

# 司法衡平艺术与司法能动主义

侯淑雯<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**司法的最直接目的在于定纷止争。法官既不能迷信规则，也不应轻视规则。司法能动主义是一种开放性司法哲学，热衷于打破成规、法外能动和制衡。司法能动主义之所以盛行于美国，有其特定政治法律文化背景。我国情形则大为不同，司法能动主义须慎行。我们应该发展合乎国情的中式司法衡平艺术，倡导能动司法。

**关键词：**司法衡平 司法能动主义 创新性能动司法

---

司法的基本特征之一在于其被动性，但这是在程序启动方面与行政执法的主动性相比较而言的。就司法机关和法官在司法过程中的作用来说，司法大多数情况下都会表现为一种刻板的、保守的机械性活动，只在为数较少的情况下才会凸现为一种灵动的、富有创新意义的能动性活动。从追求衡平艺术的理想境界来看，司法要求其主体活动不枉不纵，不偏不倚。但要达此目的，前提是法律本身提供了允当的尺度，而且“法网恢恢，疏而不漏”。问题在于，现实中的法律尺度不可能总是那么允当，法网也不可能总是天衣无缝，一旦遇到显失允当和漏洞被钻的情形，法官又当如何处置呢？司法的能动性问题油然而生。司法应该如何能动？司法衡平艺术与司法能动主义关系如何？我国司法机关是应该积极发展适合于自身的中式司法衡平艺术还是崇尚司法能动主义？这些正是当前我国司法改革必须面对的重要问题，它关系到我国司法理念的确立和司法实践的走向，具有重要理论意义和实践意义。

## 一、能动司法和司法能动主义

能动者，“自觉努力、积极活动”之谓也。“能动”往往与主观相联系，其常见组合有“主观能动性”、“自觉的能动性”，用以指称人的主观意识和活动对于客观世界的反作用。人通过自己的积极行为，对客观事物发生影响，使其达到某种效果或某个目标，这就是主观能动产生的结果，是人区别于物的基本特点。把这个概念引入司法领域，就是指在司法活动中，通过司法机关和法官的积极作为，使司法活动产生特定的效果。

在现代人看来，司法主体在司法活动中发挥其主观能动作用是一个毋庸置疑的问题。但在司法发展史上并非一贯如此，人们曾把对法律的严格执行和司法官的能动作用对立起来，认为只有严格限制法官的裁量权，在司法中不给法官丝毫的自由裁量余地，才能保证法律的准确施行。孟德斯鸠

---

\* 中国政法大学法学院教授。

甚至宣称：法官只能是宣布法律的嘴。更有形象的比喻说，司法机关就像一台自动售货机，一头进去的是案件事实和法律，另一头出来的就是判决和理由。19世纪发生在欧洲大陆的规模宏大的法典化运动，就是试图用具体、完善、无所不包的法律规范来解决司法遇到的所有问题，从而把法官的能动作用降到最低，乃至完全消除。梅里曼形容说，19世纪的欧洲大陆呈现出这样一幅画面：“法官酷似一种专门的工匠，除了特殊的案件外，他出席法庭仅是为解决各种争讼事实，从现存的法律规定中寻觅显而易见的法律后果。他的作用也仅仅在于找到这个正确的法律条款，把条款和事实联系起来，并对从法律条款与事实的结合中会自动产生的解决办法赋予法律意义”；“法官的形象就是立法者所设计和建造的机器的操作者，法官本身的作用也与机器无异”。〔1〕然而，这样做的结果却并非像大陆法系法学家所设想的那样，“法官与当事人这两架机器在诉讼中耦合起来，匹配起来，有条不紊地按冥冥中存在的自然律运转”，〔2〕而是使法律陷入了僵化的境地。由于成文法本身存在着不可避免的模糊性、滞后性、不合目的性和不周延性，机械地适用法律既不能满足社会生活的需要，还牺牲了个别正义。因此，严格规则主义在欧洲大陆逐渐失去了地位。

理想方式是将严格规则和自由裁量结合起来，即在一定范围内发挥司法主体的主观能动作用，以缓解严格规则与社会生活实际之间的紧张关系。衡平法以来的英美法系国家的司法和19世纪以后的大陆法系国家的司法几乎都采用了这样的方式。当然，由于司法能动作用发挥的程度不同，也出现了两种不同的类型，即“法内能动”和“法外能动”。对于前者，我们可称为“司法衡平艺术”，多数国家并不排斥；但对于后者，除了在美国被长期奉为一种司法哲学外，大多数国家可能都感到难以接受。因为它以一种极端能动方式寻求法律之外的正义，常常引发激烈争议，危及司法权威和安全。

汉语中所说的能动司法是与机械司法或者刻板司法相对应的概念。在这里，司法是主体词，“能动”或“机械”是司法的状态副词，是对司法活动的状态描述。机械司法喻示着法官刻板地套用法律所指明的条件来处理案件，不对法律的实质进行深入思考，难免管中窥豹，见木不见林。表面上似乎是在严格地执行法律，实际上则很可能既不能达到法律的目标，也无助于实现社会正义。在古罗马早期曾经出现过这样的司法情状。法学家盖尤斯提到，在当时，如果某人因为葡萄树被砍伐而提起诉讼，他很可能会败诉，因为《十二表法》中规定的是，“不法砍伐他人树木的，每棵处25亚士的罚金”（第8表第11条），而原告起诉的却是葡萄树被砍伐。〔3〕十三世纪的英国也有过类似情况。正是为了克服司法的这种不合目的性，英国才逐渐发展起了一种司法衡平艺术，形成了衡平法。衡平法是由大法官法庭的判决形成的法律，它重视法的实质而非仅仅注重其形式，注重法律的总体目标而不迷信法律的表面文字，是一种有觉悟的、富有创新性的能动司法。在这种有觉悟的能动司法中，由于法官不仅需要根据法律条文的字面意义处理案件，还需要在字面意义不足以解决问题，或者依字面意义可能引起严重目的不合时，能够灵活地运用法律的原则或宪法精神来处理案件，以使案件能够得到合情合理的解决。因此也有人称之为“智慧司法”，以表明它需要法官运用司法智慧去解决棘手的问题，使案件处理既合理又合法，使案件当事人口服心服，从而实现定纷止争的法律目的。

当然，若将司法主体的这种能动作用发展到极端，试图在法律之外寻找司法正义依据，那就不是创新性能动司法，而是司法能动主义了。因此，创新性能动司法和司法能动主义是有区别的，前者是指司法机关在国家法律规定的范围内，依据司法职权，充分发挥法官的主观能动性，成功运用其司法智慧跨越法条模糊、歧义、不合目的等障碍，合理地解决疑难案件；后者则是指司法机关超

〔1〕 [美] 梅里曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，西南政法学院1983年印行，第39页。

〔2〕 徐国栋：《民法基本原则解释》，中国政法大学出版社1992年版，第173页。

〔3〕 转引自沈宗灵：《现代西方法律哲学》，法律出版社1983年版，第89页。

出国家法律原则,以法律之外的社会正义为依据,超职权发挥其能动作用,进行“司法立法”或者“法官立法”。美国是司法能动主义的积极倡导者和实践者,它把司法机关的能动作用发挥到了极致。在美国,司法机关不仅可以“摆脱对于司法判例的严格遵从,允许法官在制作判决时考虑其个人对于公共政策的观点以及以其他因素作为指导,通过判决来保护或扩展与先例或立法意图不符的个人权利”,〔4〕而且允许法官“拥有调整宪法以适应其新环境的权力”。〔5〕

## 二、司法能动主义的成因

司法能动主义作为一种司法哲学之所以在美国产生并得到相当程度的社会认同,与美国社会所特有的哲学思想、政治制度、社会状况和法律背景都有密切的关系。

众所周知,美国是一个奉行实用主义哲学的国家。19世纪末20世纪初流行于西方社会的实用主义哲学思潮,就源于美国。当时的皮尔斯、詹姆斯、杜威,以及后来的胡克、刘易斯都是实用主义的代表人物。他们认为,人类实践只是人类被动地应付环境的活动;实践的标准是所谓“兑现价值”和“效用”,这也是认识真理的标准;真理不是观念对客观世界及其规律的正确反映,而是“有报酬”、“有效用”、“能满足我需要的”。这种实用主义哲学思潮必然影响到美国的法律领域,在联邦最高法院就出现了众多奉行实用主义司法理念的大法官,如霍姆斯、布兰代兹、卡多佐、弗兰克福特、杰克逊、道格拉斯、布冉能、鲍威尔等著名人物都是实用主义者。波斯纳也把自己列入实用主义者行列,并宣称,从一定意义上看德沃金也是一位实用主义者。波斯纳认为,“实用主义法官总是为了目前和未来尽可能做最好的事,不受任何在原则上同其他官员的已为保持一致的义务所约束”……实用主义法官与强烈意义上的实证主义法官(即相信法律就是立法机关规定的规则系统,并仅仅由法官适用)之间的差别就在于,后一种法官的中心关注是要与以往立法保持一致,而前一种法官只有在依据先例判决也许是产生最有利于未来之结果的最好方法的范围内才关心与以往保持一致。”〔6〕

这种实用主义司法观甚至在立法机关也有一定的市场。2003年7月,美国“南方之音在线”(Southern Voice Online)一则消息称,佛蒙特州长詹姆士·道格拉斯要强化法院的“司法克制主义”倾向。他在一次记者招待会上明确表示,要提名一批恪守“司法克制主义”的候选人出任州最高法院法官,以填补该法院出现的职位空缺。道格拉斯认为,法院应该尽可能保持克制,而佛蒙特州最高法院1999年作出的两起具有重大影响的判决表明该法院不够克制,具有司法能动主义倾向。但当时的州立法机关与现任州长道格拉斯的观点显然不同,因为它在2000年冬季通过的一个法案支持了法院的一项判决〔7〕这表明,那两件“司法能动主义”的判决所包含的价值取向,在佛蒙特州得到了立法机关多数人的支持。

从制度背景看,三权分立的政治制度也是司法能动主义产生的基础。美国建国之初的制宪者们,依据资产阶级启蒙思想家的理论,建立起三权分立的制度。在美国的制度中,立法、行政、司法这三项权力是并列的,各司其职,又相互制约——议会享有立法权,但所立之法需交总统签署,取得政府的同意;司法机关虽不享有同意权,但后来基于制衡的权力也取得了对立法的审查权;总统领导的政府享有行政权,但立法机关对其有监督弹劾权,司法机关对其有审查权;司法机关则由总统提名,由议会批准后产生。在这样相互制衡的权力关系中,美国的司法机关就不仅承担着审断

〔4〕 薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第748页,“司法能动主义”条。

〔5〕 [美] 克里斯托弗·沃尔夫:《司法能动主义》,黄金荣译,中国政法大学出版社2004年版,第54页。

〔6〕 [美] 查理德·A·波斯纳:《道德和法律理论的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社2001年,第277页以下。

〔7〕 *Douglas Wants More Judicial Restraint on Court*, NATIONAL NEWS, <http://www.sovo.com>, July 3, 2003.

一般纠纷的责任，同时还承担着制约国家权力的重任；不仅仅要依宪法和法律审判案件，还要对立法本身进行审查，对不合乎现代正义的宪法判例进行修正，以彰显司法的正义力量。

美国的法律背景是形成司法能动主义最直接的因素。

首先，与欧洲大陆法系国家不同的是，美国联邦最高法院享有释宪权。美国宪法规定：基于合众国宪法、法律和国家条约所产生的所有普通法、衡平法案件，都属于司法机关的管辖范围。<sup>〔8〕</sup>也即是说，所有案件都可以宪法、法律及条约为依据作出判决。这就赋予了联邦最高法院以解释宪法的权力。虽然宪法并没有明确规定美国联邦最高法院有权对立法机关的立法进行审查，但1803年的“马伯里诉麦迪逊”案件开创了美国联邦最高法院对国会立法进行违宪审查的先河。从此联邦最高法院不仅审理一定数量的初审案件和大量上诉案件，还主要解决涉及宪法和联邦法律的纠纷案件，成为解释宪法的最高权威。它通过解释宪法进而作出立法和行政部门均无法改变的终局裁定，并作为“宪法判例”对以后的同类案件具有约束力。当然，如果后继的大法官们认为先前的判例对宪法的解释有误，或已经不适于当前的社会状况，也可以推翻过去的判例，对宪法重新作出解释，创制新的判例。美国联邦最高法院的这种权力和权威是任何一个国家的司法机关都不能企及的。这也大大地激发了最高法院的社会责任感，以至于“在许多案件中，法官认为，如果法律与宪法原则相符，但与自然原则相悖，那么该法律就仍然是无效的”。<sup>〔9〕</sup>虽然这种形式的司法审查后来淡出了历史舞台，但超出宪法原意的扩大解释却比比皆是，这在功能上是一样的。

其次，超稳定的宪法也使司法能动主义成为必要。美国宪法是世界上最稳定的成文宪法，它历经200多年而不变。虽然陆续增加了27个修正案，但基本精神从未改变。这一方面是因为制宪者们的远见卓识产生了高质量的宪法，使其具有高度涵盖力，虽经巨大社会变迁，但根基却从不曾被撼动。正像威尔逊在他的一本书中所说的那样：“我们的宪法之所以恒久，就在于它简洁。它是一块奠基石，而不是一座完整的大厦……它是根，而不是完美的藤。”<sup>〔10〕</sup>另一方面则是因为过于繁琐的修改程序阻碍了对它的修改。当初的制宪者们为了维护宪法，保卫来之不易的政治成果，制定了一个在后来看来过于“笨重”的修改程序。它要求必须经参、众两院2/3投票通过，并由3/4的州议院投票批准，这在美国几乎是不可能办到的。修正案的通过也非易事，从宪法颁布200年来成千上万个修正案提案最终只通过了27个的现实，就可见其难度也非一般。一边是简洁而稳定的宪法，一边是飞速发展的社会，而国会迟缓、僵硬的立法又难以满足司法的需要，惟有积极能动的司法才能适应这个国家的法律需求。正像司法能动主义者所认为的那样：“自从宪法制定以来，这么长时间已经过去，要这样一份宪法文件仍然为现代政府充当一个良好框架是不可能的，因为现代政府所处的社会在很多方面已经发生了很大的变化，这些变化都是当初的缔造者所无法预料的。因此，就有必要赋予现政府中的某个机构拥有调整宪法以使其适应新环境的权力，这也正是司法能动主义所要达到的目标。”<sup>〔11〕</sup>

再次，美国承袭而来的判例法形式，也为司法能动主义创造了条件。判例法在宏观上具有确定性，在微观上却具有灵活性。后者主要表现在三个方面：

(1) 英美法官虽然在理论上没有创制法律的权力，但在理论上却有发现、宣布和适用既有原则的权能。正是在这种不断地发现与宣布新的原则和规则的过程中，庞大的判例法规范体系得以建立。发现和宣布法律的过程，实际上就是法官立法的过程。通过这个过程，使判例法随时适应社会的发展，强化法律的适应能力。法官立法是司法能动主义的典型表现。

〔8〕 参见《美利坚合众国宪法》第3条第2款。

〔9〕 前引〔5〕，沃尔夫书，第28页。

〔10〕 [美] 威尔逊：《国会政体：美国政治研究》，熊希龄、吕德本译，商务印书馆1989年版，第10页。

〔11〕 前引〔5〕，沃尔夫书，第54页。

(2) 判例法规范是基于法官对案件的个别审理而形成的,这就决定了这种类型的法律难免具有不周延的特性。英美法官在处理案件的过程中必须把以往的经验智慧和眼前的案件事实联系起来,如果没有合适的先例,或以往的先例已经不适于当前的社会情势,他就必须重新寻找依据以恰当解决该案件。为了实现社会的公平正义,他们可以不拘泥于法律。因而其活动具有较大的创造性。“这是与立法至上的体制所不同的司法至上的体制。这种体制下的法官必定不是立法者卑微的仆人,在法律的运作过程中必定起着比立法者更重要或至少与其不相上下的作用。”<sup>[12]</sup>

(3) 由于判例法表现为特殊的不成文形式,美国法官在判案时必须借助于各种各样的识别技术,以便区别判例中的主要事实和特殊事实、判决理由和判决附论等,这个过程就是一个能动司法的过程。它不但锻炼了法官审断案件的能力,还训练了法官审视社会、审视法律并能对有关正义问题迅速作出准确判断的能力。这种敏锐的判断能力不仅使法官们能从容地应对平常案件,还能在特别案件中发挥急智,使极端棘手的案件得到合情合理的解决,进而进行超范围发挥。在这样的情况下,司法能动主义的出现甚至成为潮流,也就在所难免了。

当然,即便在美国,这种超范围的司法能动主义也不是人人都赞同的。司法克制主义者从宪政原则和民主制度两方面对司法能动主义提出批评,认为它既不符合三权分立的制度设计,也不具备民主的基础。但对于奉行实用主义的联邦大法官们来说,“经验”和“效果”比僵硬的制度更重要。更何况它也不仅仅是大法官们想当然的结果。

### 三、仅在适用中解释规则

美国司法能动主义不仅发展了法律,推动了美国宪政进程,还大大提高了司法机关和法官的威望,使司法机关从最初不起眼的末位,跃升为最具权威的机构。相比之下,中国司法“至少在文字上除了恪守大陆法系对法官的教条之外,还受到宪法体制的严格约束。我国的法律意识形态不主张法院或者法官创造规则,而只是在法律适用的过程中解释和运用规则”。<sup>[13]</sup>问题在于,由于立法不完备,司法机关往往陷于困境:一方面是体系内规定,所有诉讼均须受理;另一方面常常是无法可依或无充分依据。于是有人呼吁,中国是否也需要司法能动主义?笔者认为,具有创新性的、有觉悟的能动司法在中国确实需要,但司法能动主义须慎行或者缓行。因为我们有着完全不同于美国的政治社会制度、法制背景和司法哲学,也缺乏适宜于司法能动主义生成的气候和土壤。除非将来情况发生了重大变化,至少在目前看来,条件不具备,时机未成熟。

首先,从政权制度上讲,我国实行议行合一的政权体制,人民代表大会是最高权力机关,行政机关和司法机关都是它的执行机关,机构由它组建,长官由它任命。司法机关只能听命于权力机关,而无权对其监督和制衡。在这样的体制下,即便赋予司法机关以审查立法的权力,实际上也是很难真正发挥作用的。诚然,美国联邦大法官也是由总统任命、由国会批准的,但反过来他们可以审查政府的行政措施、国会的立法。他们这种违宪审查是建立在三权平行的制度设计上,有权力制衡作为基础,有大法官的高薪和终身制作为后盾,还有长期的法治文化形成的司法权威和大法官们所具有的强烈的社会正义使命。所有这些都是中国的司法机关和法官所不具备的。

其次,从社会思想意识上看,中国传统中虽然并不乏实用主义的内容,但政治理想主义似乎具有更大的影响和势力。反映在司法上,就是司法为政治服务。自专制国家建立以后,中国古代的司法官除了承担着主持公道、明辨是非的功能外,还肩负着更为强烈与沉重的政治伦理使命,以至于

[12] 前引[2],徐国栋书,第202页。

[13] 信春鹰:《中国是否需要司法能动主义》,《人民法院报》2002年10月22日。

在有些情况下司法完全可以仅依封建伦理，而不必顾及法律是否有规定。<sup>[14]</sup>近代以后，社会激烈的变化使封建的政治理想主义受到冲击，代之而起的是革命的政治理想主义和当代的政治实用主义。革命的政治理想主义总是要求司法为政治革命服务，为司法设立一套政治道德标准，忽视司法的本质属性。当代的政治实用主义虽然减弱了司法中的政治理想成份，但政治因素仍存在。它和西方实用主义的区别是，前者以政治效果为目标，后者以社会效果为目标。但是由于中国政治变化频繁，“每隔五年、十年就发生一次根本性的转折或翻腾……使得现代中国人缺乏一种统一的、明确的、持续的历史感”，因此也没有“真正有创见性的、有说服力的哲学思想、哲学体现”，<sup>[15]</sup>这和美国强烈的历史感和传统精神形成鲜明的对比。其结果是在司法上没有一个较为一致的、一以贯之的哲学指导，司法者的社会文化心理极其复杂，社会价值观念日益多元，强势依附、权力崇拜现象随处可见。在这样的情势下，主张司法能动主义，允许法律外（或曰超法律）能动，可能会危及法治的根本，甚至重新回到人治、权力之治的老路上去。

第三，中国的法制背景也与美国迥然相异，主要表现在以下几个方面：

(1) 从宪法解释制度看，美国法院享有宪法解释权，它可以通过判例对宪法进行精微透彻的诠释和演绎，给不变的宪法注入变化的内容，使其能够与时俱进、充满活力，以适应不断发展的社会。从某种意义上可以说，美国宪法是靠司法推进的。司法机关必须具有强大的推进力量，司法能动主义是推动美国宪法发展的元素之一。难怪曾任美国总统的伍德罗·威尔逊抱怨说：最高法院总是“在不间断地开着制宪会议”。<sup>[16]</sup>而中国的宪法解释权属于国家立法机关的常设机关——全国人大常委会。司法机关可以根据全国人大常委会的解释和相关法律法规处理案件，如遇规定不明或需要补充的内容可以提请有关立法机关对宪法作出解释性说明或对法律进行补充。立法机关通常能及时作出回答，必要时还会考虑对法律作出修改，因为程序上的障碍是不存在的。在这样的制度安排下，司法机关解释宪法既没必要，超出宪法的规定搞能动主义司法更显得是多此一举。

(2) 美国司法能动主义建立在超稳定的宪法背景下，从某种意义上说，是特定情况下不得已发展出来的结果。由于美国宪法修改极为困难，司法空间就相对扩大。在自由、民主、平等的宪法原则下，司法机关既可以作出黑人不是美国公民的“斯科特案”判决和确定“隔离但平等”的“普莱西案”原则，也可以作出彻底结束种族隔离制度的“布朗案”判决；<sup>[17]</sup>既可以依法判决，也可以超越法律进行判决；既可以审查行政行为，也可以审查立法，可谓权莫大焉。中国则是完全不同的背景。近代及民国的制宪暂且不说，仅1949年以来短短的57年间我国宪法已全面重修过3次，部分修订了4次。频繁的宪法修改使立法机关十分活跃，加之灵活的立法解释形式，使任何一项新的社会重大变化均可以通过宪法条文直接体现出来，其他相关法律也相应能得到及时的调整。这样，司法的空间较之美国司法就很有有限了，能动主义司法几乎没什么余地，由司法去发展宪法更是不可能。当然，由于我国的立法尚不完备，法律漏洞还很多，能动司法不可或缺。

(3) 从司法环境上来说，我国尚不能做到真正意义上的司法独立。立法、行政以及其他权势、强势集团总是千方百计对司法施加影响，司法机关因其地位所限难以抵制各方面的压力；同时司法机关本身也存在严重的结构、制度和腐败问题。如果倡导美国式的能动主义司法，也许能激发一部分优秀法官的司法智慧，但同样也可能激发起那些不法之徒的“智慧”，使其上下其手，弄权于法，借口突破法律以谋私利，这在我们的政治历史中已不鲜见。

总之，司法能动主义对于美国来说也许是适宜的，但对于政治、社会、文化、法制等各方面完

[14] 参见贺卫方：《中国古代司法判决的风格与精神——以宋代判决为基本依据兼与英国比较》，《中国社会科学》1990年第6期。

[15] [美] 杜维明：《儒家传统的现代转化》，中国广播电视出版社1992年版，第75页。

[16] 引自 Paul L. Murphy, *The Constitution in Crisis Times 1918-1969*, New York: Harper & Row, 1972, p. 11.

[17] 参见任东来等：《美国宪政历程：影响美国的25个司法大案》，中国法制出版社2004年版，第206页。

全不同于美国的中国来说,鼓励有觉悟的创新性能动司法,也许更为适宜。

#### 四、司法衡平艺术的砝码

创新性能动司法虽然不像司法能动主义那样,允许在法律规定之外发挥法官的主观能动性,但给中国法官提供的空间仍很广阔。在适用规则的过程中,在运用原则的过程中,以及在宪法指导下进行裁决和司法解释的过程中,法官们若想找机会充分发挥其主观能动性,为中式司法衡平艺术的发展添砖加瓦,仍然大有余地。

##### (一) 能动地适用规则

按照法的要素理论,法是由规则、原则、概念、标准、学说等要素组成的。在诸要素中,规则是最具体和明确的部分,它“将一种确定的具体的法律后果归于一种确定的具体事实状态”。<sup>〔18〕</sup>与法律原则和法律精神相比,法律规则是能动范围最小的规范。但并不是说,它完全不需要发挥司法者的能动作用。那怕是一个最普通的规则,都有可能遇到不寻常的事实。在确定某事实是否适用某一规则时,就离不开司法者的能动作用。司法者必须先确定事实,然后作出是否适用的判断。确定事实的过程,就是能动司法的过程。此外,选择规则也需要发挥主观能动作用。当遇法律竞合的情况,究竟适用哪个规则更为恰当,法官必须全面权衡才能作出合理的决定。

##### (二) 能动地适用原则

法律是人的创造物,人的认识和概括能力是有限的,所以法律规则也不可能穷尽所有的社会现象。当规则没有规定、出现冲突或适用既有规则将会带来严重的社会不公时,常常需要用原则来加以处理或平衡。这里的原则主要是指部门法原则。法律原则较之法律规则具有更大的能动空间,许多新奇案件或疑难案件需要依原则进行推理。因此,原则既是用来进行法律推理的权威性出发点,也是发现和创制规则的基础。

在成文法国家,原则的适用同样具有调整由明确规则带来的结果不当从而使法律得到整合的功能。当具体规则在特殊情况下的适用违背法律的根本目的时,它允许法官依据其要求对具体法律规则加以变通适用,以求得个别正义的实现。在立法尚不完备的我国,这样的司法需求也是很多的。如消费活动中的“知假买假”类案件,农村土地使用中的出嫁女和再婚妇女土地使用权案件,男性卖淫活动案件等。如果司法主体能够能动地适用法律原则来审视和处理,这些都是不难解决的。

当然,依原则判案也是有条件的,一味地为适用而适用,或者为摆脱规则而适用,无视规则的有关规定,就会造成法律外裁判,破坏法制的统一,是绝对不能允许的。因此,严格限定适用原则的条件是十分重要的。从理论上说,适用原则的基本条件有两个:(1)“穷尽规则”。即有规则须依规则,只有出现无法律规则可以适用的情况下,才可以将法律原则作为弥补“规则漏洞”的手段来使用;(2)“实现个案正义”。即适用既有法律规则可能导致个案的极端不公正,方可通过法官之“法律续造”技术和方法选择法律原则作为适用的标准。

##### (三) 能动地适用宪法

宪法能否被适用?这是我国法律界讨论的热点问题之一。要回答这个问题,首先应回答另外一个问题,即:宪法是不是法?如果回答是肯定的,那么,宪法能否被适用的回答就应该是肯定的。即只要是法,就都应该能够被适用,这是法的属性所决定的。不过,在我国,宪法的适用和人大常委会的宪法解释权是否矛盾?笔者认为是不矛盾的。人大常委会的解释是规范解释,旨在明晰条文,说明原意;法院的适用是个案解释,意在结合案情,裁决案件。正像1999年人大常委会对香港基本法的解释与香港终审法院对基本法的适用并不矛盾一样,它们是就同一问题分别行使各自的

〔18〕 张文显:《当代西方法哲学》,吉林大学出版社1987年版,第49页。

职权。<sup>[19]</sup>有立法解释则依解释适用,无立法解释则依基本法适用。但司法主体必须在法的范围内适用,其能动范围是有限的。

在绝大多数情况下,原则和规则的适用足以解决司法中的大部分难题。但也还是会有个别案件需要更特别的方法才能得到理想的解决。如在原则适用的过程中,有时会遇到不同原则间的冲突问题,像契约自由原则和劳工权益保障原则之间、安全原则和效率原则之间等;也可能出现政府权力和公共利益、公民权利之间的冲突。当这些冲突发生时,就会出现适用选择的问题。这时一般原则是不能解决问题的,必须采用宪法原则来加以解决。而根据宪法处理案件,就意味着司法主体能动作用的更大发挥。

同普通法律原则的适用一样,宪法原则的适用也要满足一定的条件:(1)部门法原则不能解决所争议的问题或部门法原则之间出现冲突;(2)“更强理由”。即部门法原则存在重大的正义缺陷,应予改变或否定。显然,这种适用须有强有力的逻辑证明和法理阐释,否则便缺乏说服力。如果用这些条件来审视我国法界前段热议的“齐玉苓案”,也可以看到它的法律适用是不当的。该案完全可以适用民法解决,充其量是部门法原则适用的问题。

## 五、能动司法的制度构想

能动司法可以提高司法主体的责任意识 and 办案热情,丰富办案经验,激发司法智慧,从而提高司法效率,促进法的目标的实现,是一种不可或缺的司法衡平艺术。因此,在我国主张创新性能动司法不仅是适宜的,而且是必要的。实际上,由于现实的需要,创新性能动司法在我国司法实践中并不少见,也出现了一些值得称道的判决和解释。当然,不可否认的是,不当判决和解释也时常出现。究其原因,主要是因为我们对能动司法行为缺乏全面认识和必要规范所致。

毋庸讳言,倡导创新性能动司法就意味着在司法活动中人的因素的增强,不可避免地会对法的安全形成威胁。但严格规则或机械司法则会使法的正义功能减弱,影响法的目的的实现。法的安全性和法的目的性都是法的重要价值,不能长此消彼。最好的办法是制定合理的制度规范,把人的不安全成分降到最低,而使人的积极成分得到最大限度的发挥。使司法既能保证其安全性,又能保证其目的的实现。

我国古代是采用分类分等级裁量制度来解决这个矛盾的。即在刑事司法领域,最高司法机关掌握最大的司法裁量权,拥有最大的能动司法空间;中级机关掌握低一级的司法裁量权,但也有一定的能动司法余地;较低等级的机关则掌握最小的司法裁量权,几乎没有能动裁量的余地。在民事司法领域则不分等级享有同等的司法裁量权。<sup>[20]</sup>这种裁量格局的形成是中国古代司法制度长期发展的结果,是历代司法经验的总结,它既保证了成文法的灵活适用,又确保了司法的统一。

我们也不妨以此作为确定当代司法机关能动司法权的一个基本思路。我们可以对不同等级司法机关的能动范围进行限定,不同级别的司法机关可分别在各自职权范围内发挥自己的能动作用。即:对于新类型(没有先例的)案件,若需适用宪法进行审理的,应由最高司法机关依据宪法处理;若需适用部门法原则进行审理的,可由地方高级法院和中级法院依据原则进行审理;基层法院则只能根据明确的规则处理案件。如遇无规则可用的情况,可以提交上一级法院审理。而最高法院的宪法审理决定过程也须有一定的制度和程序规范,以避免草率决定。上级法院的判决对下级法院应有约束作用。遇有超出宪法原则或宪法规定不清的问题,最高法院应提请人大常委会作出解释,不得进行宪法原则外裁决。这样做的理由有四:

[19] 参见《解释使居港权问题得到圆满解决》,《法制日报》1999年6月27日。

[20] 参见侯淑雯:《中国古代法官自由裁量制度的发展脉络》,《法商研究》1999年第1期。



(1) 避免因大范围的放权而带来权力的滥用,维护司法权威。能动司法——尤其是依原则和宪法而能动,无疑将增大法官的自由裁量权,扩大法官灵活运用法律的空间,从而也增加了司法安全的风险。而将相对大的能动权集中在相对有限的范围,则可以降低这种风险。一是从数理逻辑看,在发生率相同的情况下,面积数值越小,发生的数量就越少;二是据有关统计表明,基层法院往往是司法腐败和问题发生率最高的地方,<sup>[21]</sup>限制基层法院的能动空间,扩大高等级法院的能动作用,无疑是提高司法能动性,同时又避免权力滥用的可行方式。

(2) 集中精锐力量,提高宪法审判质量,减少和防止宪法的不当适用。宪法审理应是对社会有重大影响的案件,对它的处理实际上是在确立一项司法原则,审理机关必须慎之又慎。把这样一项关系重大的初审案件,交由任意一个普通的司法机关去审理是不负责任的做法,是极不妥当的。由于普通司法机关往往担负着繁重的办案任务,法官们既没有精力去精钻细研极具抽象和概括性的宪法案件,也没有力量去汇聚法律精英、挖掘法律精髓;宪法的方向性又很强,这就难免出现力不从心、把握不当或适用不当的情况。由最高法院专理初审宪法案件,可以从一定程度上避免这些弊端,提高宪法审判质量,维护宪法权威。

(3) 保证判决的一贯性、统一性。由于宪法条文和部门法原则不像规则那样有明确的法律后果,因此适用的结果往往是难以预知的。如果审判主体过于分散,各判各案,又没有判例制度作保障,法的统一性就难以保证。即便是同一司法机关,也难以保证取得前后一致的判决。将适用主体相对集中,则可避免此类情况发生。

(4) 增强司法集约化水平,提高司法效率。加强分工、协作,是提高资源使用效率的有效方式。我国法院中刑事审判庭、民事审判庭、知识产权审判庭等法庭的分设,就是集约化管理的例证。如果根据适用对象再进行横向的划分,使特定的主体在特定的范围内充分发挥他们的能动作用,则会使我们的司法既保持安全、稳定,又维护了社会正义,还能提高司法效率。

总之,司法能动主义在我国未必可行,能动司法则不可不行,它是激发司法者创造性司法智慧的有效手段,是司法衡平艺术的体现。但必须进行制度性规范,使不同的主体在不同的范围中发挥作用,并制定必要的惩戒措施,以防止腐败的发生。

---

**Abstract:** The immediate aim of judicature is at the settlement of dispute. The judges should not make a fetish of rules or despair of them. Judicial Activism is an exoteric judicial philosophy, which is wild about breakings rut and acting without the law and conditionality. Judicial Activism prevails in the USA due to the country's special background of politics, law and culture, which are quite different in China. Thus Judicial Activism should be practiced very carefully. We should develop the China-style judicial art of equity that conforms to the local situation of the country, initiating active judicature.

**Key words:** judicial equity, judicial activism, innovational active judicature

---

[21] 见浙江在线新闻网站 (<http://www.zjol.com.cn>): “高法副院长万鄂湘:今年高法要清理门户”, 2004年3月12日。文中提到:“去年(全国有)794位违法违纪法官被查处,其中52人因滥用审判权、执行权被依法追究刑事责任。……最高人民法院副院长万鄂湘是全国政协常委,但昨天他是高法副院长的身份来听委员意见的。对于司法队伍建设问题,他毫不回避:‘我们80%的案件出在基层,我们80%的问题也出在基层。’”