



## 中国视域下能动司法的内涵辨析

李 龙 陈 阳

**摘 要:** 能动司法作为一种司法理念或司法方式的提出,标志着我国在探索中国特色社会主义的司法制度上所做的努力和取得的成果。界定能动司法的内涵必须辨明能动司法与其相关概念之间的关系,通过对能动司法与西方的司法能动主义、能动司法与司法克制、法条主义、能动司法与职权主义、当事人主义、能动司法与实用主义几组概念的辨析,可以明确中国与西方语境的不同,进而明晰能动司法在中国语境下的独特的本质内涵。

**关键词:** 能动司法; 司法能动主义; 实用主义

能动司法是近年来中国特色社会主义司法制度突显的新理念,也是对中国司法制度经验的科学总结和升华。能动司法的提出,反应了中国司法对西方经验的反思和试图构建本土司法制度的努力。明晰能动司法的内涵,对界定中国能动司法的范围和发展方向都具有重要的意义。

### 一、能动司法与司法能动主义

在讨论中国的能动司法的概念时,我们不可避免地要将其与西方的司法能动主义予以参照和对比,寻求二者之共同并分析其相异之处。西方的司法能动主义历史悠久,但对其优劣一直存在着众多争议,甚至其概念本身就是不明确的。不同法系的国家对司法能动主义的解读也不一致。以美国为代表的英美法系,强调司法机关参与社会治理和政治活动的主动性,因此司法机关的司法审查权是司法能动主义的重要表现。同时,由于沿袭英国的判例法制度,英美法系法官造法的制度也是其司法能动适用的独特方式。而以法国、德国为代表的大陆法系,采取了严格的法典主义,法官的权限相对来说很小,他们的司法能动主义更多地表现为在诉讼过程中的职权主义,即法官主导、控制司法的全过程,灵活地运用法律技术,积极地促使双方当事人实现诉讼目的。从理论上分析,英美法系国家受实用主义的传统影响较为深刻,由霍姆斯、卡多佐、庞德、波斯纳等人主张的实用主义哲学奠定了其司法能动主义的基调;大陆法系的法官奉行法典主义,即使希望通过司法能动地处理各种纠纷,也碍于其权限,只能对法律条文进行原则性的解释,即在法律适用方法上更加能动。

英美法系的司法能动主义起源于英国的判例法传统,但最终以美国的司法审查制度为典型代表。英国的法律分为普通法和衡平法,而无论普通法还是衡平法,都是由法官的判决创造的,法官的能动性在实践中得到了极大地发挥。随着判例法的不断发展,“遵循先例”原则产生,对法官造法的活动予以一定的限制。遵循先例原则一方面保障了法律传统的沿袭和法律原则的确立,另一方面又推动了法律的持续发展,使之可以根据时代需要,不断地更新和完善。在这个过程中,英国法官的作用是不可小觑的。美国的司法能动主义在沿袭英国相关制度的基础上进一步发展和超越,其突出的表现就是司法审查和宪法解释制度。违

宪审查制度的确立,使得美国的政治问题也可以通过司法的形式展现,司法能动主义得到了进一步的发展。至此,美国的最高法院开始将司法问题与美国的社会、政治、经济问题联系在一起,通过与立法部门、行政部门的分权制衡来树立司法的权威,发挥司法参与社会治理的作用。利用司法审查权,美国的最高法院为维护公民的私有财产、保障公民的人身权利、建立平等的种族制度作出了实质性的努力。

大陆法系司法能动主义的表现较英美法系的国家而言要温和很多。18世纪之后,欧洲开始了大规模的法典编纂,法国民法典、德国民法典相继出台。这是一个严格的规则主义的时代,逻辑严密的法条限制了法官能动性的发挥。然而,随着社会的发展和进步,制定严密的法典已经不能适应时代的需要了,法官的自由裁量权逐渐受到重视。在德国民法典中,写入了“诚实信用”这一基本原则,从而使法官可以灵活地运用这一原则对案件进行判决。“要求在履行义务时‘诚实信用’的条款和将‘一般惯例’(类似于情理)作为衡量行为尺度的确认,以及任何违反 *bonas mores* (善良风俗) 的行为都不得被认为是合法行为的观点,无疑表明了对法院在政策制定方面的立法授权。以上每个一般性条款都鼓励建立一个给人以强烈印象的判例法体系,它确立的先例,虽无正式的拘束力,却能为人广泛地评注和仿效。”<sup>①</sup>此后,意大利民法典也以条文的形式明确授予了法官自由裁量的权力,以补充成文法典的不足。在19世纪初,法国还成立了专门针对立法的上诉法院,以负责对上诉案件中有关法律问题的解释。这更是在制度上确立了法官的能动性。随着两大法系的融合,判例法也逐渐在大陆法系发展起来。从世界范围来看,各国都已经表现出了司法能动主义的倾向,在司法实践中能动主义得到了广泛的应用。

能动司法在中国的出现起初只是一个政治性的话语,它是作为一项政策出现的。但事实上,关于能动司法的实践在实务界一直都存在。我国能动的历史可以追溯到革命根据地时期,“马锡伍审判”方式就是一个实例。深入农村、调查研究,实事求是地了解案情,依靠群众、教育群众、尊重群众,以对群众最便利的方式进行审判,这些都是马锡伍审判所体现的“群众路线”的精神。在实践中,这种审判方式受到了群众的广泛欢迎。我国的司法一直都坚持着群众路线,在诉讼过程中的调解的广泛适用就是一个实例。调解制度在化解群众纠纷方面起着不可估量的作用,以调解的方式结案,对减少上诉和上访等情况的出现都十分有效。

最高人民法院提出的能动司法在本质上与西方国家的司法能动主义是不同的。在推进我国能动司法的实践过程中,我们不应当照搬西方的司法能动主义,而应当立足我国的国情去建构中国化的司法制度。

第一,二者的理论基础不同。我国的能动司法是以唯物史观为基础的,强调了人的主观能动性,强调了法院参与社会治理的整体能动。“徒法不足以自行”,对法律本身优劣的评价,要通过法律在实施的过程中的实效来判别。能动司法突出的是法官的智慧,强调的是实践出真知。能动司法是我国从革命根据地时期到建国后司法实践经验的总结,标志着适合我国国情的司法制度建设的新发展。能动司法的展开对法官的素质提出了更高的要求,也为我国的司法实践活动设定了更高的目标。西方的司法能动主义是以唯心史观为基础的,强调的是法官的“自由心证”和“法官造法”。由于过分地强调法官的能动性,它在实践的过程中曾给西方国家带来了严重的后果,在20世纪的中期引发了人民的批判和反对,至今仍然饱受争议。

第二,二者的司法理念不同。我国的能动司法要求司法机关秉承“为民执法”的理念,强调以人为本,坚持“从群众中来,到群众中去”的路线,重调查研究,重便利群众,重调解结案,它是对中华民族化解矛盾纠纷方法的一种总结和升华,是建设有中国特色社会主义司法制度的新举措。而司法能动主义是一种突出“精英”作用的司法制度,强调法官在审判时的个人智慧。从本质上来说,司法活动是一种化解社会纠纷的活动,不可能是法官个人的表演,因此依靠群众的力量来解决社会矛盾才能收到更好的社会效果。

第三,二者的社会背景不同。这个社会背景的区别不仅仅是指社会制度的区别,而且是指社会发展路径的不同。在中国,现代意义上的国家是在推翻了帝国主义和封建主义后建立的,是在四分五裂的废墟上建立起来的。在建国之后,中国直接从封建社会进入了新民主主义社会继而开始了社会主义社会,

① 埃尔曼:《比较法律文化》,生活·读书·新知三联书店1990年,第211页。

这种社会发展的模式本身是有断层的。中国的发展主要依靠政治力量的主导,政治决定了司法的发展。在改革开放以后,尤其是90年代初,中国的司法制度才逐渐地开始进行改革。但是,由于缺少土生土长的理论根基和自生自发的司法环境,我们的司法制度走的是一条自上而下的发展道路,需要国家全局性的引导。当前,构建稳定、和谐的社会环境是我国政治、经济大局的需要,因此,司法也应当服务于这个政治、经济大局,以化解社会的矛盾纠纷为自己的根本性任务。与我国不同的是,西方的司法制度是在较平稳的社会中发展起来的,虽然其中也有过较大的革命,但是整体来说,司法发展的道路没有被打断过。这是一种法律的自生自发的发展历程。在这种平稳的社会环境中,其司法制度可以自我修正与完善。因此,西方国家司法制度的发展道路是自下而上的,司法通过对私有制的确认来维护资本主义制度。这种司法发展的道路在西方资本主义国家虽然可行,但是完全不适应我国的社会制度,与我国的司法制度在实践中是难以共通的。

第四,二者的突出重点不同。我国的能动司法的重点在于实体与程序的结合,体现的是动机与效果的统一。而西方的司法能动主义重视的是程序优先,体现的是在程序控制之下的法官的能动。能动司法,是中国话语体系下的司法制度,其核心是“能动”。这种能动可能超越司法本身——大调解就是实例。大调解要求法官不仅仅注重诉讼调解,还要注重民间调解,未雨绸缪,将矛盾化解在萌芽状态。能动司法的能动不是囿于司法的“能动”,而是在司法过程中综合多种手段处理问题的“能动”。法官造法、司法审查这样的司法能动手段并不是适应我国国情的“能动”,而调解这种“土办法”却是我们进行能动司法的重点。当然,运用法律技术进行司法解释、弥补法律漏洞等等也是我国能动司法所提倡的。概而言之,我国的能动司法并没有将能动的手段限制于司法之中,而是着眼于纠纷的化解,利益的平衡,是意在维护人民的根本利益,强调司法的实际效果的制度。不同的是,西方的司法能动主义的核心是“司法”,要求法官在审判案件的过程中摒弃死板的法条主义,运用自己的权力促进实质正义的实现,积极参与政治、经济以及社会问题的治理。其主要表现是法官的自由心证,法官造法,法官可以通过创制判例或者各种法律解释的技术对法律的目的进行阐释。法院参与社会秩序的创设,通过司法审查来实现对行政机关的规制。总而言之,司法能动主义是不能超越“司法”这一范围的,法院和法官个人都是采用司法的手段来能动的,只是其效果超越了司法本身。所以,司法能动主义本质是一种通过司法的社会活动。

第五,二者的司法资源不同。我国和西方的司法资源差异是很大的。建国后,随着国民党六法全书的废除和司法改革的推行,我国开始了对司法的自主型发展进路的探索。但是由于法律专业人才的匮乏,在很长一段时期,我们的法官主要是由司法干部、转业军人等等组成,职业化程度还有待提高。近年来,随着司法改革的推进和法学教育的发展,一大批优秀的法科学生被吸收到法院、检察院去从事司法实务工作,极大地提升了司法职业化的水平,但是从总体上来看,我国的司法资源仍然不能满足当前日益增长的司法需求。在这种司法环境下,效仿西方国家的司法能动主义可能不会带来好的效果,甚至会起到相反的作用,对维护社会主义法治成果并无益处,更何况两国的司法制度有着本质的区别。西方国家的法律资源本身发展得就比较成熟,加之司法的职业化程度很高,所以其具备给予法官更多能动性的空间。在司法资源上的差异性决定了我国的能动司法是不可能照搬西方的司法能动主义的。

总之,我国的“能动司法”不可能是西方的“司法能动主义”,也绝不应该是西方的“司法能动主义”。我们应当探寻适应我国社会发展需要的、有中国特色的能动司法。

## 二、能动司法与司法克制、法条主义

司法克制主义往往被认为是与司法能动主义相对应的概念。司法能动主义强调的是法官以积极的姿态参与到司法活动中去,实现司法维护正义的使命,在非常的情况下甚至跳出规则对司法权的限制,运用法官的自由裁量权来实现对案件的自由心证。而司法克制强调的是司法权应当是被动的、中立的,在审判的过程中法官要尽可能不受到外界的影响,不将个人的价值观掺杂于司法审判中去,使司法成为化解矛盾的最后一道防线,以终局的面目出现在社会生活之中。司法能动主义更强调司法的社会实效,而司法克制主义更强调司法的程序公正。因此,司法克制主义和司法能动主义的这种对立常常成为论

证司法能动主义不足的重要理论依据。

司法能动主义确实与司法克制主义存在着一定的对应关系,但是二者并不是完全对立的关系。首先,司法能动主义和司法克制主义强调的是一种司法的姿态,一种对待司法的主观态度。显然,司法能动主义倾向的是在法律适用上的实用主义,强调司法积极参与社会治理的态度;而司法克制主义则倾向的是维护司法独立和程序公正,强调法官作为审判者消极中立的态度。事实上,即使信奉司法能动主义的国家,在启动司法程序上同样是消极被动的,只是在审判过程中和适用法律上更加灵活,注重社会效果。其次,司法克制主义更侧重于维护司法保守的外在形态,司法能动主义则着眼于维护司法实质的公平正义。在研究司法克制主义的时候,我们研究的重点都是在程序正义、审判独立等方面,多数涉及司法程序的问题;但是在研究司法能动主义的时候,我们研究的重点往往是案件本身,大多数涉及实体问题的解决。

目前在对能动司法的学术研究中,司法能动主义往往被拿来与能动司法比较,而司法克制主义则往往被用来反衬能动司法。司法克制主义与司法能动主义本来就不是对立的,用司法克制主义来反衬能动司法更加不正确。这种反衬行为可能会使司法能动被染上“原罪”的色彩,不仅不利于理解能动司法的积极意义,而且容易对能动司法的实践产生错误的引导。探讨能动司法时,必须明确法院在程序上仍然是被动的,法官在审判过程中仍然是独立的,这是司法的应有之意。

与能动司法对应的,应当是法条主义。所谓的法条主义,是指坚信规则的机械法学,即法律的形式主义。分析实证法学家哈特曾经批判过这种法律的形式主义,认为这是一种过于极端的理论,它试图凝固规则的含义,使得该规则的普通术语在规则术语的每一场合均具有相同的意义。哈特认为,在相信规则权威性的同时,要正视司法活动的创造性。因为,对于规则唯一有效和正确的系统阐释是不存在的,法律仍然存在很多的空缺留待法院和法官们去发展<sup>①</sup>。法条主义的缺陷就在于它忽视了司法活动本身的创造性,将法官当作了吐出判决的“自动售货机”,将判决的过程看成了简单的“三段论产品”。法条主义拒绝从社会的视角来审视法律,拒绝考虑在特殊情形下法律功能的发挥,而是严格依据规则来做出判决。能动司法所要克服的就是法条主义的这种局限性。法条主义在西方国家已经被摒弃,法官在司法活动中具有一定的能动性是不争的事实。所以,法条主义才是与能动司法相对立的理论模式。

综上所述,能动司法并不是司法克制主义的反面,在能动司法的过程中保持司法一定的克制是必要的;能动司法是法条主义的反面,强调能动司法就必然要摒弃无视规则背后价值的机械审判。

### 三、能动司法与职权主义、当事人主义

职权主义与当事人主义是西方的两大诉讼模式,对应的是大陆法系和英美法系的司法制度。职权主义强调法官在诉讼中的主动性,诉讼围绕着法官对案件的调查为主线而展开。法官在审理案件的过程中通常采取纠问制的诉讼程序,双方当事人法官的主导下进行举证和论辩。当事人主义与职权主义不同,它更强调诉讼当事人的作用,诉讼是在双方当事人的主导之下进行的,法官处于一种消极被动的地位,中立地进行审判,而不对诉讼的进行予以过多干预。两种不同的诉讼模式产生于不同的文化背景中,与两大法系的成文法和判例法传统是分不开的。

我国的诉讼模式经历了一个从职权主义到当事人主义的转变。在20世纪90年代之前,我国的人民法院奉行的是职权主义的诉讼模式,法官享有在诉讼中的主导权,可以依职权全面调查、搜集证据,在庭审的过程中以询问、讯问为主要方式,着重对案件事实的调查,以有效解决纠纷为价值取向。这种诉讼模式过于强调法官对诉讼程序的干预,致使在实践中出现了一些超越法院职权的现象: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,给司法权威的树立带来了负面影响。同时,由于职权主义对法院主动性的强调,也给法院带来了沉重的财政和工作负担。于是,伴随着1991年《民事诉讼法》的颁

<sup>①</sup> 吕世伦:《现代西方法学流派》,中国大百科全书出版社2000年,第218页。

行,我国正式引入了抗辩制,将法院的调查取证权完全下放给双方当事人和律师,使得法官对诉讼过程的干预大大减弱了。程序正义得到了重视,通过质证和辩论,当事人在诉讼中的基本权利得到了更好的维护。当事人主义的引入也使得律师行业迅速发展起来,推动了中国司法职业化的进程。司法改革为中国法治建设带来了翻天覆地的变化。

近年来,最高人民法院提出了“能动司法”,强调法官要注重审判的社会效果,积极化解社会矛盾,有重回职权主义诉讼模式之倾向。从重视司法的消极被动到重视司法调解,在审判方式上来看确实有回归职权主义的可能。但是,从理论层面分析,完全的能动是不实际的,至少司法程序的启动必然是消极被动的,法官的积极主动性不应涉足到程序领域中去。因此,当前的能动司法只能是以当事人主义为基础,由职权主义来补强的混合诉讼模式。在实践领域,这种能动更多地是体现在法官对调解的重视,而不是法官去过分干预案件的审理过程。事实上,两种诉讼模式各有优劣,采取更适合我国的诉讼模式才是最重要的。因为“法学人和法律人都不是在自己设计和提供产品,而是为广大的当事人,为中国。对于当事人来说,最重要的关切不是哪种主义在绝对意义上更好,而是能比较公道有效地解决自己的问题”<sup>①</sup>。因此,坚持在正当的程序下法官适度地能动,才是我国能动司法应当追求的诉讼模式。

#### 四、能动司法与实用主义

在研究能动司法时,实用主义往往被认为是其背后的理论支持。而实质上,我国能动司法的理论基础是历史唯物主义,是马克思主义的实践哲学。

实用主义法学是社会法学的一个分支,其核心是以实用主义哲学为主导的法学研究方法。美国的实用主义法学产生于大法官们的司法实践,其代表人物霍姆斯和卡多佐都有着出任最高法院大法官的经历。正是因为这种与司法实践紧密结合的人生经历,使他们创建的实用主义法学非常重视不断积累的司法经验。霍姆斯的经典命题“法律的生命不在逻辑而在于经验”<sup>②</sup>正是实用主义法学精髓的集中诠释。霍姆斯认为,法律的发展在形式上是合乎逻辑的,但是法律规则的内涵却在不断地被经验修正。因此,在遵循先例的情况下法官应当根据社会生活的变化考虑现实中有用的经验进行判决,使法律的发展与社会的发展相适应。继霍姆斯之后,卡多佐更进一步深化了实用主义法哲学的影响,论证了法官造法的合理性,对发展美国本土化的法哲学理论做出了突出的贡献。“司法过程的最高境界并不是发现法律,而是创造法律”<sup>③</sup>。卡多佐的论证明确了法官的社会角色,即其是真正法律的宣告者、制定者。当然,在制定法有明确的规定时,法官仅仅需要找到适用的规则;而制定法存在明显漏洞时,法官的社会角色就转变为法律的制定者了。卡多佐非常强调司法的社会效果,“当社会的需求要求这种解决办法而不是另一种的时候,这时,为追求其他更大的目的,我们就必须扭曲对称、忽略历史和牺牲习惯”<sup>④</sup>。卡多佐的社会法学理论充分体现了美国持久不变的实用主义法学精神。实用主义哲学体现了一种处理问题的思维进路,它是实践的和工具性的,而不是本质主义的<sup>⑤</sup>。实用主义者更看重处理问题的后果,主张根据后果采用不同的策略。他们对规则持怀疑的态度,否认有确定含义规则的存在。正是因为持相对主义的观点,实用主义者往往会过分夸大规则的不确定性,强调法官的主观能动性,而忽略一般法律规则在解决案件和调整社会关系上的能力。

在我国,唯物主义是指导司法实践的理论基础。一方面,我国的能动司法是由相应的社会制度催生的。从历史上看,我国的司法制度一直担任着社会治理的角色,为整个社会的稳定而服务。在我国古代,司法官都同时担任着行政职务——做百姓的“父母官”,因此,司法官在审判案件的时候都会把实体正义放在第一位,甚至为了争得民心、维护社会稳定而放弃程序正义。在推翻了封建社会之后,人民群

①苏力:《关于能动司法》,载《法律适用》,2010年第2、3期。

②Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Harvard University Press, 1963, p. 5

③卡多佐:《司法过程的性质》,商务印书馆2003年,第104~105页。

④《司法过程的性质》,第39页。

⑤高志刚:《论整体性衡平的能动司法》,载《法律方法(第七卷)》,第335页。

众从国家统治的客体变为了主体,司法制度的价值也从维护统治制度转向了维护人民群众的利益,即“人民司法”。在以人为本的司法观的指导下,我国的司法制度更加注重调查研究,保护人民的利益和化解群众的纠纷,维护个案的公平正义。可见,在封建社会制度下,法官们为了维护封建统治的稳固而必然“能动司法”;在社会主义制度下,法官们为了维护人民的利益也必须“能动司法”。我国一直以来的“能动司法”都是由客观的物质生活条件所决定的。另一方面,我国的司法制度是在实践过程中不断地探索出来的。例如当前的能动司法,就是广大基层法院在总结其实践经验的基础上得来的,是根据具体的社会情况不断完善而形成的。这种能动司法是一种以实践为主导的审判思想,其注重司法制度对主体的实际效用,注重司法审判在现实中的价值。从本质上来说,能动司法的思维进路是一种唯物主义的进路,体现了马克思主义的实践哲学。

无论从社会背景还是司法制度上看,美国的实用主义思想都无法成为我国能动司法的理论基础。“法官造法”和“遵循先例”这样的司法制度,本身与美国三权分立的政治制度是分不开的,也与其判例法的传统是分不开的。正是因为三权分立的政治制度,司法机关才可能拥有更多的独立性和更高的权威以对抗行政、立法机关;也正是因为判例法国家对经验主义的推崇,才可能产生对先例的尊重和对法官能动性的高度认可。美国的司法能动主义伴随着实用主义哲学的发展而发展,与美国独特的政治、司法制度密不可分。在我国,既不存在三权分立的政治制度,也不存在判例法的历史传统,所以我国的司法制度是不能够以实用主义作为理论基础。我国能动司法的理论基础只能是马克思主义的唯物史观和实践理论,法官的能动性应当在人的实践本质上寻找其理论支持。因此,我国能动司法实践的开展必须立足于当前的政治制度,在司法实践中补充理论,在理论推动下完善实践。

## 五、中国能动司法的内涵

最高人民法院院长王胜俊在谈到能动司法时指出,坚持能动司法,是中国特色社会主义司法制度的本质特征,是人民法院司法审判活动的必然要求。能动司法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。<sup>①</sup>这个定义本身是政治性的,很难去根据这个定义推断能动司法的内涵和限度。上文通过对能动司法与相关概念的对比,大致明晰了中国能动司法的内涵及限度:在中国,能动司法是指法官在审理案件时的一种力图化解纠纷的积极态度,是一种结合诉讼和非诉讼方法于一体的纠纷解决机制,其根本目的是为了平衡当事人的利益,使社会矛盾得到妥善的处理。在法律实施的过程中,法官要注重调解,利用多元的社会资源化解纠纷,而不是消极地坐堂问案,依照条文机械审判。同时,法官要运用各种法律技术,来弥补法律漏洞,补充规则不足,使司法真正成为社会治理的手段。具体而言,在基层审判中,要注重调解的作用,从根本上化解当事人之间的纠纷;在法律有漏洞时,由最高人民法院作出合理的解释,以使法律的发展适应社会的需要。

能动司法的提出,是中国开始探索适合我国国情的司法发展道路的一种尝试。在推进能动司法的过程中,我们需要不断地归纳总结相关理论和实践经验,寻找适合中国国情的具体制度,为我国自主型法治道路的形成做出努力。

■作者简介:李 龙,武汉大学资深教授、武汉大学法学院博士生导师,湖北 武汉 430072。

陈 阳,武汉大学法学院博士生。

■基金项目:国家社科基金重点项目(07AX007)

■责任编辑:车 英

①公不祥:《能动司法与社会公信:人民法官司法方式的时代选择》,载《法律适用》2010年第4期,第38页。