解决纠纷、平息争议就应是司法首要的追求目标。那些能够使纠纷得到最有效解决的方式或方法，往往并非裁判者自认为合理的，而是能够令纠纷当事人心悦诚服的方式或方法。司法固然有权强制，但裁判的角色决定了它更主要依靠的是“说服”：通过“自足”程序的展开、丝丝入扣的逻辑演进，让争议双方把话说在明处，把证据摆在对方面前，根据这些双方亲眼目睹、亲耳聆听的证据对案件作出判决——这种经由完全公开的程序创造出的一种客观性的氛围，将有助于司法得出的结论更容易被争议的双方或多方接受。说到底，有限的司法需要近乎透明的运作方式来强化自己的“说服力”，而纯粹地依凭所谓“国家强制力”压服争议的当事人接受裁判结果有违司法本质，也容易坠入“司法是一种国家暴力”的泥沼，最终导致法治意义上司法的可有可无。

（五）有所克制

司法的中立身份要求司法者克制自我非纯粹理性的冲动，在司法过程中保持不偏不倚和态度超然；司法的能动属性要求法院有所为有所不为，但任何权力都有越界的冲动，用制度加以约束是一个方面，权力行使者必要的克制是另

^① 人们熟知的“蛋糕理论”是程序“自足”最好的注脚：在分蛋糕时要使每个人得到尽可能均等的蛋糕，所需设计的程序是，谁分蛋糕，谁就最后一个拿蛋糕。

一个方面；对程序的仰赖要求司法循规蹈矩，任何不加克制、贪图便捷的对程序的变通，损害的都是司法的威信。有限司法应当有所克制更深层的意义在于：司法是有疆界的，司法的角色并不适宜对广泛而复杂的社会问题、政治问题作出裁判。因此，司法不能也不应当介入那些超越现实条件、法律授权和有违自身特质的事务。

当然，我们并不认为司法克制的主张天然地具有时间和空间上的普适性。从法院功能的历史发展来看，司法克制主义是与早期社会司法权不强大、司法行为本身规范化程度不高联系在一起的。为避免司法危机，所以强调司法克制主义。而当司法权自身运作已趋规范、司法在国家权力体系中的制约力量得到重视以及人们对于司法原初功能之外的衍生功能有了理性预期，司法权总会从克制主义向能动主义发展。^① 英、美等国自不待言，欧陆诸国宪法法院、行政法院的设立也为例证。

正如前文所述，“解决争端是法院最为重要的职能”，是司法的“本分”职责。而原初意义上的司法就是“于当事人间，发生关涉具体事件的纷争时，以当事人提起诉争为前提，由法院基于统治权，经过一定的纷争程序，为解决纷争而判断何者为法，以保障适用正当的法之作用”^② 的活动。司法原初功能的有效实现还是司法其他功能得以实现的重要条件，试想一下，如果司法的“本分”职责都不能履行得很好、司法起码的权威都得不到认可的话，人们怎能不怀疑司法有能力承担更多的衍生功能。也许，主张有限司法更深刻的理由正源于此。

三、司法功能的有效发挥

随着改革开放的不断深入，社会利益格局发生重大变化，各种利益关系日趋复杂，社会矛盾日益增多，人们对司法的期望值也愈来愈高。有限的司法能否发挥出最佳功能，承担起社会对司法的期望，既取决于司法职能履行的程度，也取决于司法的权威性，还取决于司法职能的履行与社会需要的相统一。

（一）确立司法解决纠纷的权威地位

随着法治社会的不断推进，司法权威的内涵也在日渐丰富。现代意义的司法权威已经不再仅仅是指司法活动自身因国家强制力所具有的传统权威，它还包括了由价值、理念、制度、机构、法官等一系列要素所组成的以司法活动为核心整个系统的权威。司法权威不仅具有权力的特性，还具有社会公众自愿服从的内涵，具有令人信服的威望和公信力。司法权威来自于人们自发的授予，

① 庞凌：《法院如何寻求司法能动主义与克制主义的平衡》，载《法律适用》2004年第1期。

② [日] 芦部信喜：《宪法》，李鸿禧译，台湾地区月旦出版社1995年版，第255页。

即它是从自愿服从中得到的力量,包括司法活动被信仰、裁判结果被尊重。因此,司法权威在本质上是一种建构在制度基础上或通过制度而获得的公信力。当前,树立司法权威,首先,必须在坚持党的领导、人大监督之下,在正确处理与政府等机关的关系基础上,让司法的功能在社会发展的进程中得到充分有效的发挥。其次,必须弘扬法治精神,通过法制宣传教育,增强公民法制观念,提高公民法律素质,逐步培育公民的法治意识,在全社会形成崇尚宪法和法律权威,崇尚法治与司法权威的社会氛围。再次,必须回归司法解决纠纷、定分止争的本能,让司法在维护秩序、实现公平正义、促进社会发展方面发挥出积极有效的作用,充分彰显司法的不可替代的特殊作用。

(二) 完善防范司法出错的制度体系

“司法的限度”一节分析表明,司法即使在自己擅长的领域也会因自身的局限性而可能出现实体错误、或程序错误、或在两个方面都出现错误。^①司法可能出错和给予司法在一定领域的最高权威地位,根据有限司法和理性权威观念看并不矛盾,上文对此已有分析。所以真正的问题是:在宪法宣示了司法是解决纠纷的终极性权威的前提下,我们应当通过怎样的制度安排将司法出错的概率和错误的危害性降至最小。

减少司法出错(而不是永远不出错)的前提是司法活动必须要有正当程序可资依循。以公开、透明的规则为依据建立起来的正当程序,足以排除司法的恣意、混乱和专断。程序的正当性决定了人民可以充分表达自己的主张和异议,互相竞争的各种层次上的价值判断或利益都可以得到综合考虑和权衡,其结果是,不满被程序过程吸收了,一种更完善的解释和判断被最终采纳。这样作出来的决定极大地缩小了事后怀疑和抗议的余地,显然更容易获得权威性。因此,现代社会的人们相信正当程序的拟定和选择是深思熟虑后的理性产物,并且确信通过这些正当程序可以获得公正的裁决结果。

减小司法出错的危害性是树立司法制度性权威的另一方面。根据有限司法的主张,第一,制度的权威应当符合理性前提下权威有限性的要求。实践证明,不受制度约束的个人权威经常有扩张为淫威的趋势,这种无限的权威在现代社会已经不值得信赖。因此,从制度上将司法权威限定在一定的范围内,是根除司法肆意和消除司法因出错而产生更大危害的重要保证。第二,在我国,主张限定司法权限范围更重要的理由是:现行体制下的法院不可能在违宪审查、权力制约等方面做到让人满意,也很难获得权威性认同,不可为而为之伤害的不仅仅是司法尊严,而且是整个国家法治的形象。第三,现代法治国家之

^① 考虑到我国司法对于立法的从属性,我们不认为那些因立法上的瑕疵导致司法结果与实质正义的相悖也属于司法错误范畴。