

法律方法文库 陈金钊 主编

守法主义与能动司法

基于中国法律方法论
研究视野的展开

王国龙/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法律方法文库

陈金钊 主编

守法主义与能动司法

基于中国法律方法论
研究视野的展开

王国龙/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

守法主义与能动司法——基于中国法律方法论研究视野的展开 / 王国龙著. —北京:法律出版社,2013. 11
(法律方法文库 / 陈金钊主编)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5405 - 6

I. ①守… II. ①王… III. ①司法制度—研究—中国
IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 220010 号



责任编辑 周丽君
王国龙 著
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5	印张 9.75	字数 255 千
版本 2013 年 11 月第 1 版	印次 2013 年 11 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 北京北苑印刷有限责任公司	责任印制 张建伟	

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 - 5405 - 6

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)

本书为 2011 年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“能动司法时代的法律方法论问题研究——基于中国法律学研究立场的展开”(项目批准号 11YJC820114)的最终成果

目 录

导论 / 1

- 一、本课题选题研究的价值 / 1
- 二、本课题的国内外研究现状 / 3
- 三、本课题研究的未来发展趋势 / 5
- 四、本课题研究的主要目标 / 6
- 五、本课题研究的主要内容 / 6
- 六、本课题研究拟突破的重点和难点 / 10
- 七、本课题的研究思路 and 主要观点 / 11
- 八、本课题研究所采用的主要方法 / 13

第一章 中国法律方法论研究的现状与基本 转向 / 15

- 一、对中国法律方法论研究的反思与前瞻 / 16
 - (一)对“中国法律方法论研究时代”到来的反思 / 16
 - (二)“中国法律方法论研究时代”到来的“缺席”因素之前瞻 / 25
 - (三)接受“质疑”的一种期待 / 32

二、从司法的技术关照到司法的理想建构 / 34

- (一) 问题的提出 / 34
- (二) 司法技术关照下中国法律方法论研究的不足 / 36
- (三) 中国法律方法论需要承担起建构中国现实司法理想的社会使命 / 45
- (四) 结语 / 54

第二章 中国法律方法论研究当中的解释主义之争 / 56

一、当“反对解释”遭遇到“如何解释” / 57

- (一) “法治反对解释”: 一个强调“规则主义司法”的修辞性命题 / 58
- (二) “认真地对待规则”与“反对解释”之间存在的内在关联性 / 65
- (三) “如何解释”问题所开启的法律方法论危机 / 72

二、法治时代的解释主义之争 / 74

- (一) 解释主义的兴起与方法论上的论辩 / 76
- (二) “反对解释”抑或“如何解释”: 纠缠于其中的解释主义之争 / 83
- (三) 解释主义之争对于法治时代的意义 / 94

第三章 能动司法与法条主义司法 / 96

一、捍卫法条主义 / 97

- (一) 法条主义在西方的“是与非” / 97
- (二) 处于“穷途末路”的中国法条主义 / 108
- (三) 法条主义的孱弱与中国法律学研究的贫困 / 120

二、能动司法与规则治理 / 124

- (一) 司法能动主义并不能构成一个时代的整体性司法哲学 / 125
- (二) 能动司法是中国法条主义司法发展的逻辑递进 / 133
- (三) 规则治理理念下中国能动司法展开的两个基本面向 / 144

第四章 守法主义与克制司法 / 153

一、守法主义与裁量正义 / 154

- (一) 技术性司法背景下的自由裁量 / 155
- (二) 守法主义: 久经磨砺的技术性司法立场 / 165
- (三) 裁量正义的法律基础、社会基础与政治基础 / 177

二、道德权利诉求中的司法克制主义 / 186

- (一) 问题的提出 / 186
- (二) 浙江温岭“虐童事件”中司法的克制主义 / 189
- (三) 权利社会中的道德权利 / 193
- (四) 道德权利的“法律化”与“泛法律化” / 199
- (五) 道德权利诉求中司法缘何要保持“克制” / 205
- (六) 克制主义司法立场中道德权利纠纷解决机制的相关构建 / 213
- (七) 结语 / 218

第五章 司法理性与司法权威 / 221

一、技术性: 司法权威的一个内在面向 / 222

- (一) 问题的提出 / 222
- (二) 司法权威的技术之维 / 223
- (三) 技术性是公正司法的最低评价标准 / 233
- (四) 技术性司法权威建构的社会基础 / 242

二、裁判理性与司法权威 / 247

- (一) 裁判理性是纠纷解决理性化的基础 / 248
- (二) 裁判理性的展开与审判裁量的二维权衡 / 254
- (三) 裁量正义是树立司法权威的社会基础 / 260

结语 / 265

一、纠纷解决与依法司法 / 267

二、审判权威建构的三个基本面向 / 271

三、审判权威与能动司法 / 279

参考文献 / 283

一、中文译著 / 283

二、中文著作 / 293

三、中文论文 / 294

四、外文类 / 299

后记 / 301

导 论

一、本课题选题研究的价值

自前些年最高人民法院倡导能动司法的中国司法理念以来,中国法学界开始广泛地探讨能动司法的相关理论问题和实践问题。不过,与以往对中国相关司法主题探讨的姿态不同,今天,中国法学界对能动司法相关问题的探讨呈现出一种鲜明的“中国”问题意识和理论叙事,在中国语境下来讨论能动司法问题已经成为了一种自觉而又成熟的中国法学研究立场。本课题选题研究的价值既包括理论层面的研究价值,也包括司法实践层面的研究价值,集中表现为:

从对能动司法探讨的理论层面而言,在一个正在凸显转型中国能动司法的时代,能动司法亟须在以下的两个基本法律理论和司法理论上得到厘清:

第一,立足于当前中国法治时代的背景,能动司法的展开是以革新何种法律意识形态为目标的?在当前中国的法学研究中,大部分学者立足于西方语境,认为能动司法主要是针对“法条主义”的司法或克制主义的司法而展开的。但是,这一定位亟须我们从理论上进行相关反思。因

为,如果没有“法条主义”的守法意识形态作支撑,没有“克制主义”司法意识形态与之抗衡,能动司法在中国就可能走向背离“法治中国”以及“司法法治”这一基本主题的道路。由此,从理论上进一步厘清和反思能动司法理念与守法主义和克制主义的司法意识形态之间的可能关系,也就显得尤为迫切。

第二,立足于当前中国司法现状,能动司法的展开是以革新何种司法模式为目标的?当前中国的司法实践正在展开以“大调解”为司法模式的能动司法,这种能动司法模式在实现“案结事了”和追求法律的社会效果上发挥着显著的成效,但是也引发出了相关的难题。例如,出现违背“依法裁判”理念的强制性调解,出现“大调解”背景下新的“执行难”困境,也出现了不重视法律方法论所主张的以法律的理性进行“依法司法”的“和稀泥”司法,甚至是“无法司法”的难题。因此,能动司法时代的中国司法不能走向以追求社会效果为唯一目标的司法。可见,立足于中国法律学的研究立场来展开对能动司法时代的法律方法论问题的研究,也就彰显了一种时代性的法律理论研究价值。

而对于中国能动司法展开的实践层面而言,司法审判是以追求“法律效果和社会效果相统一”为目标的。在三十余年的中国司法改革历史进程当中,从20世纪80年代所倡导的“司法为市场经济保驾护航”,到20世纪90年代针对“司法腐败”问题所提出的“实现司法独立”的主题,从最近十年来正在发生的法院体制内部改革,到当下能动司法的提出,可以说,中国的司法改革完全是在一种“应对中国社会变迁”的语境当中展开的。当前中国社会已经呈现了向“权利社会”、“风险社会”、“网络社会”、“法律主治社会”和“司法主导社会”等社会形态的转型,能动司法理念下的中国司法改革必须正面回应中国转型社会出现的新形势。由此,本课题研究的实际应用价值表现为:

第一,立足于法院和法官立场展开对司法意识形态和法律方法论问题研究,进一步提升法院和法官通过法律方法论就裁判结论实现对

当事人和社会的说服水平和论证能力,以增进人们对法律和法院的信任,提升司法权威。

第二,考虑到中国制定法的时代背景,立足于中国法律学的研究立场对司法审判中的相关审判难题展开成熟化的理论指导,以减轻法院在追求“法律效果和社会效果相统一”目标上的选择烦恼和论证负担,反思不同司法意识形态各自的合理性和局限性。可以说,没有在司法意识形态上的成熟反思,也就难以在中国司法审判实践中实现一种成熟化的能动司法。

二、本课题的国内外研究现状

司法能动主义在西方的兴起是以三权分立的政治体制和违宪审查的司法体制为背景的,因此,西方司法能动主义有着鲜明的西方宪政内涵。而中国能动司法理念的提出与西方背景截然不同,两者之间即使存在某种可能的理论关联,但这种理论关联对研究中国的能动司法理念并没有直接的借鉴意义。正因为如此,中国法学界对能动司法在中国语境中的具体展开,从一开始就呈现出了鲜明的“中国”主体内涵。

关于守法主义和能动司法的目前国内外研究现状,代表性的主要体现为以下的两个基本方面:

第一,对西方守法主义和司法能动主义的相关理论梳理、译介和系统收集。例如,美国学者沃尔夫《司法能动主义》(2004年),美国学者施克莱《守法主义》(2005年),美国学者麦克洛斯基《美国最高法院》(2005年),美国学者霍维茨《沃伦法院对正义的追求》(2003年),王千华《论欧洲法院的司法能动性》(2005年),姜玉梅、孟虹《印度司法审查制度述评》(2004年),Kenneth M. Holland *Judicial Activism in Comparative Perspective* (1991), Richard A. L. Gambitta *Governing Through Courts* (1981), Christopher Wolfe *The Rise of Modern Judicial Review* (1986), Arthur Selwyn Miller *Toward Increased Judicial Activism* (1982), Mark Silverstein, Benjamin Ginsberg *The Supreme Court and The New Politics of Judicial Power* (1987), Matthew D. Adler

Judicial Restraint in The Administrative State: Beyond The Countermajoritarian Difficulty(1997), *Spaeth Judicial Power as A Variable Motivating Supreme Court Behavior*(1962), *Edwards Regulating Judicial Misconduct And Divining“ Good Behavior” for Federal Judges*(1989), *Flango, Ducat: Toward An Integration of Public Law And Judicial Behavior*(1977)。以上主要包括对司法能动主义以及与其相对应的司法克制主义和守法主义等相关司法意识形态的研究,包括在一般理论、历史演变、不同学科、不同国家和不同理论谱系中的展开。

第二,对中国“守法主义”和“能动司法”理念和相关法律方法论的研究、实践和影响。例如,信春鹰《中国是否需要司法能动主义》(2002年),刘慧英、任东来《能动还是克制:一场尚无结果的美国司法论辩》(2005年),韩德明《风险社会中的司法权能》(2005年),张榕《司法的能动性何以实现》(2007年),王胜俊《与时俱进 努力开创人民法院工作新局面》(2008年),吴英姿《司法的限度:在司法能动与司法克制之间》(2009年),张志铭《中国司法的功能形态:能动司法还是积极司法》(2009年),彭小龙《现代社会中司法的力量》(2009年),蒋惠岭《“能动司法”要把握正确的方向》(2009年),杨春福《法官应该是司法能动主义者》(2009年),罗东川《陇县模式是“司法能动”的样板》(2009年),公丕祥《当代中国能动司法的意义分析》(2010年),张建伟《能动司法的中国诠释和文化解读》(2010年),陈金钊《司法意识形态:能动与克制的反思》(2010年),苏力《关于能动司法与大调解》(2010年),顾培东《能动司法若干问题研究》(2010年),李桂林《司法能动主义及其实行条件》(2010年)。以上主要包括对中国能动司法的一般理论研究和相关学说争论、能动司法与相关法律方法论、能动司法在中国展开所针对的对象和条件等问题的探讨。尤其是立足于中国语境和中国法律实践来探讨中国能动司法的可能内涵、针对的主要对象、依据、条件以及相关的理论争鸣和反思等。

三、本课题研究的未来发展趋势

从当前中国司法实践的现状和国外司法发展的经验来看,本课题研究的未来发展趋势集中体现在以下的几个方面:

第一,进一步探讨司法能动主义和司法克制主义、守法主义等不同层面的司法意识形态之间的相互关系,架构法治时代更加清晰的司法意识形态争论和反思各自立场的局限性,探索具体指导司法审判的一般性司法意识形态以及例外。实际上,在西方,司法能动主义和司法克制主义、守法主义等之间的冲突和争论是非常激烈的,法治时代需要同时听到这两种不同的理论争论和对话声音。这对于我们思考中国的能动司法也是一个重要的启示。

第二,考虑到不同司法意识形态之间存在根本性立场的分歧,立足于具体的法律方法论研究可以更加清晰地展现基于不同司法意识形态立场的相关“方法论上的论辩”,并透过这些“方法论上的论辩”来反思“如何实现法律效果和社会效果相统一”这一司法裁判目标。“方法论上的论辩”既可以充分地反映不同司法意识形态在司法立场上的差异甚至是对立,也可以清晰地凸显个案裁判中的各方是如何论证自己主张的合法性、合理性以及相关的可能缺陷。因此,法治时代必须成熟地面对未来司法意识形态的可能争论、冲突以及“方法论上的论辩”。

第三,尽管有关能动司法和克制司法、守法主义等不同司法意识形态在理论形态和学说类型上的划分之间并没有天然的优劣之别,但是这些争论和冲突对于指导和启发法官实现具体的司法裁判是非常有益的。因此,在具体个案裁判当中展开司法意识形态之争,这将成为能动司法在中国未来展开的普遍现象。

第四,在未来中国法学流派化的发展进程中,中国法律学的研究立场是一种以实现“依法裁判”和“司法法治”为目标的法学研究立场,需要我们认真对待。当然,中国法律学的研究立场也仅仅是众多中国法学研究立场之一,也不可避免地存在自身的局限性。但是,中国特色社会主义法律体系的初步确立和相关法律制度的相对完善,构

成了中国法律学研究展开的基本依据。

四、本课题研究的主要目标

本课题研究的主要目标包括：

第一，从一般理论层面仔细地梳理司法能动主义、司法克制主义和守法主义等相关司法意识形态的基本立场、特征、内容、系谱、历史发展、在各国实施的一般表现、依据以及相关的现实条件等，实现对司法能动主义、司法克制主义和守法主义等不同司法意识形态做一种理论类型上的区分和相关界定，以更加清晰地浮现它们之间在司法立场上的相关差异和争论焦点。

第二，从法律方法论的研究视野，进一步梳理不同司法意识形态对司法裁判具体方法论的可能架构思路，以及因为这些架构思路的差异所引发的“方法论上的论辩”。“方法论上的论辩”对于进一步呈现司法意识形态之间的差异、各自的相对合理性和局限性是非常重要的，实现在“方法论上的论辩”不断地走向成熟，就是实现对司法意识形态在类型探讨上的成熟，而推进这一探讨不断地走向成熟，也是实现中国法治社会所必须经历的一个历史阶段。不仅如此，“方法论上的论辩”对于具体的司法裁判也有着非常重要的实践意义，是推动中国司法不断地走向法治化和实现能动主义司法的重要途径和内容。

第三，在当前中国法学研究不断地走向流派化的时代背景下，立足于中国法律学的研究立场，在尊重和支持中国现有法律实践的前提下，推动围绕着体现鲜明“中国”主体内涵的法律方法论问题研究不断地走向成熟。需要指出的是，具有中国特色的成熟法律体系和法律制度构成了中国法律方法论研究展开的良好法律学基础，能动司法时代的司法主题构成了中国法律方法论研究展开的良好司法背景和社会条件，而成熟的司法意识形态研究则构成了中国法律方法论研究展开的充分司法理论背景。

五、本课题研究的主要内容

本课题研究的主要内容包括：

第一，对司法能动主义和守法主义、司法克制主义的一般理论研究。

司法能动主义和司法克制主义相对应,发端于美国联邦法院围绕着司法审查而逐渐兴起的一种司法意识形态,其核心目标是通过实现个案审判中的“社会正义”,来回应社会发展对“法律正义”的追求。

其主要内容表现为。(1)围绕着美国司法实践当中的个案纠纷审判而逐渐展开,是在具体个案审判当中主张“法官造法”的司法能动主义,因此,从来就没有脱离开个案司法审判的一般性司法能动主义。(2)主张司法审判要“回应”社会发展的现实需要,反对过于严格的恪守法律条文和先例,“法官造法”必须服务于实现具体社会正义的需要。(3)针对重大社会现实问题而展开违宪审查当中的司法能动主义,尤其是针对重大社会政策、道德观念、经济发展、民权状况等不同的时代主题来发展和完善正当法律程序,凸显司法在重大社会变革当中的引领角色。(4)司法能动主义不是一个静态而是一个处于不断流变当中的司法意识形态,是以法律实用主义的司法哲学为理论基础而逐渐展开的,并处于和司法克制主义相比对和争论的过程当中而展开的。(5)司法能动主义不是一般法院的司法意识形态,而是以美国的联邦最高法院为核心而展开的,并伴随着美国联邦最高法院司法权的逐渐扩张为背景而推进的。(6)司法能动主义既有法律方法论层面上的司法能动主义,也有政治体制层面上的司法能动主义,更有追求社会效果层面上的司法能动主义,尤其是具体法律方法论层面上的司法能动主义尤为重要。(7)司法能动主义是以美国良好的守法主义传统为背景而展开的,没有守法主义传统的司法能动主义是非常危险的,司法能动主义既为美国创造过良好的先例,也曾经出现过极端糟糕的判决,正因为如此,司法能动主义不能脱离美国守法主义司法意识形态的社会背景。(8)人们对司法能动主义的批评一直伴随着美国司法能动主义发展的全过程,甚至至今人们对司法能动主义的褒贬争论仍然在继续。

司法能动主义在美国的兴起是以良好的守法主义司法意识形态传统为背景的,守法主义司法意识形态的主要内容表现为:(1)法院和法官必须严格遵守法律的条文,甚至“奴隶地拘泥于法律规则之

下”。(2)恪守对行为评价的法律依据,大规模的成文法运动就是守法主义司法意识形态影响下展开的立法活动。(3)把遵守法律规则当做判断道德行为的标准,将道德关系视为由规则所确定的权利义务关系。(4)守法主义是一套虽然“难以言表”但却被法治社会贯彻始终的个人行为准则和法律意识形态。(5)守法主义是个人和政府必须遵循的基本法律理念,是国家、社会和个人行动的基本要求。(6)法律人是守法主义意识形态的忠实贯彻者,而法院和法官更是守法主义司法意识形态实现和贯彻的主体,也是一种职业责任和职业道德。(7)在一个多元和异质的社会形态中,任何社会决定、立法行为和司法判决都必须严格地贯彻守法主义的精神。因此,守法主义作为一种法律意识形态是被社会在不断强化的过程当中实现的。

司法克制主义是守法主义司法意识形态的一种具体体现形式,集中表现为:(1)反对“法官造法”;(2)严格遵守法律形式正义;(3)严格遵守司法权的限度和范围,反对司法权的过度扩展;(4)捍卫“依法司法”的审判理念;(5)加重“超越法条司法”的法律论证负担和例外性司法的社会说理责任等。

西方司法能动主义的兴起有着极其复杂的社会条件、历史背景,主要表现为:(1)回应型司法理念的逐步展开;(2)关注特殊案件中的个案正义,强调追求个案判决的“社会效果”;(3)相关司法制度改革的推进,如辩诉交易、调解制度、简易法律程序和特殊法律程序的运用;(4)法律论辩在司法程序当中的普遍运用;(5)司法正义成为社会正义实现的主要途径;(6)司法权在三权分立政治体制当中地位的扩张;(7)风险社会中不断呈现出的重大社会难题。

第二,对司法能动主义和守法主义、司法克制主义之间引发出的相关司法意识形态的争论,以及从争论中进一步引发的“方法论上的论辩”。

基于以上原因,西方国家无论是在法学研究还是法律实践当中,人们在司法能动主义、守法主义和司法克制主义之间的争论非常激烈,这些争论往往都是围绕着实现具体司法审判当中的个案正义问题

而展开的。这些争论又进一步地围绕着相关法律方法论的争论而详细地展开,由此,“方法论上的论辩”构成了司法意识形态争论的具体表现形式。“方法论上的论辩”主要表现为:(1)法律方法论的描述性法理论研究抑或规范性的法理论研究;(2)法律方法论的一般性法理论研究抑或特殊性法理论研究;(3)法律方法论的法学家立场法理论研究抑或法官立场法理论研究等。

第三,能动司法在中国展开的相关社会现实条件分析。

西方司法能动主义的兴起有着特殊的社会现实条件,而中国能动司法的展开却有着自己特殊的社会背景和时代背景,具体表现为:(1)能动司法主题的提出在于探索符合中国国情的司法改革创新之路,是凸显司法权在当下中国社会中应有地位的需要,并配合既有司法改革道路探索的惯性发展规律。(2)能动司法是彰显社会主义中国司法对“社会正义”的关注,也是传统“司法为民”宗旨的继续。(3)能动司法是转型中国社会发展的需要,也是提升司法回应社会现实需要的能力。(4)能动司法主题的提出既是对现有司法改革的高度概括,也是对未来中国司法改革和发展的展望。(5)能动司法的提出是以具有中国特色社会主义法律体系初步建立和法治中国基本确立的法治状况为背景的,并以充分的理论基础和实践经验为前提的。(6)能动司法是以相对成熟的司法审判经验和职业化的司法裁判方法为依据的,借助于不断提升的法律论辩技术和司法论证方法,法律方法论在现实的个案审判当中发挥着捍卫司法权威、增进人们对法院和法律信任的功能。

第四,能动司法在法律方法论研究当中的未来发展趋势以及对中国法律学研究的启示。

能动司法作为一种重要的司法意识形态,需要我们加以认真对待,在法律方法论研究当中的未来发展趋势主要表现为:(1)通过对“方法论上的论辩”厘清不同立场的司法意识形态各自的相对合理性和局限性,尤其是通过在个案裁判中的“方法论上的论辩”全面展现“实现法律正义和社会正义相统一”的理想裁判思路。(2)以个案审