

司法能力主义：对司法克制主义和司法能动主义的平衡

聂长建，景春兰

(中南民族大学法学院，湖北武汉，430073；东莞理工学院政法学院，广东东莞，523808)

摘要：司法克制主义坚持严格的规则主义，有利于维护法律的确定性，但走向极端化就会损害个案正义，忽视司法判决的正确性。司法能动主义通过法律原则的适用维护个案正义和司法判决的正确性，但走向极端化就会破坏法律的确定性。现代法律和司法判决应该是正确性和确定性的统一，这就提出了司法能力主义，也就是对司法克制主义和司法能动主义两种对立的意识形态进行“执两用中”的整合和平衡。司法能力主义强调法律不仅是技术，亦是艺术，对法官的司法能力提出很高要求。

关键词：司法能力主义；司法克制主义；司法能动主义；平衡

中图分类号：D90

文献标识码：A

文章编号：1672-3104(2012)01-0067-08

当前，法理学界存在着两种对立的司法意识形态——司法克制主义和司法能动主义，双方在法律的适用规则上展开激烈的辩论，但结果是没有赢家，谁也不能说服谁。笔者认为，从方法论视角看，当两种对立之物彼此的优缺点都很明显时，应该是汲取此二物之优点的第三物诞生的时候了。比如道家讲阴阳之道，老子说：“道生一，一生二，二生三，三生万物。”(《老子·四十章》)儒家讲中庸之道，孔子说：“中庸其至矣乎！民鲜能久矣。”(《中庸·三章》)至于唯物辩证法中的矛盾分析法和否定之否定的“正反合”辩证发展过程，在学界更当是耳熟能详了。遗憾的是，我们对这些科学方法论的理解也仅仅停留在理论和观念上，并没有走向具体问题的分析。我们总是倾向于强调此物的优点和彼物的缺点，纵使承认此物有缺点也是枝节上的甚至是不可避免的代价，相信“此物”不是“彼物”，也不可能是整合自己和他物的优点、克服其不足而走向新生的“第三物”，不能够辩证地认识事物发展的必然性。有鉴于此，本文着重考察这两种司法意识形态的优缺点，进行取长补短的整合，提出第三种司法意识形态：司法能力主义。

一、对司法克制主义的考察

司法克制主义(judicial restraint)有它自己的充分

理由。陈金钊教授认为：“从司法的中立性要求来看，克制主义应该是法官的意识形态。司法克制主义要求法官对法律要忠诚；要克己守法，廉洁自律，尊重法律规则；要对立法权、行政权和其他社会公共权力保持谦抑的姿态。法官保持克制主义是法制本质中的应有之意；是保障法律自身意义安全性需要……没有严格的规则主义就没有法制，没有司法者等对权力行使的克制就不可能有法律秩序。”^[1]

司法克制主义的要害是对法律的理解狭隘化，把法律理解为规则体系，遵守法律就是遵守法律规则，因为法律规则最具有确定性，最能保证法律秩序。这是实证主义的进路，是法条主义的一种表述方式。陈金钊赞成施克莱对克制的理解。克制有两层意思：一是要有公平意识，不徇私情、自我控制、克制偏见，把遵守规则当成是否具有法律职业道德的标准。二是克制司法过程中对法律规则的创造，即要求法官行为的姿态是“释法，而非变法”，“找法，而非造法”，“认同法律，而非颁布法律”。^[1]我们认为，如果把“规则”换成“规范”(法律规范由法律规则和法律原则组成)，那么，对克制的理解也可以适用于对能动的理解，能动也要克制偏见，否则成了盲动；能动也强调“释法，而非变法”，“找法，而非造法”，“认同法律，而非颁布法律”，否则就僭越了法律。

司法克制主义对法律还进行了功能性或工具性的理解，把法律作为统治的工具或维持秩序的工具。这

收稿日期：2011-07-15；收稿日期：2011-09-26

作者简介：聂长建(1969-)，男，河南光山人，中南民族大学法学院讲师，法学博士，主要研究方向：法理学；景春兰(1969-)，女，四川射洪人，东莞理工学院政法学院副教授，主要研究方向：民商法。

种观点并不符合现代法治的精髓,法是善良和公正的艺术,法律是保护公民权利的。现代法治是要追求确定性,但这种确定性的意义建立在正确性之上,错误的确定性不是现代法治的追求。现代法治是要追求秩序,但也必须是正确的、能够为人们所接受的自由秩序。例如,为了维护经济秩序,应该对盗窃金融机构的行为予以加重处罚,但对许霆在取款机出错的情况下盗窃金融机构判处无期徒刑,就不善良、公正和正确。其实,许霆案动摇了克制主义的内核:把法律等同于规则,遵守法律就是遵守法律规则,对规则本身的正当性和适用范围则缺乏考虑。“所谓的法律规则就是立法机关根据特定的情境作出与原则相符合的规定,情境一变,规则理应改变,一部成熟的良法,其原则几乎不变,而规则处在不断变化之中,法律的制定、修改和废除主要是根据社会的发展变化针对规则而言的。”^[2]罗马法谚:“法律理由停止之处,法律本身也停止”,针对“此情境”制定的法律规则对提供了“彼情境”的案件事实是没有理由的,所以当停止。如1997年刑法第5条为“罪责刑相适应”的法律原则,在此原则指导下,第264条规定盗窃金融机构数额巨大的,判处无期徒刑或者死刑,而当时盗窃金融机构的情境就是指监守自盗、钻墙打洞等性质极为恶劣的原始盗窃情况。刑法第264条的法律规则针对这种情境的规定是符合“罪责刑相适应”的法律原则,符合正义的。如果许霆是以监守自盗等原始的方式盗窃17万多元钱,其情境是历史的重复而非独创,因而只是一般案件,判其无期徒刑是毋庸置疑的,也不会引起如此强烈的社会反响。而许霆案中利用取款机出错而盗窃金融机构的情境则与之不同。许霆恶意取款是在发现银行自动柜员机出现异常后的行为,采用持卡非法窃取金融机构经营资金的手段,其行为与有预谋,或者采取破坏手段盗窃金融机构的犯罪有所不同。从犯罪具有一定的偶然性看,许霆犯罪主观恶性不是很大,适用刑法第264条处罚就不符合“罪责刑相适应”的法律原则。法官要适用法律规则,首先必须了解其历史,把握其在当时的历史背景下的具体针对性情境。规则主义的最大失误就是不能正视法律的历史发展,“任何概念都拥有自身的历史,它们不能抵抗时代的变化。”^{[3](84)}在许霆案中,对许霆盗窃金融机构的定性是准确的,刑法第264条的规定也是正确的,但刑法第264条所针对的情境和许霆案的情境是不一致的。笔者认为在这种情况下,坚持规则主义不是忠实于法律,至少不是聪明地忠实于法律,而是愚蠢地忠实于法律,即在形式上是忠实于法律,在本质上却是违背法律的。因为它导致不公正的结果,违背了“罪责刑相适应”的

法律原则。陈金钊所主张“尊重法律规则”无疑是对的,但不能绝对化,严重违背法律原则并丧失合法性的法律规则处于被批判和被修改的位置,也丧失了受人尊敬的理由。

法律规则是指以一定的逻辑结构形式具体规定人们的法律权利、法律义务及其相应的法律后果的一种法律规范,是就特定情境下的案件事实设定明确的具体的假定条件、行为模式和法律后果。这种特定情境就决定了法律规则生成的历史性,是法官司法判决时必须考虑的因素。拉伦茨认为,法官依法判决时,必须考量这个问题:“法规范立法当时拟规整的情境是否仍然存在。”^{[4](92)}如果规范所针对的情境发生了改变,必须做不同的解释。拉伦茨告诫说:“对规范适用者而言,主要问题还不是时间上的距离,毋宁是规范必然具有的一般性及每个具体‘事件’的特定性之间的隔阂。”^{[4](92)}从这点来看,德沃金将疑难案件的产生归于法律规则的漏洞而不是法律的漏洞是有道理的,因为疑难案件无非是提供了法律规则没有针对的新“情境”,但法律原则却不受“情境”之限,不能为法律规则所规范的疑难案件却能为法律原则所规范。

法律规则的规定虽是确定的,但对法律的确定性追求不宜绝对化。卡多佐认为:“只有当判决提供了一个合情合理的预期:相似的情况将导致类似的判决时,判决本身对学者来说才是重要的……足以为人们提供一种具有合理确定性的预期时,法律就存在了。”^{[5](23)}一个严重违背多数人预期的判决通常是有问题的,一个使谬误暂时通行的判决,在卡多佐看来必会在将来某个时候被推翻。卡多佐对此提出两个警醒:其一,我们尊崇法律的确定性,但必须区分合理的确定性和伪劣的确定性,法律的确定性并非追求的唯一价值,实现它可能会付出过高的代价,法律永远静止不动和总是变动不居同样危险,妥协是法律成长的重要原则;其二,对确定性的过分强调可能导致我们崇拜一种无法容忍的刻板教条,公布的法律必须是普遍的,诉讼涉及的却是具体问题。^{[5](12-13)}

陈金钊教授还解释说:“在我看来,克制司法不是机械司法,不是死扣法律条文的字眼,而是坚持法律解释的明晰性原则,即对法律已经明确的规定贯彻到具体的案件中去,对明确的法律反对用任何形式进行解释,而对法律的模糊地带和那些在个案中与社会的基本正义发生冲突的内容,应该进行能动司法。”^[6]这个解释似乎和司法能动主义的主张无甚区别,因为能动司法适用法律原则的对象也仅仅在于:如果适用现有的法律规则就会和正义发生严重冲突的疑难案件。占绝大多数的一般案件当然要适用法律规则和克

制司法, 司法能动主义者如卡多佐、德沃金都不否认这一点。德沃金指出: “法律中的大多数案件, 甚至大多数宪法案件都不是疑难案件, 一个法官凭借其专业技能就可以作出裁决, 而没有余地运用他个人的道德信仰。”^{[7](14)} 克制司法走向极端化只能是机械司法, 任何观点和行为走向极端化都是错误的。克制司法坚持严格的规则主义, “对法律已经明确的规定贯彻到具体的案件中去”。但法律已经明确的规定适用个案却可能违背正义, 如埃尔默案和许霆案的法律规则都是明确的, 却不能“贯彻到具体的案件中去”。明确的法律规则在个案中严重违背正义时, 法官就不能适用该法律规则, 而应转向法律原则。

二、对司法能动主义的考察

司法能动主义(judicial activism)有着同样的充分理由。陈朝阳认为: “所谓司法能动性是法官(院)在司法过程中采取的一种灵活方法, 秉承一定的法律价值, 遵循一定的法律原则, 创造性地适用法律, 理性地作出判断, 从而不断地推动社会政治、经济、法律、文化等的变革和发展。”^[8] 陈朝阳还认为司法能动主义包含理性精神、灵活性和创造性。但把能动上升为主义, 作为具有普遍性的意识形态也是有问题的。司法实践中的大多数案件也无需能动, 能动和原则的适用只是针对少数的疑难案件。从哲学上讲, 司法的克制和能动实际上是法律的运动和静止的统一。为什么产生疑难案件? 因为运动是绝对的, 法律具有开放性, 正是疑难案件引起法律的制定、修改和废止, 推动法律的发展。但如果以运动的绝对性否认相对静止的存在, 那么世界处在不可琢磨的瞬息万变中, 我们无法认识它的性质, 也必将造成人们行为的不确定性和盲目性。实际上, 静止是普遍的状态, 一般案件是大多数案件, 我们按照法律规则判定一般案件, 无需能动。在一般案件中, 克制已经将秩序与正义、确定性与正确性统一起来。

当然, 司法能动主义是相当混乱的概念, 如果我们对一个概念没有明确的理解, 就说它好或者坏, 那是相当盲目的, 这不是学术研究的理性态度。根据《布莱克法律大辞典》, 司法能动主义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及基于此理念的行为。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, 司法能动性即意味着法院通过法律解释对法律的创造和补充。^{[9](847)} 这个定义相当有权威性, 也有一定的合理性, 但又有不恰当之处。因为法律解释不同于法律创造, 解释仍在法律范围内, 而创造则“超越法律”。因此, 沃尔夫犀利地指出: “能动和克制不能简单地归结为这样的观点, 即奉行能动主义的法官就是在‘立法’, 而崇尚克制的法官就仅仅是在‘解释宪法’。毫无疑问, 能动和克制的区别更多只是一个程度不一而非性质不同的问题。”^{[10](3)} 能动司法和克制司法的区别不在于是否“超越法律”, 都不允许“超越法律”, 而在于自由正义和安全秩序两种价值的排序问题, 能动司法认为自由正义放在第一位, 而克制司法则认为安全秩序放在第一位。沃尔夫认为司法能动主义的基本宗旨是: “法官应该审判案件, 而不是回避案件, 并且要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加以具体化的权力去这么做。”^{[10](3)} 中美两国在司法能动主义上三点比较是: 第一点, 司法审查, 美国有, 中国没有; 第二点, 主动司法, 中国有, 美国没有; ①第三点, 通过原则实现个案正义, 这才是中美两国司法能动的共同点。

司法能动主义的价值在于, 法律虽然是正义性和安定性的统一, 但正义性是灵魂, 居于核心地位, 安定性也是正义性之下的安定性。为了安定性, 我们也不必追求绝对的正义性, 像民法上的宣告失踪和宣告死亡制度, 以及刑法上规定的年满 18 周岁才适用死刑, 而且这周岁精确到日和小时。一个人犯了同样的罪, 在当天的 24 时前不判死刑, 过了这个临界点, 在年龄上就不再享受死刑豁免权。这与正义无多大关系, 但这样的明确规定对于法律的安定性极为重要, 对正义性也无伤害, 所以类似的规定是重要的。但是, 当安定性与正义性发生根本性冲突时, 应以正义性统摄安定性, 法官不适用与正义根本冲突的法律规则, 转而适用法律原则。柏拉图曾经指出: “一个好的法官一定不是年轻人, 而是年纪大的人。他们是多年后年龄大了学习了才知道不正义是怎么回事的。他们懂得不正义, 乃是经过长久的观察, 学会把它当作别人心灵里的东西来认识的, 是仅仅通过知识, 而不是通过本人的体验认识清楚不正义是多么大的一个邪恶的。”^{[11](119)} ②司法判决不能从根本上违背普遍的社会道德感, 要维护法律的正确性, 正如德沃金所言, “僵化而又‘机械的’法官才是坏法官。这种法官为执法而执法, 不管随之而来的苦难、不公正或是毫无效果。在

正义与法律之间,好法官宁愿选择正义。》^{[12](8)}

由于法律规则可能会存在语言表述模糊不清、规则之间相互冲突、存在空白或漏洞、规则的内容不善良几种缺陷,在这几种情况下都会阻碍正义的实现,因而应该适用法律原则维护法律的正义,确保公民的自由和权利。德沃金在众口一词的讨伐声中对道德解读发出独特的赞美之音:“美国人心目中的理想政府不仅受制于法律,而且受制于原则,而这一模式正是我们的历史对政治理论的一个最重大的贡献。”^{[7](8)}美国大法官布伦南在总结能动司法时说:“宪法的天才人物不是依靠一个静止的和已失去的世界中宪法可能具有的任何静态的含义,而是依靠使那些伟大的原则适应于解决现代问题和现代的需要。”^{[13](199)}

三、“执两用中”的第三条道路: 司法能力主义

笔者看来,以陈金钊、陈朝阳为代表的两派对自己主张的优点浓墨重彩,缺点则轻描淡写,甚至避而不谈,这无助于问题的解决。陈金钊强调的是对法律秩序的追求,陈朝阳强调的是对法律正义的追求,就局部来看都没错,就全局来看,都是片面的。现代社会是科学理性的社会,又是自由权利的社会,前者要求司法判决具有确定性(可预测性),后者要求司法判决具有正确性(可接受性),这要求法官在司法判决中应力求在可预测性和可接受性之间寻找最佳的协调和结合点。现代法治提出了对司法判决的确定性和正确性的双重要求,陈金钊所主张的司法克制主义满足了对法律的确定性要求却无暇顾及正确性要求,陈朝阳所主张的司法能动主义满足了对法律的正确性要求却无暇顾及确定性要求,因此这两种主张都有待改进。

在这种情况下,第三种司法意识形态也就呼之欲出,那就是司法能力主义。司法克制主义和司法能动主义相当于阴阳两端,司法能力主义就是对“阴阳两端”的“中和”。法官不偏执于确定性和正确性的任何一端,而是使二者处于平衡协调和相互支持的状态。司法克制主义(确定性)是躯体,司法能动主义(正确性)是灵魂,前者具有在先性,后者具有统摄性,二者在保持适度张力的范围内的相互支持推动了法律的发展,二者统一于司法能力主义中。

陈金钊强调的司法克制主义就是“尊重法律规则”,陈朝阳强调的司法能动主义就是“遵循一定的法律原则”,这就把二者对立化。其实,法律规则是法律原则针对具体情境的构成要件所作的明确规定,规则需要原则提供存在理由,原则是灵魂;原则需要规则

提供表现形式,规则是载体。在一般案件中,法律规则和法律原则是一致的,司法判决的正确性统一于确定性之中。而在疑难案件中,法律规则同法律原则发生严重冲突,法律规则就不能有效适用,这时应该适用法律原则,司法判决的确定性统一于正确性中。但这只是法官的权宜之计,因为疑难案件中的法律规则、法律原则的冲突也是暂时的,立法者会针对新的情境根据法律原则制定新的法律规则。如埃尔默案在当时是疑难案件,法律规则没有规定被继承人若杀害继承人则丧失继承权,没有这样的规定在当时的法律中是“确定”的,但不是“正确”的,法官根据“任何人不能从犯罪行为中获利”原则判决杀害被继承人的继承人不能得到遗产。但此案推动了法律的发展。《中华人民共和国继承法》第一章第七条规定:继承人杀害被继承人就丧失继承权。对这样的案子,法律规则和法律原则在今天重新统一起来,它就不是疑难案件了,它不仅由法律规则“确定性地”规定了,还由法律规则“正确性”地规定了。

如何判断一个案件是一般案件还是疑难案件,适用法律规则还是法律原则,适用什么样的法律规则或原则,这都没有现成的答案,而取决于法官的具体判断,这就体现了法官的司法智慧和能力。法律规则之所以具有明确性,就在于法律规则总是针对具体的情境而言。法律规则是就特定情境下的案件事实设定明确的具体的假定条件、行为模式和法律后果。可是法律生活是变动不居的,一旦一个案件提供了与法律规则所针对的情境不同乃至相反的情境,就可能发生法律规则适用本案的合法性问题。法律规则刚性强、柔性弱、灵活性差,法律原则的出现正在于弥补法律规则的这种缺陷。法律原则刚性弱、柔性强、灵活性好,不预设具体、确定的事实状态,不像法律规则那样受“情境”之限,而是对个案情境进行权衡。当法律规则不能有效适用时,法律原则是明智的选择。法律规则是反映法律原则的,但在个案中多半是不完全的反映,因为法律规则规范的案件事实的情境和其针对的情境之间的缝隙是不可避免的。为了保证法律的确定性,我们不能说一旦法律规则规范的案件事实的情境和其针对的情境之间出现缝隙,法律规则不完全反映法律原则,就以原则的效力高于规则的效力为由宣布法律规则无效,那样的法律就是朝令夕改、不可捉摸,法律一旦失去其确定性,其正确性也随之不存。规则是否失效,要看规则针对当下案件事实的情境与规则制定时所针对的情境是否发生根本性的变化而不是一般的变化,二者之间的缝隙是否达到不能容忍的程度以至现有的法律规则无法越过这缝隙,法律规则在本案

中是否到达和它所反映法律原则根本背离的程度。这就需要法官的判断, 这就是司法能力主义的真实意蕴。司法能力主义强调将法律规则的确定性和法律原则的正确性结合起来, 统一平衡考虑。

德沃金认为, 司法判决不应以处于历史孤立状态中的文字为依据, 它与法律中普遍存在的正义原则越接近越好, 它是一个更大的智力体系即整个法律的组成部分, 应与那种更大的体系在原则上相符, 原则的适用过程也是法官智慧的适用过程。德沃金反对法官造法, 也就是反对自由裁量权, 法官造法是对立法权的僭越, 对人民主权和法不溯及既往原则的双重破坏。德沃金又反对机械司法, 机械司法使法律丧失自我反思和发展的能力, 不能履行现代法律保护公民权利的根本使命, 甚至可能使法律沦为邪恶和暴力的工具。魏德士指出这种法律“将很容易在无意识当中成为权力所有者的工具, 成为权力者的法政策目标, 甚至罪恶的法政策的工具。”^{[3](280)}

摆脱这种二难困境的出路是对法官的能力要求, 纵使在疑难案件中, 法官也决不会出现没有法律可用的地步, 充其量是缺乏赫拉克勒斯的智慧而没有找到法律而已, 那就是法官的素质问题而不是法律本身的问题。只要是一名具有“超人技巧、学识、权力和耐心”的赫拉克勒斯式的优秀法官, 他所持的司法意识形态就是: 不仅忠实于法律, 还能够理解好、把握好、运用好法律, 如此才能达到现代法治的理想性要求, 为疑难案件找到适当的法律而得出“唯一正解”的判决, 实现确定性和正确性的统一。这种司法意识形态就是司法能力主义。

司法能力主义反对法官造法, 强调法官对法律的忠诚, 维护法律的权威, 这和司法克制主义的主张是一致的; 司法能力主义反对机械司法, 强调法官对法律的正确理解和运用, 任何时候不得损害法律作为正义女神的真实面貌, 维护法律的尊严, 这和司法能动主义的主张是一致的; 由司法克制主义和司法能动主义两种“正反”的观点“合”成为司法能力主义, 正是法律之道, 理应成为当今主导的司法意识形态。

司法能力主义的实质就是针对个案发现法律的方法, 当适用原有的法律规则同正义、道德发生冲突时, 法官可适用法律原则或隐藏的法律来解决个案,^[4]确保司法判决的正确性。法官要给出令人信服的理由, 法官是在法律之内而非之外解决案件的, 法官必须尊重法律而不可法外断案, 但法官也不是机械司法, 不是把法律仅仅等同于规则体系, 只有在个案中没有适当的法律规则时, 才可适用法律原则和隐藏的法律。更为重要的是, 法官所适用的法律原则最终体现在随

后出现的法律规则上, 如埃尔默案件体现在各国的继承法中, 谋害被继承人的继承人丧失继承权。法官所适用的隐藏的法律最终体现在显露的法律上。德沃金提出法律原则必须具有“制度化的支持”, “除非我们找到某些这种制度化的支持, 否则我们的说法就不会具有说服力, 我们找到的支持越多, 我们对原则的份量的宣示就越重。”^{[15](40)}法律规则和法律原则并非绝对对立, 而是相互支持, 这也正是司法克制主义和司法能动主义相容的一面, 表明二者可以达成平衡。法律原则的资格取决于它能否为实证的法律规则所体现, 如法官根据罪责刑相适应的原则作出许霆案中判处许霆 5 年有期徒刑, 将来刑法修改时, 也会对因取款机出错盗窃金融机构的情形作出与之相同或接近的量刑标准。这就显示出法官的司法能力, 他有填补法律规则漏洞的前瞻性。反过来, 无论是原则还是隐藏的法律如果不能体现在以后的法律规则中, 就说明法官并没有预判的导引能力。如泸州继承案后, 继承法修改时并不宣称同居导致的遗嘱无效, 说明法官所适用的法律原则并没有得到法律规则的“制度化的支持”。

司法克制主义是偏重秩序的, 维护法律的确定性。司法克制主义强调的是法律规则, 但是也遇到难题: 法律规则针对的是个别的、具体的, 对有的案件根本就没有规定, 也就不具备确定性。如一男同时和二女结婚, 法律规则只规定了两种重婚的情形, 就没有规定这种情形。再者, 对法律规则的理解也不一样。对于王海知假买假, 法条主义者会根据消费者权益保护法判定王海是否消费者, 这就有两种判断; 或根据民法通则判定王海的意思表示是否真实, 是否属于有效民事行为, 又有两种判断; 或者结合两部法律讨论, 北京和天津的法院的法官都是法条主义者, 但对法条的理解不一致, 判决的结论也不一致, 而且都认为自己的判断是正确的。^[16]可见司法克制主义也未必能够确保法律的确定性。

陈金钊认为, “能动司法的结果是接受了更多的法外因素。”^[6]按照这种理解, 能动司法是违背法治的, 也不应该成为主导的司法意识形态。笔者认为, 能动司法必坚持依法判决的底线, 不允许法外因素的渗入, 这一点克制司法和能动司法是一致的。能动不是盲动、乱动, 不是脱缰的野马想怎样就怎样, 能动必须在法律的界限之内。问题在于, 法律的界限是什么, 按照法条主义、克制主义的主张, 法律的界限就是规则, 这就把法律变成封闭的体系和狭小的令法官窒息的空间, 法律精神和法律原则也应该是法律的界限, 克制主义和能动主义的区别在于是否承认这一点。

陈金钊认为, “如果不分具体情况, 不附加条件地

能动司法的话,法治就会荡然无存。法律行为要受法律的约束,因此不能倡导能动司法。遵守法律,表达对法律的忠诚是法官的基本职业道德。”^[6]司法克制主义强调严格地遵守法律规则才是维护法律的权威,维护法治,这是误解。法律的权威来自两个方面:一是靠国家的强制力而得以遵守,哪怕是被动的,这是司法克制主义的主张;二是靠自身的正确性而得到人们的主动遵守,这是司法能动主义的主张。在德沃金看来,前一种理论不能解决法律的有效性问题的,“在英美政治社会中,法律享有其他以强制力为后盾的命令——即使是那些通过制度化的程序而实施的命令——所不具有的尊崇。这种特殊的尊崇是法律的有效性的关键。但是这一占统治地位的理论没有提出任何理由说明构成法律的规则为什么应该享有这种特殊的尊崇。”^{[17](中文版序言第3页)}德沃金亮出自己的底牌:权利论。权利论指出英美社会给予法律的特殊尊崇的来源和特定的有效性,通过法律来实施基本的和宪法的“权利”。这些权利使法律本身更为道德,阻止政府将制定、实施和运用法律于自私和不正当目的,由此给予我们法律“正当”的信心,公平地对待他人。于是“我们将更愿意明确地忠诚于法律,因为我们知道,如果一个特定的法律规则或者它的实施是不‘正当的’,我们的法律权利将阻止那一规则成为法律。这就是法律的有效性和享有特殊力而其他形式的强制命令则不能的原因。”^{[17](中文版序言第3-4页)}权利理论解释了法律何以获得尊敬,我们遵守法律不是出于被迫,而是感到法律是正确的,感到有责任遵守法律;法律原则通过自身的协调反映我们的道德情感,使法律获得道德特征和道德权威,给予我们对法律的特别尊敬,这是以强制力为后盾的规则集合体所不能享有的。法律的真正权威来自于这样的事实,对于所有人来说,法律确实代表了正确和公平,“在所有承认理性的政治道德的社会里,权利是使法律成为法律的东西。”^{[17](中文版序言第21页)}从根本上来讲,法律的权威不是来自强制力下人们的被迫遵守,而是正确性下人们的主动遵守,这就要保证法律和司法判决的正确性,让人们心服口服,自觉遵从。

这里的问题是,能动并不意味着不受法律的约束,能动并非反法治,能动并非对法律的不忠诚。相反,机械司法极可能是对法律的愚忠而非忠诚。法律规则明明不适于个案,适用个案就会违背正义,扼杀法律的精髓,机械的适用法律规则是对法律的伤害和不忠诚。在法律规则没有明确规范的地方,弄不清楚明文规定和明确规定的区别,找不到法律依据而听之任之,也降低了法律的权威,反而损害了法律的安定性和对秩序的追求。如法释[2009]9号出台前,广告法明文规

定负责的是广告主、广告经营者、广告发布者、向消费者推荐商品或服务的社会团体或者其他组织,作虚假广告代言人的明星不在此列。如果把克制主义理解为严格按照法律规则,就不能对制假人代言广告的明星处罚,这才是法律的无能和权威的丧失。其实我们也可以把明星做虚假广告理解为销售行为,因为广告宣传也是促进销售的一部分,进而对“明星知假仍代言广告”进行处罚,或者根据犯罪理论和刑法第十三、二十五条,并非在该司法解释颁布后法官才能找到处罚的法律依据。能动司法可以走在法律规则的前面,但不是游离于法律之外。司法克制主义如果应用得不好,同样是不尊重法律,同样是损害而非维护法律权威。陈金钊说:“人们像搞政治动员一样,只是片面地说能动司法的所谓好处,而只字不提对法治可能造成的伤害。这是非常危险的。”^[6]这个主张我们完全赞同。我们应该对能动司法保持理解和适用的谨慎,但陈教授对司法克制主义的好处大张旗鼓,对其缺陷却是轻描淡写,这也是片面的。笔者并不认为司法克制主义对法治有什么危害,但陈教授的克制主义就是严格遵守法律规则,这还是实证主义和法条主义的窠臼。陈教授强调:“而在我国法治搞不好的原因有多个方面,不认真对待规则是重要原因之一。”^[6]我们认为,“认真对待规则”并不意味着死守对当下案件不能有效适用的规则,这就把司法克制主义带到了“无理”的境地和死胡同;在强调“认真对待规则”的同时,也应该强调“认真对待原则”,以克服规则僵化的局限。对司法克制主义的狭隘化理解,带来了理论的困境和实践的难题,也是对法治的破坏,对它的深刻反思才诞生司法能动主义。虽然有矫枉过正之嫌,命名也欠妥当,但它仍具有积极的一面。针对江必新同志所讲的“人民法院开展能动司法,必须严格遵守法律规定,不仅要严格遵守法律规定,也要严格遵守程序法;必须遵守立法宗旨和法律精神,遵守法律解释和法律推理的基本要求,确保能动司法在法治轨道上进行”,陈金钊认为“这实际上是说能动司法根本是没有必要的,能动司法实际上就是克制司法。这种矛盾的表述,使人们不知道怎么做。这虽然是中国法官的政治智慧,表现了一个负责任的法官对能动司法无奈和忧虑,但也显现了我们对形式逻辑的漠视。”^[6]但笔者认为,江必新同志的说法并无矛盾,陈金钊教授之所以认为它有矛盾,是因为他认为能动司法就是不尊重法律,就是反法治。

二者的争论就是法律规则和原则的关系问题,在忠诚法律的前提下如何运用法律。能动司法和被动司法的相同点应该多于不同点,对绝大多数一般案件,能动司法没有用武之地,法官是严格按照规则行事。

如果我们把案件分为一般案件和疑难案件, 就可以发现, 一般案件是法律规则能够有效规范的案件, 对司法能力没有特别要求。因为一般案件没有提供与法律规则所针对的情境不同的新情境, 如果法律规则已经符合价值判断具有可接受性, 它适用于一般案件时无需重新进行价值判断的审视。由于法律生活总是保持相对的稳定性, 大部分案件相对于法律规则来说并未提供新情境, 因而都是一般案件, 可直接适用法律规则。所以哈特说: “这里, 在这些非常根本的事情的边缘, 我们应当欢迎规则怀疑主义, 只要他不要忘记正是在边缘上他是受欢迎的; 并不要使我们对以下事实视而不见, 即: 法院之所以能在最根本的规则方面获得引人注目的发展, 在很大程度上是由于法院在广大的、关键的法律领域中作出了毋庸置疑的规则治理工作并成效显著。”^{[18](152)}卡多佐也认为“在某些案子中, 只有一条路可走。它们是存在着明确而稳定的法律的案子。索然无味的案子可以批量生产。”^{[19](34)}这些案件可以直接适用法律规则对号入座地机械操作, 因而是“索然无味”的, 也无关法官的创造性考量, 无关法官的司法能力。但是对于提供了与法律规则所针对的情境不同的新情境, 法律规则不能有效规范的疑难案件, 就无法对号入座地机械操作, 而是一种蕴含智慧于其中的艰难选择。正如卡多佐指出: “作出选择的法官怀着程度不同的坚定信仰, 相信自己作出了出色而明智的选择。然而在他的脑海中一直有一种真实的而非仅仅是名义上的取舍。”^{[19](34)}能动司法仅仅出现在疑难案件中, 处理疑难案件不是轻度的机械化活动, 而是高度的智识化活动, 对法官的司法能力提出了强烈的要求, 平庸的、照本宣科的法官是不堪此任的。1612年11月10日, 英国国王詹姆士一世以“法律以理性为本, 朕和其他人与法官一样有理性”为由要亲自当一回法官, 大法官柯克反驳道: “法律是一门艺术, 它需要经过长期的学习和实践才能掌握, 在未达到这一水平前, 任何人都不能从事案件的审判工作。”^{[20](42)}英国的大法官曼斯菲尔德认为, 普通法“并不是由特定案例组成的, 而是由一些一般性原则构成的, 当然, 这些原则从那些案例中得到了证明和解释。”^{[21](133)}哈耶克对这句话理解为: 普通法官“要有能力从那些指导他们的先例中推导出能够被适用于新案件的具有普遍意义的规则。”^{[21](133)}在这个司法过程中, 普通法法官形成了发现一般性原则的能力, 而依赖已立法好了的规则大全进行审判的法官则很难获此殊能。所以哈耶克认为: “在没有现成的一般性原则可适用的情况下, 构造抽象规则的能力当然会不断地得到发挥, 而机械的运用文字程式则会扼杀这种能力。”^{[21](134)}这就可以明白, 在

司法能动主义的意识形态铸造下, 美国的很多大法官同时又是著名的法学家。

不同于司法克制主义和司法能动主义对规则或原则二者之一的片面性偏好或排斥, 司法能力主义清楚地认识到二者的优缺点, 二者的优缺点不是在抽象的观念上, 而是针对具体案件的特点所作的取舍。司法能力主义要求法官必须有很强的判断能力, 确定当下的案件是一般案件还是疑难案件, 一般案件要遵守规则主义, 当然是克制; 疑难案件要符合原则, 进行法律解释, 并非严格的规则主义, 必须在唯有法律规则穷尽的情况下, 才适用法律原则。泸州婚外同居继承案是适用法律原则判决的案件, 但该案在笔者看来就是一般案件, 应该按照《继承法》的法律规则审理, 依据《民法通则》的“公序良俗”原则进行判决是不恰当的, 这也说明法官缺乏对一般案件和疑难案件进行区分的判断能力。所以司法能力主义强调法官对案件性质的判断能力以及在适用法律规则和法律原则上的选择能力。法官要在克制和能动之间进行平衡, 克制是常态, 能动是例外, 是迫不得已而为之的。能动是没有法律规定或法律规定不能有效适用当下案件的情况下, 法官“被迫”作出的。唯有规则穷尽的情况下, 才能“能动”, 能动出自“被动”而不是主动, 能动不是法官的态度而是实现个案正义的权宜之计。在法律规则完善之后, 曾经的疑难案件就会变成一般案件, 法官就会由能动走向克制。

其实, 温和的司法克制主义和温和的司法能动主义基本是一致的, 但从字面上看, 克制和能动又有愚忠于法律和超越于法律之嫌, 这都不是现代法律的态度。克制对正义的损害和能动对秩序的损害都非现代法律的应有之义。正义(正确性)和秩序(确定性)都是现代法律的价值, 法官不能顾此失彼, 以一方牺牲另一方, 极端的司法克制主义和极端的司法能动主义都犯了“过犹不及”的错误。正确的态度是“执两用中”达到二者的平衡和最佳结合, 法官既要忠实于法律又能把握好法律, 克制着眼于前者, 能动着眼于后者, 而法官对二者应该兼而备之, 所以要坚持司法能力主义。

注释:

- ① 我国当前的能动司法比较推崇主动延伸审判职能、主动办案、主动启动司法权的“就地审判, 不拘形式, 深入调查研究, 联系群众, 解决问题”的马锡五式审判方式。但我们认为, 主动司法只是权宜之计, 适用于人民群众缺乏诉讼能力的落后地区, 经济发达的地区不宜采用此方式。司法权的被动性是司法的基本特性, 法院不能主动办案应是司法常态和恪守的原则。托克维尔就认为, “从性质来说, 司法权自身不是主动的。要想使它行动, 就得推动它……它不能自己去追捕罪犯、调查非法行为和

纠察事实。如果它主动出面以法律的检查者自居,那它就有越权之嫌。”(托克维尔:《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆1988年版,第110-111页)。美国的能动司法不包含主动司法这层意义,坚持司法权启动的被动性。

② 最后一句译得很费解,似乎应加上一个“不”字为“而不是通过本人的体验认识不清楚不正义是多么大的一个邪恶的。”

参考文献:

- [1] 陈金钊. 法官司法缘何要奉行克制主义[J]. 扬州大学学报(人文社会科学版), 2008, (1): 47-53.
- [2] 聂长建. 司法三段论的大前提研究——兼论逻辑涵摄与法律涵摄的区别[J]. 烟台大学学报(哲学社会科学版), 2010, (1): 28-33.
- [3] 魏德士. 法理学[M]. 丁晓春, 吴越译. 北京: 法律出版社, 2003.
- [4] 拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥译. 北京: 商务印书馆, 2003.
- [5] 卡多佐. 法律的成长——法律科学的悖论[M]. 董炯, 彭冰译. 北京: 中国法制出版社, 2002.
- [6] 陈金钊. 司法意识形态: 能动与克制的反思[J]. 现代法学, 2010, (5): 14-24.
- [7] 德沃金. 自由的法——对美国宪法的道德解读[M]. 刘丽君译. 上海: 上海人民出版社, 2001.
- [8] 陈朝阳. 司法哲学基石范畴——司法能动性之法哲理追问[J]. 西南政法大学学报, 2006, (3): 3-11.
- [9] Black, Henry Campbell. Black Law Dictionary [M]. West Publishing Co., 1990.
- [10] 沃尔夫. 司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁[M]. 黄金荣译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [11] 柏拉图. 理想国[M]. 郭斌和, 张竹明译. 北京: 商务印书馆, 1986.
- [12] 德沃金. 法律帝国[M]. 李常青译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996.
- [13] 霍维茨. 沃伦法院对正义的追求[M]. 信春鹰, 张志铭译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- [14] 聂长建, 李国强. “隐藏的法律”理论——解决司法判决确定性和正确性紧张关系的路径[J]. 太原师范学院学报(社会科学版), 2010, (3): 1-8.
- [15] Dworkin. Taking Rights Seriously [M]. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1977.
- [16] 刘星. 怎样看待中国的“法条主义”[J]. 现代法学, 2007, (2): 54-57.
- [17] 德沃金. 认真对待权利[M]. 信春鹰, 吴玉章译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998.
- [18] 哈特. 法律的概念[M]. 张文显, 等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996.
- [19] 卡多佐. 法律的成长[M]. 刘培峰, 等译. 贵阳: 贵州人民出版社, 2003.
- [20] 庞德. 普通法的精神[M]. 唐前宏, 等译. 北京: 法律出版社, 2001.
- [21] 哈耶克. 法律、立法与自由(第一卷)[M]. 邓正来, 等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 2001.

Judicial Meritocracy: The equilibrium between judicial restraint and judicial activism

NIE Changjian, JING Chunlan

(Law School of Zhongnan Minzu University, Wuhan 430073, China;

School of Political Science and Law, Dongguan University of Technology, Dongguan 523808, China)

Abstract: Judicial restraint insists on the strict regulation, and avails to the legal certainty, but it will harm the case just and ignore the correctness of judicial judgment if it goes to extreme. Judicial activism maintains the case just and the correctness of judicial judgment by legal principle, but it will ruin the legal certainty if it goes to extreme. The modern law and judicial judgment is the unitary between correctness and certainty, and that is judicial meritocracy, that the equilibrium between judicial restraint and judicial activism by balancing the two while using the middle. Judicial meritocracy emphasizes that it is not only technology but also art, which gives higher requirement to judicial capacity for judge.

Key Words: judicial meritocracy; judicial restraint; judicial activism; equilibrium

[编辑: 苏慧]