

论司法宽容

张善燚

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要: 现代宽容的司法进入, 使司法宽容成为现实, 并在司法实践中呈现出包容性、尊重性、非纵容性等宽容品质。宽容已成为现代司法的一项基本价值并凸显在法律、道德、政治三个领域。司法宽容的难度、限度和向度分别关涉司法宽容的依据、边界以及层级, 是司法宽容建设中需着力解决的问题。

关键词: 司法宽容; 价值; 难度; 限度; 向度

中图分类号: D 926

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2009)03-0359-07

一、现代宽容及其司法进入

宽容的演变, 经历了从最初的朦胧状态发展到现在的理论化、制度化形态。从伦理学的角度可以将其变迁分为原始宽容(包括原始宽容的萌芽阶段和宗教宽容的发展阶段)和现代宽容阶段。从原始的宗教宽容到现代宽容, 是人类文明的巨大进步。在 19 世纪, 宽容的观点逐渐与自由主义的发展结合在一起。而 20 世纪, 宽容成为了今天称之为自由主义的一个重要组成部分, 宽容的依据通常植根于个人自律的重要性。从这个论据出发的宽容, 是现代自由主义理论和实践的中心, 被称为“自由主义真正的核心”^[1]。事实上, 从原始宽容到现代宽容, 对何为宽容, 一直颇多争议。笔者认为, 宽容是指一个人或者相关的组织机构虽然具有必要的权力和知识, 但对自己即使不赞成的行为, 也不应进行阻止、妨碍或干涉的审慎选择, 以及应该为其提供存在机制的积极态度。可见, 宽容是一种态度、一种价值、一种理想和一种过程。

法律宽容是宽容现代性的重要标志和应有之义。从原始宽容进入现代宽容, 宽容制度化和制度宽容化已演变成现代宽容的特性。现代宽容与自由紧密相连, 凸显出制度性特质。宽容的理念在人类历史中主要是在宗教自由的问题上被引爆的, 而现代宽容则更是直接与政治实践连在一起, 而政治的实践与法律的变革和法治行动总是紧密联系着。在当代, 宽容的概念和实践经常是与法律的变革和法治行动联系在一起

的, 如国家制度的设置、党派中的地位、对持不同政见者的态度, 犯罪的概念和罪行的调整、民事责任的免除、破产免责等社会措施, 都是以宪法和法律的改革、法定程序的确立为前提的。由此, 对宽容的讨论也频频发生在普遍的公民权利与义务的基本法律语境之中。事实上, 宽容的核心观念——不同的人们生活在一起和相互间接受彼此的差异——与现代公民权利与义务普遍观念的出现是紧密相连的。^[2]正是由于现代国家对公民权利义务不断的重视和保护, 而现代司法对于公民权利和义务的作用又是最根本、最直接的利益关系, 所以宽容进入法律, 乃至进入司法领域, 当属必然和现实。司法宽容是国家司法机构在行使司法权的过程中对司法参与人的一种宽容态度和积极行动。现代宽容的司法进入, 使司法宽容成为现实。现代宽容的实践表明, 司法宽容呈现出司法的包容性、尊重性、非纵容性等品质。

司法宽容具有普遍性和包容性。司法领域的宽容的普遍性是指所有的司法机构及其工作人员在起诉、审判的过程中都应当秉持一种宽容的态度; 即指对于所有进入司法程序的当事人都应当宽容对待。虽然司法宽容在本质上具有普遍性和包容性, 但事实上却从来没有被人们普遍接受和贯彻。即使是带有一点宽容色彩的司法温情主义, 也受到了来自多方的批判和质疑。司法宽容就是要承认和包容包括被告人等所有当事人的人性缺点。缺乏宽容思想, 还可能容忍犯罪吗?

司法宽容包含着对有过错当事人的尊重和偏向。在刑事司法过程中, 即使是犯罪嫌疑人、被告人, 他

收稿日期: 2009-03-12

基金项目: 国家社科基金“司法宽容研究”(08BZX062)

作者简介: 张善燚(1966-), 男, 江苏连云港人, 中南大学法学院副教授, 博士, 主要研究方向: 司法制度, 法律伦理。

们都是我们社会的一员,是我们其中的一员,我们不能因为他们犯了人人都有可能犯下的错误而把他们排除在我们社会之外,我们司法应当更多的考虑如何把这些有过错的人改造成正常人。而司法宽容就是对这些有过错的人进行改造的基础性步骤。例如,世界各国现在倡导的恢复性司法就是司法宽容理念在实践领域的有益尝试。尽管目前世界范围内对于恢复性司法尚无确切定义,但联合国预防犯罪和刑事司法委员会于2002年4月在《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》中的概括最具影响。这个原则认为,恢复性司法能通过使受害人、罪犯和社区复原而尊重每个人的尊严与平等,建立理解并促进社会和谐,是对付不断发展变化的犯罪的一种对策;能为受害人提供获得补偿、增强安全感和寻求将事情了结的机会,使罪犯能够深刻认识其行为的原因和影响并切实承担责任,同时使社区能够理解犯罪的根本原因,促进社区福利并预防犯罪;能催生一系列措施,这些措施与现有刑事司法制度相互补充,而不妨碍国家起诉被指控罪犯的权力行使^[3]。

司法宽容绝不允许或默许司法纵容。“宽容并不等于无原则,不等于不要真理、不要统一与和谐。恰恰相反,宽容正是一种有利于大家共同发现真理、维护真理,有利于在多元化、多样化的基础上实现统一与和谐(而不是单一与贫乏)的一条现实的、必要的原则。”^[4]对于严重危害社会、践踏公民权利、触犯法律的罪犯,必须依照法律来惩处,司法宽容也只能是在法律范围内的宽容。典型的司法宽容如最高人民检察院发布的《不起诉案件标准》,规定5种情形将不予起诉:未成年或老年犯罪嫌疑人,主观恶性较小的;因亲友、邻里及同学同事之间纠纷引发的轻微犯罪中的犯罪嫌疑人;初次实施轻微犯罪的犯罪嫌疑人;因生活无着落偶然实施盗窃等轻微犯罪的犯罪嫌疑人;群体性事件引起的刑事犯罪中的犯罪嫌疑人,属于一般参与者的等。^[5]而近年来的诸多群体性事件,有的就是强势集团利用特权无理侵害公民权利而诱发的。个别地方的司法部门对残害公民的暴力行为采取纵容的态度,而对以和平理性的方式上告的受害者却施以暴力,如截访、绑架、殴打、抄家,有的甚至判刑下狱。^[6]上述行为已经演变成为司法纵容,与司法宽容的精神相悖,自然不构成司法宽容。

二、宽容:现代司法的一项基本价值

(一) 现代宽容在司法中具有不可替代的作用

司法的功能不仅在于达到纠纷解决这一纯粹功利的目的,更在于实现人们对公平、正义、自由、秩序等法律价值的期盼和追求。司法主体的多元化,使司法处于利益纵横交错的状态,各主体纷纷按自身的利益诉求,想象和设计司法活动预期的价值目标,并根据自身利益获得满足的程度对司法进行价值评价。公正、效益、平等、自由、安全、秩序等等价值目标反映了不同主体的利益需求,分别受到了不同程度的青睐并已成为世界各国公认的司法价值。因而,司法过程中的利益冲突的普遍存在,法官在司法过程中就不得不对各价值目标进行权衡和整理,力图在相互冲突的价值目标之间实现平衡以迎合各利益主体的需要。皆大欢喜的结果固然令人向往,然而,司法的现实告诉我们,在诸多相互冲突的价值目标之间寻找到一个“绝对的平衡点”,近乎是可望而不可及的。^[7]司法价值形式的主观性特征,决定了司法价值并非一成不变的,价值需要不断挖掘;对价值的不同主观诉求,决定了价值冲突的客观性和永存性,价值需要不断协调。

法治理想和现实表达了司法宽容的作用。在法治的理想图景——严格立法、自觉守法与司法中,司法并非万能。尽管司法致力于对公正、效率、自由、人权、秩序等司法基本价值的不懈追求,但结果并非皆大欢喜。如何更好解决司法所面对的社会冲突?我们注意到,因宽容对司法具有伸拓调谐之功效,从而发挥着不可替代的作用。事实上,现代司法更应是一种协调型司法。宽容司法对于当事人双方达成理解、当事人和国家之间达成理解等都起到一种桥梁的作用,也是对人性与多元化价值尊重在司法领域的体现。司法主要面对和依赖规则,而规则本身更是相互妥协的结果。宽容是和平相处的最低要求,宽容更进一步要达到的就是和谐共存。

现代司法表明:宽容在司法中的价值已经具有不可替代性。尽管中西方公认的司法的核心价值在于公正,视公正为司法的生命,强调司法的逻辑在于公正,但随着社会进步和法治发展,效率、权威等价值也已逐步演变成为公认的司法核心价值。事实上,宽容的贡献恰恰在于进一步解决公正的合理分配问题,并蕴含着更加丰富、现实、高效、权威的公正。强者已经拥有了公正,但弱者的公正何在?宽容致力于全面的公正,宽容所视的全面公正性,是其他价值恰恰不能替代和表达的。

可见,宽容在现代司法中已凸显出司法的人权价值及其对价值冲突的协调作用,从而具有不可替代的作用。事实上,宽容已成为现代司法的一项普遍性价值,而非衍生价值或可替代性价值。

（二）法律、道德及其政治：司法宽容的三个价值领域

在法律领域，司法作为权利保障和社会公正的最后防线，其领域内的宽容最能直接体现社会的宽容，也是一种最低的社会宽容。司法宽容能够有效克制国家司法权的冲动，保护国民不受不当的司法对待。鉴于司法机关和公民之间地位的不对等，司法权的频繁发动容易导致对公民自由和权利的侵害，甚至是剥夺公民生命。这样的侵害是国家以法律的名义对公民合法实施的，在国家司法权面前，公民个人没有任何反抗的能力。特别是在刑事司法领域中，直接产生对抗的也不是平等的个体，而是一方为掌握公权力的国家，另一方是被追究的公民个人。作为一方主体的国家基于维护统治、保障社会秩序的自卫本能，经常有积极运用刑罚手段的冲动。因此，有的学者提出“司法主体在刑法适用中，除了恪守罪刑法定原则在形式上判断行为是否符合法定构成要件以外，还应当考虑刑罚的必要性和相适应性，形成一个限制犯罪成立的谦抑模式，以保证刑罚适用的正当性”。^[8]实际上，这里提到的谦抑模式也是笔者所提出的司法宽容的一个侧面。在法治社会，违法行为一方面体现出的是对国家法规范的违反，另一方面则是对市民社会规范要求的严重违背。由国家立法机关制定的刑法规范背后，还体现出社会历史文化、社会习俗、道德观念等市民社会的要求。因此，法律的评价在体现国家意志的同时，也要反映特定社会文化价值、社会道德观念的要求。以严格著称的现代罪刑法定原则也并不禁止法官考量社会的可接受性、容许性来谨慎地适用刑法。“秉持谦抑宽和的精神来解释和适用刑法，可以在具体司法中有效注入人文的关怀，使得法官通过制定法而不拘泥于制定法以实现具体正义。这既是司法的魅力所在，也是法治所带给人们最大的福祉。”^[8]

在道德领域，司法宽容体现和构成和谐社会的普遍道德诉求。对于当今社会，没有容忍就不可能有和谐。司法宽容是和谐社会的客观要求，包括：第一，司法是社会的一部分，二者是部分与整体的关系，整体离不开部分，部分存在于整体。构建和谐社会，必然要求包括司法在内的社会各要素、各部分的和谐，而司法宽容的目的正是和谐。第二，司法是社会的关键部分，它是社会纠纷的集散中心，也是社会冲突的消解处，担负着维护社会稳定，保障社会秩序的重大历史使命。因此，构建和谐社会，必须进一步改进司法工作，提高司法水平，为构建和谐社会提供有力的司法保障。第三，社会要和谐，稳定是基础。司法承担有效化解社会矛盾、维护社会稳定的重要职责。司

法的宽容与否，直接关系到整个社会关系之间的包容、和谐与稳定。当前，我国改革发展进入一个重要关口：人均GDP超过1000美元，从低收入国家进入中低收入国家行列。一些国家和地区发展历程表明，在人均国内生产总值突破1000美元之后，经济社会将进入一个关键的发展阶段^[9]。这个阶段最容易滋生社会问题和社会失范，最容易产生极端思想和错误行为方式，实施司法宽容，可以有效加大社会治理的道德力度，进而维护整个社会成员之间的理解、尊重、合作、共赢，从而实现社会稳定与和谐。

在政治领域，司法宽容可以作为维护国家长治久安的有力保障途径。我国已进入改革发展的关键时期，社会主义建设正处在难得的重要战略机遇期，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。这也必然带来这样那样的矛盾和问题，表现在：人民内部矛盾凸显、刑事犯罪高发、对敌斗争复杂，这些已成为影响社会稳定的突出问题。大量尖锐、复杂的社会矛盾衍生为刑事犯罪，民事纠纷进入司法领域，大量改革过程中触及的深层次矛盾和问题需要司法程序来解决。与此同时，随着人民群众民主法治意识的不断提高，通过司法程序维护自身合法权益要求的日益增加，对司法活动也提出了更高的要求。可见，司法已成为政治的重要组成部分。倡导司法宽容，是新时期司法工作适应新形势、新任务的客观需要，是维护国家长治久安的需要。司法宽容，以化解社会矛盾为切入点，以司法公正为根基，以确保社会稳定为着力点，最大限度地增加当事人之间和当事人与国家之间关系的和谐，也进而促进了整个社会关系之间的和谐，将为维护国家的长治久安提供伦理意义的司法保障。

三、司法宽容的难度、限度与向度

（一）司法宽容的难度

宽容之难，是讨论宽容的首要难题。我们在对宽容进行道德辩护的同时，在哲学上对不宽容他者是否应该被宽容，却难以作出判断。作为一种裁判活动，司法要宽容，除了要面临宽容的一般困难外，还要对司法在公正目的外，寻求宽容进行自我辩护。司法的宽容之难，决定于司法权、司法者等诸条件的基本满足，这是司法宽容合法性必须解决的问题。国家是否有宽容的权力；司法权自我限制的可能性；司法宽容具体条件的确定；司法宽容实施者的素质与司法宽容实现。

1. 国家有司法宽容的权力吗?

在司法宽容的难度这个问题上,我们首先面临的是国家是否有宽容的权力?司法宽容是国家司法机构在行使司法权的过程中对司法对象的一种宽容,归根结底,司法宽容是国家对公民的宽容。因此,掌握着司法权的国家是否有宽容的权力,就成为一个问题。

现代宽容是伴随着现代个人自由发展而来的,主要是指个人与个人之间的关系。笔者认为,分析司法宽容中权力的来源不能够从抽象伦理的角度入手,而应当立足于具体的司法实践。毕竟司法是实在的,不是抽象的,是一个个的具体案例,司法的宽容也可以被过错当事人在司法过程中真切地感受到。在司法宽容中,虽然从抽象的意义上来说,是国家司法权对过错当事人的宽容,但是那些具体的司法过程却是有检察官、法官来具体实施的。在司法过程中,检察官、法官就代表着抽象的司法权,司法权具化为检察官与法官的行为和态度。虽然检察官、法官代表国家在行使司法权,其本身更是有理性思考的实体人。因此,在这两种条件下,国家司法权通过具体化表现为检察官、法官的行为和态度,司法宽容在一定意义上就表现为检察官、法官的宽容。司法权的这种具体化过程,就是以检察官、法官的权力理性为基础,使得抽象司法权的行使转换为实体的个体理性活动,国家也因此可以顺畅地行使司法宽容的权力。

2. 司法权能自我克制吗?

权力永远是控制他人的力量和能力,其特征是能直接以自己的强力迫使相对人服从自己的意志。从宽容与权力的关系来看,宽容是对权力运用的自我克制,司法宽容可以看成是一种司法权的自我克制。那么司法权能够自我克制吗?这也是司法宽容的难点之一。如果司法权能够自我克制,那司法宽容也就能够实现;如果司法权很难实现自我克制,那司法宽容就很难实现,或者说仅仅是在形式上实现。实际上,司法权的自我克制也可以看成是司法宽容的内核。

在司法权的实施过程中,国家一方面认识到了公民的权利和自由比国家的司法权力具有更高的价值。因为按照现代国家理论,国家的一切权利均来源于公民权利的让渡,公民的权利是国家权力的来源,司法权力来源于公民的权利;同时,司法权的自我限制还在于对一种和谐的司法秩序和司法权威的追求,和谐的司法秩序中包括当事人和司法机关之间的和谐关系。如果司法权不能自我克制,就很容易导致当事人和司法机关之间的冲突,而冲突的存在就大大影响了整体的司法秩序和司法权威。

3. 司法宽容条件的确定

司法宽容条件的确定也是一个非常困难的问题。要说明的是,笔者在此主要是指司法宽容实施的前提条件,即在哪些情况下应当给予过错当事人宽容,哪些情况下不能给予过错当事人宽容。例如2007年修改后的《人民检察院办理不起诉案件质量标准(试行)》就符合了司法宽容的要求,即在刑事司法工作中区分不同性质的各种犯罪,区别不同种类的犯罪人,依法协调被告人与被害人、刑事制裁与经济补偿、惩罚犯罪与教育挽救、治标与治本等方面的关系,化各种影响社会稳定的消极因素为促进社会稳定的积极因素,维护社会长期稳定与和谐。

实际案件的繁杂远远不止规定的这些情况可以概括,除了这些情况之外,在具体的案件中还有很多能够实施司法宽容的情况,这些情况也是一个开放性的体系,随着社会的发展会不断有新的司法宽容的情况产生。根据以往的司法经验,把司法宽容条件的确定大致归纳为以下几类:一是案件的社会危害性相对较小;二是过错当事人主观恶性相对较小;三是对方当事人的自愿原谅;四是过错当事人的一贯道德表现;五是存在替代性措施;六是民意影响。

4. 司法宽容实施者的素质

司法宽容由于是在具体的个案中实施的,具有很大的灵活性,因此,司法宽容和司法主体的素质有很大的关系。法官的人格是防止司法宽容滥用的最终保障。可见,拥有司法宽容权的法官,不仅需要具备完备的法律专业知识,更重要的是需要具备较高的司法职业道德,具备一种对法律的信仰以及维护公平与正义的社会责任感。

司法主体的素质主要是通过其司法能力表现出来的。司法能力是司法主体依照法定职权和法定程序完成运用法律处理案件、体现司法职能的专门活动的本领,是司法主体素质的主要体现。根据有关学者的总结,司法能力有这么几个方面:^[10]一是专业性。当事人之间的争议一旦提交法官解决,就转化为法律问题。这要求司法主体必须具有法律专业知识,遵循特定的程序,运用特有的技能,以专业化的语言行为和思维方式,正确处理各种类型案件。二是综合性。案件往往还牵涉到诸多非法律领域的知识,如科技、文化、历史、地理等方面的知识,司法主体如具有这些方面的丰富知识,则司法宽容的具体实施将有极大的好处。三是同质性。司法主体因其在司法工作中的具体岗位不同,其司法能力的表现虽有一定的差异,但司法能力的内涵仍然是相同的。四是差异性。司法主体因各自本身的素质以及在增强司法能力方面所作的

努力不同，从而各自的司法能力呈现出差异性。五是变化性。如果司法主体抓紧学习和实践，司法能力会发生较大的变化，其强项会变得更强大，弱项也会变成强项。当然，司法主体除了司法能力之外，还需要高尚的司法品格，即法官需要具备比较高的道德素养。司法宽容要求司法主体的素质是一种综合的素质。

（二）司法宽容的限度

宽容并不是无限制的容忍，宽容有其自身的边界和限度。“无节制的宽容播下的是吞噬宽容的种子，衍生的是毁灭宽容的魔鬼，培植的是取消宽容的邪恶。”^[11]因此，有必要对宽容的限度进行清晰的界定。宽容的限度实际上可以看成是宽容的边界——公正的具体展开。在下文的论述中，笔者把司法宽容的限度概括为四个方面：公序良俗、权利、法律规定、自由裁量权。

1. 司法宽容限度之一：公序良俗

公序良俗作为司法宽容的限度，用传统的公序良俗原则对司法宽容进行限制，是考虑到公序良俗在维护社会秩序方面的巨大作用。

公序良俗在汉语中是一个合成词，即公共秩序和善良风俗的合称。对于公共秩序，笔者认为是指协调其各个成员之间利益关系并被社会所认同的秩序，具体来说就是指一国统治阶级为了维护国家、社会的生存及其发展所认可和主张的一切秩序，这种秩序一般以法律的形式表现出来，分为狭义的公共秩序和广义的公共秩序。狭义的公共秩序可以指一国现行法律所明确规定的秩序，广义的公共秩序不仅包括狭义的公共秩序，还包括由作为现行法律基础的根本原则和根本理念所内涵的秩序。这里所说的作为司法宽容限度的公共秩序，指的是广义的公共秩序。对于善良风俗，笔者认为，作为司法宽容限度的善良风俗是为社会上绝大多数成员所普遍认同的道德要求，也就是一个社会中居主导地位的道德要求。善良风俗是以伦理道德为其内核，它是指符合一定社会要求并为人们普遍接受的道德规范，是一个民族或国家在长期的历史发展过程中逐步形成的。不同的民族和国家的善良风俗的内容是有区别的，具有地域性。^[12]

2. 司法宽容限度之二：权利

由于权利的复杂性和重要性，单纯从资格、主张、利益、自由等某一方面来理解权利都显得非常的片面，笔者倾向于用要素解释方法诠释权利。我国著名法学家夏勇先生在《人权概念的起源》中指出：“如果我们将各种关于权利属性的描述结合起来，并顺着这条线索，联系权利的实际，就会得出关于权利本质的比较全面的认识。”^[13]按照这样的理解，我们可以把

权利的本质归结为五大要素，这就是利益、主张、资格、权能、自由。

在宽容领域，权利一向占据着重要的位置。从宽容与权利的关系来看，宽容是对多元权利的尊重。把一般意义上的宽容与权利的关系拓展到司法宽容领域，权利也就成了司法宽容的限度之一。这里的权利主要是指当事人的权利，特别是无过错方当事人的权利。在司法宽容的结构中，是行使司法权的检察官、法官对有过错的当事人的宽容，而这种对过错的宽容就当然要影响到另一方无过错当事人正当权利的实现。在一种无原则的司法宽容下，司法主体越是对过错当事人宽容，也就意味着无过错当事人权利的减损。因此，我们应当把权利作为司法宽容的限度之一，司法宽容不能超越或侵害权利。

3. 司法宽容限度之三：法律规定

就一般宽容而言，在公共领域，国家宽容的限度是法律规定。“它为公民提供法律保障，以防止那些不愿宽容他人者随意加害他人；同时，政府也自觉地遵守法律以约束自己的权力。更重要的是，政府在规定哪些社会行为为非法的时候，尤其不应当滥用自己的权力。所以，比较合适的说法或许是，宽容是在高压和纵容之间的一个精致平衡点。”^[14]同样，作为国家宽容之一种的司法宽容也当然受到法律规定的约束，法律规定应当是司法宽容的限度之一。由于司法是一种法律解释活动，而解释法律的依据离不开法条和法理，所以，要实施司法宽容，就不能与现行法律规定以及法理相抵触。

司法宽容必须在法律的秩序下进行，它不能突破最低限度的实体法律原则与程序标准，否则，司法公正将荡然无存，剩下的可能是纵容或屈从。法律规定作为司法宽容的限度，具体而言，主要有以下几个方面的限制：一是司法宽容不能与法律强制性规定相冲突。法律的强制性规定与法律的指导性规定相对应的，法律的强制性规定要求必须严格遵守法律所规定的方式、限度，没有缓和的余地。二是司法宽容的限度在法律规定的范围之内。这是指司法宽容符合法律的具体规定，这样的宽容行为可以在法律上找到依据。三是司法宽容的措施也应当在法律规定范围之内。对于法律没有规定的措施不能作为司法宽容的措施来实施。

4. 司法宽容限度之四：司法自由裁量权

作为司法宽容限度的自由裁量权是指司法主体在司法过程中按照法律规定所享有的司法自由裁量权。司法自由裁量权在我国包括法官的自由裁量权和检察官的自由裁量权。我国的司法自由裁量权都是法内自

由裁量权,司法主体行使自由裁量权必须在法定范围内根据客观事实斟酌决定,如我国民事法律对于渊源的规定有“民事活动必须遵守国家法律,法律没有规定的应该遵守国家政策”。

我国法官的“自由裁量权”是在法律所允许的范围内作出裁量,不可以超越法律的底线,一般法官对案件的定性上没有裁量的余地,其自由裁量主要表现在定量(例如确定具体刑罚的种类和年限、确定赔偿的具体数额等)上。检察官的自由裁量权指检察官斟酌案件具体情况,在法律授权的范围内,根据自己的意志和判断,作出具有法律效力的处理或决定的权力。检察官的自由裁量权大部分时候表现为法律赋予检察官的酌定不起诉的权力,这个“酌定”即是检察官的自由裁量。

司法自由裁量权对司法宽容的限制表现为:司法宽容只能在司法自由裁量权的范围内可以实施司法宽容,如果不存在司法自由裁量权则不存在司法宽容的空间。

(三) 司法宽容的向度

讨论司法宽容难度、限度问题,从一定意义上来说,均是司法宽容的实践性问题,不涉及司法宽容的伦理高度。进一步关注宽容的伦理层级,则必须关注司法宽容的向度问题。

1. 微观向度:个案人道

司法宽容的微观向度是指其最低的伦理要求和标准。司法活动是人的认识和参与活动,对人的尊重或人道即构成司法宽容的微观向度。近代以来,人们把人道作为司法正当性的最后根据,也正是因为人道作为底线标准的性质。人们在设计司法制度时,设计了一套严格的司法程序,它不只是用来保证判决结果的正当性,还有其独立的存在价值,这个独立的价值基础就是人道主义,它所保护的就是人的尊严。笔者认为,司法的确应当“人性化”,而且刑事司法的“人性化”是一个文明国家的尺度之一,它真正地体现一个国家和一种文化对个体人的尊重。在具体个案中,司法的人道主义就是在司法的过程当中,将受到指控的公民作为一个具有人格尊严,能以自己的言行影响有关自身的决定,并能够为自己的行为承担责任的个体予以对待。它要求一个被指控的公民在司法程序中获得有效地为自己辩护、以自己的言行(包括提出的证据)影响法官判决的机会;它也要求法官对于每一个被指控公民的权益予以认真的考虑,对于双方的证据和陈述予以同等的评估。在由人所组成的社会之中,对于人的尊重是善良社会的根基,一个自主的个人才能真正为自己的行为承担责任,因此,即使在让个人承担

义务和道德责任时,也仍应保持对其作为主体地位的尊重。真正人性化的司法应使司法程序凝聚这样一种“人道”观念,并使之以仪式化的方式在社会面前展示,以宣示这样一种基本的价值。^[15]

在法治社会中,法律是严厉和公正的。然而,任何法律都应当以遵循尊重人的权利为核心。同样,文明社会的执法理念重要的一条是重视人的尊严、尊重人权。即使是罪犯,我们的法律也在判定他们理应承担罪责的同时,保护他们应当享有的权利,也是宽容的应有之意。

2. 中观向度:司法公正

司法宽容的中观向度是普遍性的伦理目标和境界,它存在于一般司法活动的公共宽容伦理要求之中。从司法活动的普遍目标来看,司法宽容的核心在于探求和保障司法公正,建立和实现个别正义与普遍正义的高度统一。一个国家主要通过制订宪法和法律来管理国家,法律制度即代表着社会的普遍正义,当人们这些制度规则被正确地适用于案件时,普遍正义就得到实现了。但现实是复杂的,一方面,对同一案件,不同当事人对正义的期待值是不一样的,另一方面,在现实生活中也没有两个完全相同的个案。当代代表普遍正义的一般性法律规则被适用于具有特殊性的个案时,难免会出现普遍正义与个案正义不能完全契合甚至有所抵触的现象。首先,个案正义的伸张在某些场合会受制于普遍正义。如当个案正义与普遍正义相冲突而不可并存时,牺牲个案正义以维护普遍正义就成为一个决定取舍的基本原则。其次,普遍正义和个案正义有不同的出发点和落脚点或者说不同主体有不同的关注点。普遍正义并非高于个案正义,如果有过多的个案正义被普遍正义所排斥,人们就会怀疑法律制度本身的正当性。笔者认为,在司法宽容的理念下,普遍正义只是一个前提,在这一前提下,我们应给予个案差异性足够的关注,在追求具体案件个案正义的进程中再向前走一点,现代司法更是赋予法官充分的自由裁量权。

司法宽容追求个案正义与维护法律的安定与尊严也并不矛盾。实现个案正义的前提即是维护法治的尊严与统一,并保障法律的安定性,个案正义不能以法律的安定为牺牲。如果法律中已有明文规定,法官就必须贯彻。“只有当立法目的和法律精神不是很明显、或者根本没有相关法律规定时,法官才能针对个别案件确定具体的裁判规则。”^[16]对于司法宽容来说,就是只有法律规定有自由裁量的余地的时候,司法主体才能够考虑通过司法宽容来实现个案正义。只有这样,才能一方面保障成文法的安全性,另一方面而保证司法

主体的主动性、能动性。

3. 宏观向度：社会和谐

司法宽容的宏观向度即司法宽容的最高伦理目标，是指社会和谐。司法宽容也是我们构建和谐社会在司法领域的实践，司法宽容从宏观的意义上来说，追求的目标是以社会公正为核心的司法和谐。换言之，司法宽容是以达到司法和谐进而实现社会公正为核心的社会和谐的有效途径。

作为司法的重要方式和理念，司法宽容追求和谐目标顺理成章。司法宽容追求社会和谐的目标，应首先满足和达成司法和谐，注重司法宽容的内在追求。司法和谐是指司法权运行所达到的理想状态，是指司法的观念、司法的过程、司法的机制、司法的方式、司法的结果等都应当以满足社会公正的基本利益为内容的协调、和谐，确保司法权运行的法律效果与社会效果的有机统一。第一，司法和谐中，司法机关包括检察院、法院。笔者主张把检察机关和法院同作为司法主体，共同承担司法机关的和谐责任。第二，司法和谐应为司法权运行的理想状态，即司法的观念、司法的过程、司法的机制、司法的方式、司法的结果等都应当以协调、和谐为目标。第三，司法宽容所追求的司法和谐更加注重司法的社会效果。当然我们应当认识到，司法的社会效果是以法律效果为基础和前提的，所以二者的统一才构成司法和谐。

社会和谐的构建和形成，既是一个庞大的社会工程，又是一个久远的历史过程。对于司法而言，在实现司法公正的基础上，最大化满足社会的公共司法需求，注重司法的专业性与社会性的高度统一，这是司法和谐的要求，更是致力于以公正为核心的社会和谐的发展需要。

参考文献：

- [1] Jean Hampton. Should political philosophy be done without metaphysics[J]. *Ethics*, 1989, (99): 791-814.
- [2] Robert Weiss Berg. *Political tolerance: balancing community and diversity*[M]. Thousand Oaks: Sage Publications, 1998.
- [3] 袁婷, 顾娟. 恢复性司法构建“和谐正义”[N]. *民主与法制时报*, 2006-11-20, (A1).
- [4] 李德顺. 宽容的价值[J]. *开放时代*, 1996, (1): 4-5.
- [5] 郭松民. 莫叫司法宽容变为纵容[N]. *湘声报* 2007-08-24, (A3).
- [6] 杜光. 宽容、暴力、法治[EB/OL]. <http://yqdh.tbokee.com/6617436.html>, 2008-11-19.
- [7] 夏锦文, 徐英荣. 司法的价值取向与权衡[N]. *检察日报*, 2002-03-12, (A3).
- [8] 张军. 刑事司法应当秉持谦抑宽和理念[N]. *检察日报* 2008-05-12, (A1).
- [9] 胡锦涛. 把科学发展观贯穿于发展的整个过程[J]. *求是*, 2005, (1): 3-9.
- [10] 彭海燕, 文勇. 法官司法能力探析[J]. *皖西学院学报*, 2006, (6): 36-39.
- [11] 贺来. 宽容意识[M]. 长春: 吉林教育出版社, 2001.
- [12] 刘付鹏. 公序良俗涵义之探析[J]. *大庆师范学院学报*, 2007, (1): 82-84.
- [13] 夏勇. 人权概念的起源[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1992.
- [14] 李永刚. 宽容——一种政治哲学的解读[J]. *开放时代* 2006, (5): 92-101.
- [15] 杨祎清. 司法人性化: 寻求温情与公正的契合点[EB/OL]. <http://news.tom.com/1002/20040401-796624.html>, 2004-04-01.
- [16] 杜歆. 试论通过法律解释及漏洞填补等方法实现个案正义[J]. *社会科学论坛*, 2007, (9): 41-43.

On the three aspects of tolerance in justice

ZHANG Shanyi

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: The modern tolerance has entered into justice and has presented the qualities of acceptance, respect and nonconnivance in the practice of justice, which makes tolerance in justice reality. The tolerance has been a basic value of modern justice and the value reflects mostly in the areas of law, morality and politics, etc. The difficulty, limitation and longitudinal dimension of the tolerance in justice respectively connect the basis, limitation and scale, which needs a principal solution.

Key words: tolerance in justice; value; difficulty; limitation; longitudinal dimension

[编辑: 苏慧]