

# 论建立独立、开放与能动的司法制度

周汉华\*

改革开放以来,中国对司法制度进行了一系列的改革,取得了相当的成绩。然而,由于理论研究和实际经验的欠缺,许多现行的改革措施明显带有中国改革过程的常见特点,即每一项改革措施各自分离,各自针对特定的问题,与整体制度设计无关。<sup>〔1〕</sup>这种各自孤立的改革措施虽然在特定的时间里对特定的问题有一定的作用,但它们的最大问题在于无法解决整个系统的有序运转,无法使各项改革措施相互促进。因此,尽管司法改革有必要解决目前的一些迫切问题,满足人民群众对司法公正的渴望,但是,司法改革的重点应是从根本上建立一个良好的系统和结构。而这个系统与结构必须满足独立、开放与能动三项要求。

在发达国家,就历史发展而言,独立的法律制度最初是作为与传统法对立的一种自治法而产生的<sup>〔2〕</sup>,其基本品格是法律制度完全摆脱任何外在力量的干涉而独立,国家权力不再对市场进行分割或干预,市场主体获得了自主发展的最大保障。与这种自治法相对应,司法权的独立得到了最充分的体现,司法权不但不受其他权力的任意干涉,实现了组织上的自治和自我管理,而且整个司法过程都严格地遵循预先公布的一般法律规范的规定,法院或法官没有自由裁量权。然而,另一方面,自治法只是法律发展形态的一个阶段,它是以国家权力不干预市场自发秩序为前提条件的。在西方国家,自由资本主义的发展最终导致了阻碍市场正常运行的垄断现象和危及国家安全的社会财富分配失衡。为应付自由资本主义的弊端,国家必须对市场进行干预,法律制度因此成为社会调节的工具和实现社会正义的手段,自治法相应进化为回应法。在回应法之下,法律制度既是目的也是手段,与完全封闭的自治法相比,法律制度变成了一个开放的系统,衡量法律制度的标准和推动法律制度前进的动力因而不仅在法内而且也在法外,看法律制度是否有利于实现社会正义,有利于经济和政治目标的完成。一个开放的法律制度显然要求一个开放的司法权,司法过程再也不能仅仅就法论法,而必须从推动社会进步的角度来能动地行使司法权。这样,司法的独立、开放与能动的要求之间形成了一定的内在冲突,并使协调它们三者之间的关系成为发达国家的一项艰巨任务。

---

\* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

〔1〕 已有论者指出,法院系统的改革“缺乏深入系统的理论研究和指导,只是就事论事,走一步看一步”。景汉朝、卢子娟:《经济审判方式改革若干问题研究》,《法学研究》1997年第5期。

〔2〕 Nonet 和 Selznick 明确将法律制度分为传统法、自治法和回应法;昂格尔则将法律制度分为习惯法、官僚法和法律秩序。独立的法律制度只在自治法或法律秩序形态下存在。见,Philippe Nonet & Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, 17(1978); 昂格尔著,吴玉章、周汉华译:《现代社会中的法律》,中国政法大学出版社1994年版,第42页。

在包括中国在内的发展中国家,长期的半殖民地经历使它们失去了市场机制自发形成的机会和独立的自治法发展阶段。它们必须采取一条变法之路,在政府的推动下进行大规模的变法,将发达国家分两步走完的路放到一步之中,在通过改革实现市场经济和通过回应法实现法治现代化的同时补上独立法律制度长期匮乏的课程。发展中国家现代化道路的特殊性使它们对司法开放性与能动性的要求丝毫不比发达国家逊色,甚至直接决定着司法权能否真正树立权威。问题在于:由于发展中国家未能经历过自治法的独立发展阶段,司法独立的地位并不牢固,在此背景下要求司法开放与能动,极有可能危及脆弱的司法独立,并使司法独立的目标更加遥远;或者,在另一个极端,机械地以发达国家早期的经验为依据,以司法独立为名盲目地排斥司法开放与能动,最终使司法走入自我封闭,与国家的现代化过程脱节。因此,处理好司法独立、开放与能动三者之间的关系,对于发展中国家来讲同样是一项异常严峻的挑战,其难度和风险比发达国家要大得多。本文将从现代司法制度的基本要求出发,对我国司法改革的基本走向进行探讨,并分析现有的一些改革措施的利弊得失。

## 一、司法独立是现代政治制度的基础

### 1. 司法独立的双重含义

尽管司法独立已经有一段很长的历史并被规定到一系列的国际法律文件之中,但要给司法独立一个满意的定义却并非易事。从司法制度的演变历史来看,司法独立应包括法官个人独立和法院审判独立两个方面。在社会分工或权力分立尚未充分发育的传统政治制度下,法官个人独立通过诸如任职保障、薪金待遇等措施加以保障,以防法官腐败或被封建君主任意免职。因此,在司法独立的早期历史演进中,诸如不被随意免职和高薪等保障法官个人独立的措施非常重要,直到现在,这些措施在世界各国仍然起着重要的作用

例如,在司法独立最先萌芽的英国,司法腐败与王权对司法的随意干预在历史上一直是非常突出的问题,并直接影响到司法独立。因此,从爱德华一世开始,英国就开始采取措施根治司法腐败。1346年,法官必须宣誓“不以任何方式接受其受理的案件的任何方的礼物或馈赠”<sup>[3]</sup>。1641年,在平民院呈给国王的大抗议书中(Grand Remonstrance),买卖司法职位被列为国家的一项主要罪恶。1645年,助理法官的年薪从200英镑提高到了1000英镑。1810年,议会任命了一个委员会调查法院的收入,结果之一是1825年助理法官的年薪翻了一倍多(从2400英镑到5500英镑),以弥补法官因取消向诉讼当事人收取费用和其他补贴的损失。法官的这一年薪在1873年以前不用交所得税,经1832年削减为5000英镑以后一直维持了一百多年。本世纪30年代,为对付经济萧条,政府甚至向法官施加压力,希望法官能同意减少年薪。另一方面,为根除王权对司法的随意干预,到15世纪的时候,英国法律界就已经接受了法律是一种行为规范,包括国王在内的任何人都应该遵守的观念。1688年,英国议会以公开的方式承认了司法独立的原则。在平民院决定国王詹姆士二世退位的同一天,一个议会委员会起草了将呈送给新国王的冤情状,该文件包括法官在表现良好期间不受解职,法官的薪金只能从国库开支以及非经正当法律程序不得罢免法官等内容。

[3] George Syles, *Medieval Judges as Legal Consultants*, 56 LQR 25(1940).

美国宪法的制定者在起草美国宪法第三条时借鉴了英国的经验〔4〕,司法独立的主要依据是宪法第三条对于法官的保障规定,即联邦法官“在表现良好期间保持其职务”,“在履行职务期间报酬不得减少”。这些规定确保了国会或总统不能以罢免法官或以降低其报酬为威胁手段直接影响司法结果。另外,宪法第二条规定“合众国公务员只能因叛国、贿赂或其他重罪和不轨行为,并经弹劾以后才能免职”,而法官被视为公务员。自司法机关设立以来,弹劾权只是很少被行使过,而且仅针对有个人不轨行为的法官。在1805年的一个著名弹劾案中,国会试图以最高法院法官 Samuel Chase 的判决有政治偏见为由追究其责任,但这一弹劾未能通过,并由此确立了国会不得以弹劾权干涉司法权的传统。

1985年8月26日至9月6日于米兰召开的联合国第七次防止犯罪与犯人待遇大会专门通过了《司法独立的基本原则》(以下称“《基本原则》”),并获得了联合国大会的支持。在《基本原则》中,法官个人独立获得了与法院审判独立同等的强调。第十一条规定“法官的任期、独立、保障、充分报酬、任职条件、退休金及退休年龄都应由法律予以充分的保障”;第十二条规定“无论任命或选举的法官,其任职应一直到法定的退休年龄或规定的任职期限届满为止”;第十八条规定“法官仅因为无行为能力或导致他们不宜履行其职务的行为而受停职或罢免”。另外,第十六条、第十七条、第十九条、第二十条也都规定了法官个人独立的各种保障。

另一方面,进入近现代社会以后,司法权作为一种摆脱了王权控制的独立权力获得了宪法的承认,司法独立具有了除法官个人独立以外的另一种含义,即司法权只能由司法部门而非其他部门行使,这样,司法独立就与分权具有了不可分割的联系。17世纪末,洛克在其名著《政府论》中意识到立法权和行政与联盟权分立的必要性,但他并未对司法权给予太多的关注。现代分权原则的创始人孟德斯鸠在其名著《论法的精神》中,首先明确区分了立法权、行政权和司法权,并提出如果司法权不与立法权和行政权分开,则不会有自由的存在。

从社会发展的角度来看,伴随着社会的发展和劳动分工的细化,现代国家大多承认某种形式的分权,即政府的不同职能由不同的部门履行〔5〕,传统的集行政、司法职能于一个部门的现象在现代国家已经很少见,即使一个独裁政权也不会再由其行政部门作出司法判决。现代政府大多认识到政治合法性的重要性,并且已经至少从法律上建立起了独立的司法。如同一份联合国文件所言,“理解和尊重分权原则对于民主国家不可或缺,对于那些缺乏分权传统而又正向民主转变的国家尤其重要。因此,特别报告人特别强调尊重分权原则和司法独立与公正对于向民主转变国家的极端重要性”〔6〕。

需要强调指出,法官个人独立与法院独立审判是司法独立不可分割的两个方面。没有法院独立,单个法官无法履行其职责;同样,如果法官不能免于其独立判决可能会带来的种种担心,就不可能有独立的审理和判决,也就不可能有司法独立。法院独立审判与法官个人独立之间的关系就如同结构与其组成部分之间的关系。没有一个好的结构,组成部分毫无根据;没有

〔4〕 See, e. g., Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court*, 3 (1993); Morton Horowitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Chapter 1 (1992).

〔5〕 卢曼指出“以职能分工的社会理论作为一般分析框架,我们可以意识到法律制度是社会制度的子系统之一。法律制度以其职能为构成标准”,“职能/系统的构架要求系统的完全自治,因为其他系统无法代替其职能。因此,自治并不是一种期望的目标而是一种必然的需要。由于社会职能的分工,没有一个个子系统可以逃避自治。” Niklas Luhmann, *The Self-reproduction of Law and Its Limits*, in Gunther Teubner (ed.) *Dilemmas of Law in the Welfare State*, 112 (1986); also can see, Niklas Luhmann, *The Differentiation of Society*, 122 (1982).

〔6〕 E/CN.4/1995/39.

组成部分,结构毫无意义。正因为如此,绝大部分国家都是从两个方面来加强司法独立。

在我国,司法独立本来也应该具有上述双重含义,<sup>[7]</sup>因为宪法第 123 条与第 126 条明确规定人民法院独立行使职权,法官法第 8 条与其他有关法律法规则为法官独立行使职责提供了保障。然而,部分地因为对现行宪法 126 条“人民法院独立行使审判权”过于字面的解释,大部分学者和实际部门的同志过去都认为这条规定意味着中国的司法独立只等于法院独立审判,不包括法官个人独立,<sup>[8]</sup>少数人甚至认为我们不能用司法独立这一概念。这种认识直接决定了中国司法制度的框架并严重地制约着司法制度的改革,不论是从法院的内部结构还是从审判方式来看,包括上下级法院的关系及法官个人与法院的关系,中国的司法制度基本上建立在机构独立与统一的观念之上,<sup>[9]</sup>法官个人独立在整个制度中并没有得到承认。<sup>[10]</sup>最近的审判方式改革虽然增加了合议庭的权力,对传统的行政管理方式有很大的触动,但它对整个司法结构和观念并未产生根本的影响。由于对法官个人独立未予充分的重视,司法改革常常忽略了司法独立这一方面,某些现行的改革措施,如错案追究制,甚至在某种程度上与司法独立的目标不相符。错案追究制的设立可能会有提高法官的工作能力或更好地服务民众的考虑,但其直接的目的和愿望是从制度上防止日益严重的司法腐败现象。<sup>[11]</sup>错案追究制尽管可能会对树立法院在群众中大的威信和法院独立审判的形象有一定的帮助,但它并不鼓励法官的个人独立判断,甚至会损害法官个人独立。

## 2. 司法独立的客观依据

司法独立的根本依据在于保护基本人权,这一认识经过历史发展目前已经被国际社会广泛接受。联合国的一项文件指出,<sup>[12]</sup>司法独立更多地是正义的享受者的一项人权而不是司法权自身的一项特权”。除了大量的国际人权文件都规定了司法独立以外,联合国人权委员会设立司法独立特别报告人(Special Rapporteur)本身也能证明司法独立与人权保护之间的内在联系。联合国人权委员会防止歧视与少数民族保护小组委员会经过十多年的研究,于 1993 年 8 月 26 日提出了一项决议,建议设立“一种跟踪司法独立与公正问题的监督机制,并回答对司法独立的各种责难”。联合国人权委员会于 1994 年 3 月 4 日同意了该小组委员会的建议,并要求委员会主席任命一名司法独立特别报告人。人权委员会的决定已获得了联合国经社理事

[7] 实际上,孙中山先生领导下所制定的《中华民国临时约法》就已经明确规定了这两个方面。《临时约法》规定“法院依法审理民事诉讼及刑事诉讼”(第 49 条)、“法官独立审判,不受上级官厅之干涉”(第 51 条)、“法官在任中不得减俸或转职,非依法律受刑罚宣告,或因免职之惩戒处分,不得解职”(第 52 条)。新中国成立后的 1954 年宪法也规定了“人民法院独立进行审判,只服从法律”(第 78 条)。

[8] 可参见如,王怀安:《关于审判方式改革》,《人民法院报》1995 年 7 月 25 日;谭昌华、魏江涛:《试论法院审判制度的改革》,《法学家》1995 年第 3 期。认为我国的司法独立应包括法官个人独立的呼声近年来逐渐加强,可参见如,史焕章、蒋集耀:《法官独立审判探析》,《政治与法律》1997 年第 4 期;陈瑞华:《现代审判独立原则的最低标准》,《中国律师》1996 年第 3 期;王利明、姚辉:《人民法院机构设置及审判方式改革问题研究》,《中国法学》1998 年第 2 期。

[9] “我国的审判独立基本上限于把法院作为一个整体规定其独立于外部社会的各种权力,而对于更高层次上的司法独立则未予以肯定。”贺卫方:《司法改革中的上下级法院的关系》,《法学》1998 年第 9 期。

[10] “我们过去在对审判工作中运用了一些行政手段,叫做层层汇报、层层把关、层层审批。”前引[8],王怀安书。

[11] 肖扬院长在向第九届全国人民代表大会常务委员第七次会议所作的报告中,明确将错案追究制作为清除司法人员腐败的一项制度保障。肖扬,《坚决清除司法人员腐败,努力维护司法公正—关于人民法院开展集中教育整顿的情况汇报》(1999 年 1 月 29 日)。

[12] E/CN.4/Sub.2/1985/18/Add.1-6.

会的批准。<sup>〔13〕</sup>

司法独立保护人权的功能根植于司法权的性质。首先,与立法权和行政权相比,司法权是一项消极的权力,仅当有案件或争议时才能行使,因此,司法权不可能积极主动地去干预公民的权利和自由。相反,在现代福利国家,立法权和行政权往往必须主动干预社会生活,不断有所创新,这就必然会导致利益冲突,有时还会侵犯个人的权利和自由。其次,司法过程与程序密切相关,包括政府在内,司法过程的所有参加者都必须遵守同样的程序规则,这就使每一个参加者享有同等的机会,对最后的结果具有同等的影响力。相反,立法过程和行政过程往往会受到利益团体的选票、金钱或其他资源的影响,资源和财富的多少对于立法和行政的最后结果可能具有决定性的影响。再次,司法权的唯一目标是适用宪法、法律和法律的一般原则,舆论观点或者流行讨论并不能影响司法过程,而最为重要的法律原则是人权原则,因此,司法过程可以将人权保护放在重要的地位。相反,立法部门和行政部门不断暴露在舆论的压力之下,有时难免顺从公众的要求,人权保护并不总是能够占据重要的地位。最后,实际上也是司法过程最重要的特征在于司法权独立于立法权、行政权、社会舆论以及任何特定性利益的独立性,这种独立性可以最大限度地保护人权。

除了保护人权以外,司法独立也可以维护社会稳定和政治秩序。独立的司法可以在人民中赢得权威和合法性,如果任何团体或个人觉得受到政府或其他人的不公正待遇,法院往往会成为他们的最后选择。通过公开和独立的审判,败诉方会承认其失败并接受最后的结果,这可以实质性地降低社会的矛盾和冲突,维护稳定的社会和政治秩序,这样,公正的司法可以是社会冲突的最后防线。如果人们对司法独立以及整个司法权丧失信心,他们会觉得无处获得公正和正义,他们也不会接受现存的社会秩序和资源分配,唯一对于他们公正的解决办法只能在现存的社会制度之外找寻,而这迟早必然会导致对现存社会和政治制度的某种反抗。可见,没有公正和司法独立便不可能有持久的稳定和安宁。尤其对于变革社会而言,司法独立还具有促进国家发展和现代化进程的作用。在发展中国家,现代化的过程实际上是统一市场的形成过程和打破旧的利益格局的过程。在此过程中,传统的既得利益者必然以各种方式对新体制加以阻碍,改革的拥护者也会在新体制最终成型以前尽量多分割一些实实在在的利益,甚至延缓新体制的诞生时间。一个独立公正不依附于任何特殊利益的司法制度对于打破分割、维护社会统一和推进现代化进程具有非常重要的意义。

### 3. 我国司法独立的实现途径

发展中国家法治发展规律的特殊性决定了我国司法权威的确立必须同时从两个方面进行:认识上保持开放与组织上坚持自治。所谓认识开放,是指法院和法官除了熟悉普通法律知识和具备一般业务能力以外,还应该对现代化的规律、国家的发展阶段、国家和人民的长远利益与眼前利益的关系、司法独立与司法开放的关系、政治体制的长期与短期承受能力、法律条文与法律原则、法律条文与现实需要、司法自我克制与司法能动性、法律的量变与质变等问题都有清醒的认识,主动自觉地使司法工作作为国家的现代化服务,并抓住每个机会推进司法独立和树立司法权威,而不是不问政治机械地适用法律规则。要实现这种认识开放,除了大幅度地提高司法人员的素质使其具备相关的认识能力以外,制度上也应该为此作出必要的保障和制约,使司法人员有充分的制度依据而不是根据自己的主观好恶进行取舍。所谓组织自治即自

〔13〕 E/CN.4/1995/39.

我管理,是指与司法权和司法活动有关的一切环节,包括司法人员的选拔、奖惩、监督、考核、培训、调动、提拔、待遇,案件的审理、决定过程,内部讨论、错案纠正等,都应由司法机关自己掌握和作出最后的决定,尤其是当审理具体案件时,司法权应免于受外界的任何影响和压力,完全根据自己的判断来决定案件的结果。易言之,所有与司法有关的过程只能由司法机关裁夺,任何一个司法决定只能由另一个司法决定加以改变。

在近年来我国的实际生活中,司法的认识开放与组织自治的能力都得到了一定的加强。“三个有利于”、“综合治理”、“惩治腐败”与“经济审判为经济改革服务”等方针的提出和广泛实践,加强了司法队伍在新形势下适应改革开放大局的能力,法官素质的逐步提高也为认识能力的提高打下了坚实的基础。同时,一大批保障独立审判的法律、法规和司法规定的制定,加之现实生活中人民法院创造出来的使法官免受外界不当干扰的各种经验,使法院逐步在向自我管理的正确道路上向前迈进。但是,这两个方面在我国都还不尽如人意,在某种程度上可以说是开放认识能力有限,自我管理能力强,因此,中国司法独立的真正实现还需要相当长的历史过程和努力。

## 二、司法开放性是司法权威和独立的最终力量源泉

### 1. 司法开放的含义及必要性

司法开放主要是指法官与法院的认识开放,不能仅仅就法论法,而要充分发挥法律制度的工具作用,并对自发的制度创新进行客观的评价与判断。作为国家机关之一,司法机关通常由立法机关或行政机关提名或任命,并负责执行法律。因此,在任何情况下,司法机关都不能超越法律或在法律之上,而只是受到法律约束的执法机关之一,它必须与其他执法机关共同工作。除此以外,每一个法官都是一个普通的人,有自己的生活、家庭、事业、信仰、爱好、感情和其他社会联系,并随时暴露在各种外界因素面前。这样,司法权必须而且不得不对外开放,并在这种开放中履行其职能。当特定的法律模糊不清时,司法机关应求助于立法史以明确立法目的;疑难案件中,司法机关应了解社会大多数人的根本利益并根据社会的根本利益作出选择;当成文法或者现行法律不能提供明确的答案时,司法机关应求助于法律的基本原则;司法机关应经常了解法律在行政管理实践中是如何应用的并将这种通常的做法与特定的案件进行比较;在某些案件中,司法机关对于行政机关对事实问题和政策问题或自由裁量权问题的判断应有某种程度的尊重。从这一角度来看,司法开放并不是现代社会独有的特征,而是所有司法过程的基本特征。

当然,司法开放对于现代社会和转型社会显得尤为重要。在传统的自由资本主义时代,政府通常并不干预市场,法律制度和司法权自治于社会的其他子系统如经济、宗教、政治等,并不受他们的影响,以保持法治的权威。因此,在自由主义阶段,法律制度尤其是司法制度的自治非常重要,司法的开放性相对而言强调得并不多。在现代干预主义国家,除了市场的自发作用以外,国家会以不同的形式对市场进行调控,而法律是国家干预市场的重要手段之一。为了最大限度地发挥法律的调控作用,法律制度和司法制度必须回应社会的其他子系统,并在不同的

利益之间保持平衡<sup>[14]</sup>。尤其对于自传统社会向现代社会转变的发展中国家而言,除了个人的首创性以外,整个市场机制的形成过程实际上是在政府的推动下进行和完成的。在此过程中,由于社会转型,法律制度和规则总不完善并处于不断的变化之中,很大程度上,法律制度形成于它与变革实践的互动之中,这样,法律制度和司法制度的开放性对于整个变革过程及其最后成功具有举足轻重的作用。对于“书本上法律”未能加以规范的大量的自发制度创新,只有保持整个法律制度和司法权的开放性才能加以客观的评价,而不是简单地予以否定。并且,如前所述,就发展规律而言,发展中国家的法律制度必须一步从传统法直接过渡到现代法。然而,由于早期发达国家的示范作用和自由主义时期形成的古典法治观念的巨大影响,加上现代法的特征在许多方面与传统法暗合(传统法、自治法、现代法是一个正、反、和的辩证发展过程),这就使渴望尽快从传统中超越并清除传统法影响的发展中国家的民众容易对现代法产生误解(误解为是传统法的翻版)并加以排斥。换句话说,发展中国家政治领导人和民众对于法律的认知存在着一定的差距。为现代化考虑,政治领导人需要的是能促进现代化过程的现代法,而民众可能更容易接受相对独立的自治法而不是开放的现代法。这就使建立开放的法律制度和司法制度更加困难,当然也益显重要。

保持司法开放并不意味着也不应该否定司法独立,因为没有独立的法律制度法和司法制度,追求司法开放毫无意义。因此,司法开放是在司法独立基础之上的开放。司法独立的地位越牢固,就越容易对外开放,司法独立可以说是司法开放的前提和不可分割的组成部分。但是,司法独立并不等于也不可能总是保证司法开放。司法开放实际上为司法独立提供了新鲜空气和血液,是司法独立的基本条件和保障之一。由于成文法的局限性,法律规则并不总是能够为疑难案件提供答案,在此情况下,法院的最后判决往往必须建立在对现行规则、实践需要和利益平衡等的全面分析的基础上,保持一种开放的方式。可见,司法独立与司法开放之间的这种辩证关系正是保持司法统一的最根本力量来源<sup>[15]</sup>。

新政时期的美国联邦最高法院为司法独立和司法开放之间的相互关系提供了最好的例证。新政时期,为摆脱20年代和30年代的经济大萧条,美国社会经历了一次根本的变革,从自由主义转变成为国家干预主义。在此期间,国会通过了一大批法律,授权行政机关制定实施细则。然而,美国联邦最高法院拒绝正视社会变革的现实,仍然机械地固守传统的不授权原则,不允许国会将立法权授予行政机关,并宣布了一大批社会立法违宪,包括工业复兴法和农业调整法<sup>[16]</sup>。司法权的这种自我封闭险些导致罗斯福总统改组最高法院,以打破司法权的封闭状态。最后,最高法院接受现实并改变了态度,承认授权立法的合宪性,由此避免了行政权对司法权的介入,维护了司法权的统一和权威,在这个事例中,司法独立不是通过自我封闭而是通过其开放性得以维护。

## 2. 司法开放的制度保障

[14] 诺尼特和塞尔兹尼克明确指出自治法的主要特征是“法律制度的相对自治性”,而回应法的主要特征是其开放性。Philippe Nonet & Philip Selznick, *supra* n. 2, 53, 73.

[15] 对于法律制度自治和开放之间的辩证关系,卢曼认为,“法律制度在规范层面上是一个封闭的系统,但同时在认识层面上是一个开放的系统。根据系统理论的新近发展,封闭和开放不再被视为相互矛盾,而是互为条件”。Luhmann, *supra*, n. s., *Dilemmas of Law in the Welfare State*, 113.

[16] 可见,Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 362-369 (1988) 2<sup>nd</sup> ed.; Bernard Schwartz, *supra*, n. 5, Chapter 10.

如前所述,司法开放指的是司法活动的一种认识开放,并使司法活动主动与国家的根本利益和社会发展相适应,为此,必须有一系列的制度保障,使司法权能够实现或保持一种开放的认识。这样的制度保障主要涉及两个方面:一是从正式的制度渠道保证司法机关认识的开放性,二是从非正式的渠道提高司法人员开放的认识能力。由于司法过程既体现为一种法院的正式审判活动又体现为法官个人的工作,非正式的开放渠道与正式的开放渠道同样重要。除此以外,由于开放总是不同的社会子系统之间相互和相对而言的,司法开放因此既可以是积极或主动的,也可能是消极或被动的。

### (1) 司法开放与人大监督

司法开放的最常见的正式制度渠道是司法权与政府的其他组成部分之间的关系。在议会主权的政体之下,司法权应严格执行议会的意志,如果议会对法律问题有明确的答案,法院应严格遵守。例如,在英国,贵族院实际上是国家的最高司法机关,其议长同时是贵族院首长、首席大法官和内阁成员,而英国的法院系统由贵族院议长办公室(Lord Chancellor's Department)直接管理<sup>[17]</sup>,这种制度设计可以充分保证议会与法院的相互联系和司法开放。在分权制衡体制之下,尽管司法权在制度上并不隶属立法机关,但立法机关是法律制定机关而司法机关是法律实施机关,司法权因而必须通过立法机关来明确法律的含义。即使在司法权相对于其他国家来说十分强大的美国,其司法部门也早已承认司法与其他部门积极联系和沟通的必要性,并在基层和巡回法院两级设立了与议员的非正式沟通渠道。为加强沟通的质量和持续性,美国联邦最高法院和美国司法联合会(Judicial Conference of the United States)建议在联邦法院设立一个常设的委员会,由联邦政府行政、立法和司法部门的人员担任其成员,不断对与联邦法院有关的问题进行研究并定期提出建议<sup>[18]</sup>。

在我国,各级人民代表大会是国家的权力机关,人民法院应对人民代表大会负责并报告工作,而且所有的法官由人民代表大会选举和罢免。这一制度安排有利于人民代表大会和人民法院的沟通,同时也使人民代表大会对人民法院的监督成为近年来一个热点问题。尽管大多数人同意加强人民代表大会对人民法院的监督作用,但对于这种监督的形式、目的和范围等却有很多不同的看法。在少数地方,一些人大以监督为名迫使法院听从其意见,使人大变成了实际上的审判机关,这种情况严重地危害了司法独立,也有损人大的权威。从很大程度上讲,目前对于人大监督问题的讨论和争论实际上忽视了这种监督的性质或目的这一基本问题。从司法开放性的角度来看,人大对法院的监督应考虑以下几点:第一,作为人民代表机关,人大监督的性质或目的是保证司法活动的开放性,并从宏观政治的角度保证司法工作符合国家的根本利益或人民的意愿,这是转型社会对独立的司法权力的一项根本要求。法院对于具体个案的处理,属于司法权的范围,人大不宜介入,否则会影响司法独立。对于清除法院内部的腐败问题,应通过具体的制度设计来加以解决,最好由司法机关自我控制,不宜通过人大监督来解决。第二,人大监督只是保持司法开放的一系列制度措施中的一种,只有当其他的措施一起起作用时,人大的监督职能才能起作用。假设法官非常机械,没有创造性地适用法律的能力,不

[17] 可见, Robert Stevens, *The Independence of the Judiciary: The Views from the Lord Chancellor's Office*, (1993); Herbert M. Kritzer, *Court, Justice, and Politics in England*, in Herbert Jacob et al., ed. *Court, Law, and Politics in Comparative Perspective*, 81 (1996).

[18] Stephen G. Breyer, *Judicial Independence in the United States*, 40 *Saint Louis University Law Journal*, 989-996 (1996).

管人大监督多么有力,也不可能有一个开放的司法,法官甚至会在强大的监督面前失去其独立性。因此,与其单独强调人大的监督职能,不如将监督问题放到建立一个开放的司法所需要的整体制度框架中去加以考虑。第三,作为建立开放的司法的一部分,也为了减少对司法机关的不必要心理压力,政策和舆论应更多地强调法院和人大之间的双向交流而不仅仅是人大对法院的单向监督。

## (2) 行政裁判权与司法开放

司法权与行政权之间的正式制度渠道以最先产生于普通法国家随后在大陆法国家也变得越来越常见的独立行政裁判机构最为典型<sup>[19]</sup>。传统制度下,只有司法机关能够行使司法权,解决案件或争议。行政机关只负责行政管理,无权解决具体纠纷。然而,随着福利国家的出现,各种争议大量产生且越来越复杂,法院变得越来越不宜于解决复杂的技术案件,由此而产生了集立法、行政和裁判权力于一身并超越传统三种权力划分之外的第四个政府机构——独立行政裁判机构。从司法开放性的角度来看,独立行政裁判机构起到了重要的作用。尽管独立行政裁判机构行使裁判权,可以对各种争议进行处理,但由于独立行政裁判机构受法院的司法审查控制,法院因而可以监督独立行政裁判机构的活动并保持法治的统一。同时,面临着大量复杂的新型案件和技术问题,由于先由独立行政裁判机构进行处理,法院因而不需要深入到过于专业的细节之中,只是对独立行政裁判机构决定的合法性和合理性进行审查,并可以视情况对独立行政裁判机构所决定的事实问题或技术问题予以一定程度的尊重。可见,独立行政裁判机构的出现既维护了法治的统一又促进了司法开放。<sup>[20]</sup>

在这一领域,我国仍然未能完全理顺法院和行政管理部門的关系。在某些领域,法律要求行政管理部門首先解决争议,当事人不服则进入司法程序。进入司法程序以后,目前有两种解决办法,或者是行政诉讼或者是民事诉讼。就行政诉讼而言,法院对于行政管理部門所认定的法律问题和事实问题究竟在多大程度上予以尊重,在什么情况下应加以推翻,目前仍未能形成原则。就民事诉讼而言,目前最大的问题在于完全不考虑行政管理部門先前所做的工作,由法院对所有的问题重新进行调查,这既不符合效益原则也不利于行政管理权威,可以考虑将民事诉讼归入行政诉讼或者取消行政管理部門的先行处理程序。在其他一些领域,法律则没有上述由行政管理部門先行处理的要求,当事人既可以诉诸行政管理部門,也可以直接诉诸司法部門。问题在于,一旦当事人首先选择行政程序,其最终结果将由行政诉讼决定;一旦当事人首先选择司法程序,其最终结果将由民事诉讼决定。在某些有利可图的领域,这会造成行政机关与司法机关争抢管辖权的现象,助长不正之风;在困难的领域,则会造成行政机关与司法机关相互推诿的结果,不利于当事人实现权利。而且,如果当事人之间选择了不同的救济方式,即有人首先选择行政程序,有人首先选择司法程序,则后果可能是两种救济方式并存,最后对同一问题出现行政与民事两份判决,甚至是相互矛盾的判决。<sup>[21]</sup>显而易见,目前我国仍未能合

[19] 可见如, Jean- Paul Costa, *The Independent Administrative Authority*, in IIAP, *An Introduction to French Administration*, 113(1996).

[20] 美国法官 Jackson 于 1952 年写道,“独立行政裁判机构的兴起可能是上一个世纪最为重大的法律趋势,今天,也许更多的价值是受它们而非法院的决定所影响。”引自, Mary Ann Glendon, et al., *Comparative Legal Tradition*, 247(1994 2<sup>nd</sup> ed.).

[21] 可参见如,王光辉:《一个案件,八份判决:从一个案件看行政诉讼与民事诉讼的交叉与协调》,《中外法学》1998 年第 2 期。

理地界定法院和行政管理部门的职责范围,有时法院承担了行政管理部门的职责。这种情况的后果之一是法院变得越来越行政化,法官越来越像行政管理专家。<sup>[22]</sup>这种趋势与司法开放性的要求背道而驰,应尽快加以制止,以实现司法权与行政权的平衡。

### (3) 司法救济权与司法开放

除了通过国家机关间的相互关系渠道以外,司法权对公众开放也是保持司法开放性的重要制度保障。司法对公众的开放表现在两个方面:公众应有机会求助于司法公正,并且,整个司法公正的过程(除极少数例外以外)都应是公开的。

公众有获得司法救济和公正审判的权利是现代国家的一项基本特征,也是司法权威和尊严的力量来源。只有当公众可以向司法机关寻求救济时,司法权才能获得权威和公众的认同。从国际社会的发展趋势来看,以下这些制度对于实现公众获得司法救济的权利起到了重要的作用:第一,司法权的作用范围包括对法律和其他规则的合宪性的司法审查范围迅速扩大,从某种程度上讲,政治问题的法律(司法)化已是一个国际潮流。<sup>[23]</sup>这一趋势对于司法权而言至少产生了两个结果:一方面,当司法机关行使司法审查权而非传统的审判权时,它们变得越来越多地求助于法律原则或政策考虑,也变得越来越开放;<sup>[24]</sup>另一方面,随着司法权作用范围的扩大,公众可以在更多的领域求助司法公正,由此而增强了司法权威和尊严。第二,有效获得司法救济的各种障碍如律师费及法院收费等被减少或废除。例如,传统的法律援助制度是一种免费代理,穷人只能得到年轻的和没有经验的律师的帮助。为解决这一问题,德国魏玛共和国时代就开始了新的探索,其经验由二战以后的英国工党政府加以改进,由国家按稍低于正常的律师收费标准给提供法律援助的律师付酬,而律师由当事人自己选择。在美国,自60年代以来,政府开始雇佣专职法律援助律师。在法国,1972年的一项法律以国家付酬的法律援助制度代替了原来的免费法律援助制度。关于法院收费,美国联邦最高法院和意大利宪法法院曾分别判决预收原告诉讼费的要求违宪。<sup>[25]</sup>第三,加快审讯的速度以保证公正的及时性。欧洲理事会部长委员会1981年5月14日通过的第7号建议明确提出“应采取一切措施以最大地减少作出判决的时间”。为实现这一目标,许多国家都在积极推动非诉讼方式如协商、调解、仲裁,同时减少法官的非司法任务,建立独立行政裁判机构以分流案件,简化法院程序,在适合的案件中推行独任法官判案,增加法院工作人员以及改善法院工作条件等。

寻求司法公正的范围在我国仍然比较有限,法院也只是承担着传统的执法职能。根据行政诉讼法,只有具体行政行为可诉,而且只有侵犯人身权和财产权的行政行为才在行政诉讼的受案范围之内。对于抽象行政行为或者具体行政行为和抽象行政行为之间的行为以及影响受教育权、劳动权、政治权利等行政行为仍然无法实现司法救济。并且,根据现行法律的规定,法院仍然被视为执法机关,无权对法律问题做最后的决定,法律解释权由立法机关、行政机关、检察机关和法院分别行使。由于这些制度安排与司法权的性质不甚吻合,其实施已遇到了各种各样的困难并在实践中以不同的方式受到了一定的突破或修正。例如,一些法院已经将受教

[22] 从人民法庭的越来越细化可以略见一斑,有些地方甚至设立了人民法院组织法没有规定的专门法庭。

[23] 可见, Mauro Cappeletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Chapter 3 (1980); 对于法律化的一般趋势的论述, 可见, Jurgen Habermas, *Law as Medium and Law as Institution*, in Gunther Toulner (ed.) *supra*, n. s., 204 - 209.

[24] “高等级法院行使的权力越大, 它就越有可能根据政策考虑制定判决”。Herbert Jacob, et al., *supra*, n. 17, 7.

[25] See, *Boddie v. Connecticut* 401 U.S. 371 (1971); Italian Constitutional Court, Decision of 23 Nov. 1960.

育权解释为入身权并受理了有关的诉讼,而相当数量的法院都在选择适用的名义下实际上行使着法律解释权。然而,总的看来,传统的对司法权的认识目前仍然占据着主导地位并制约着司法权发挥更大的作用。要建立一个开放的司法和司法权威,有必要重新思考上述根本问题,加强司法权在社会生活中的作用。除此以外,另一个根本的问题是司法判决的执行。目前,法院判决的不能执行已经成为一个严重影响司法权威和形象的问题,如果法院的判决执行不了,所有其他一切改革都会变得毫无意义。同时,为加速实现司法公正,法律援助制度、法院收费制度、便民审判做法、法院的工作条件以及内部工作程序等也都需要相应的改革和加强<sup>[26]</sup>。

#### (4) 司法过程公开与司法开放

司法过程公开不仅是司法开放性的一个重要方面,能促进开放的司法认识,也是被告的一项基本人权和法治的一项基本原则。联合国人权宣言第10条,公民与政治权利国际公约第14条,欧洲人权公约第6条,美洲人权公约第8条等一大批国际法律文件都规定了这一原则。从这个角度来看,我们应该对最近受到大力提倡的公开审判做法予以充分的肯定。另一方面,我们也应该对公开审判有一个全面和客观的评价:第一,公开审判只是司法过程开放的渠道之一,诸如陪审制度和判例制度等也是司法过程对公众开放的重要渠道。陪审制度的功能和最初目的在于由公众的代表按照常识而不是专门的法律知识来对案件作出决定,由此而减少法院与公众的距离<sup>[27]</sup>。判例制度为公众尤其是学者提供了学习、评论、评价或甚至批评判决的机会,由此而对法官判决案件产生一种无形的影响,促使法官采取一种开放性的认识。事实上,甚至法院判决的形式也对司法过程的开放性起着重要的作用。一个结构严谨、推理充分的判决有助于司法过程对公众开放;而一个以法律作大前提,事实作小前提,判决作结论的简单判决很难在公众中获得认同或回应。<sup>[28]</sup>可见,尽管公开审判的作用无论如何强调都不过分,但一个公开的司法过程所要求的远远不只是公开审判,我们应该在坚持公开审判的同时,尽快启动其他相应方面的改革。第二,即使对公开审判本身,也有许多相关联的问题需要解决。如司法独立与言论自由的关系以及某些人的言论自由与被告人的公平受审判权之间的关系,在不同的国家有大不相同的处理方法,在我国也成为司法实践中的一个新问题。尽管公开审判对于防止司法武断和保护当事人的合法权利有着重要的作用,而且,舆论对司法审判的监督对于公正司法也有着重要的作用,但在某些情况下,舆论如果处理不当,也可能对公正审判和法院权威造成破坏性的影响<sup>[29]</sup>。

#### (5) 司法开放的非正式渠道与法官行为准则

[26] 革命根据地及新中国历史上曾经有过的便民审判制度,如不收诉讼费、调解制度、人民法庭、巡回审理、就地审判等实际上暗合了司法开放性的要求,因而获得了人民群众的支持。如果我们对某些地区,尤其是经济改革前沿地区近年来的审判成就进行实证分析,不难看出,许多改革措施正是因为符合司法开放性的要求而在实际生活中获得了承认和发展(可参见如,王长营:《深圳法院十年审判工作的回顾与前瞻》,《法学评论》1994年第1期)。对于一些便民审判做法,一些学者从司法权的性质及民主与司法的关系等方面提出了一些批评意见(见贺卫方:《中国司法管理制度的两个问题》,《中国社会科学》1997年第6期;陈端洪:《司法与民主:中国司法民主化及其批判》,《中外法学》1998年第4期)。笔者认为,产生于实践的便民做法只要不与司法改革的其他目标矛盾,就应予以肯定和推广,不应简单地加以否定。

[27] 有关陪审与开放性的关系,可参见赵宇红:《陪审团审判在美国和香港的运作》,《法学家》1998年6期。

[28] 对我国裁判文书现状的分析,可参见罗书平:《审判方式改革与裁判文书质量》,《法律文书与行政文书》1998年第3期。

[29] 舆论对司法的不当影响近来时有发生。某些记者甚至兼任律师或为律师服务,以其身份对法官施加不当影响。具体个案可见杨启启:《不是错案怎么纠》,《人民法院报》1999年2月3日。

与正式的渠道相比,非正式的渠道更灵活多样,涉及的面也更广。法官的认识能力可能有意无意之间受到其大学法律教育、社会流行思维方式、生活经历、成为法官之前的工作经历、政治信仰、宗教信仰甚至其家庭成员的影响。因此,非正式渠道的核心在于使法官了解法律条文之外的社会现实,了解当法律规定模糊时怎样决定疑难案件,了解法官依据法律而非个人好恶决定案件的必要性。显然,非正式渠道并不只限于司法制度,它们与法律教育、政治制度、哲学、宗教和整个社会制度紧密相关,因此,要真正提高法官的认识能力,必须进行全面的改革。当然,作为司法活动场所的司法制度改革对于法官认识能力的提高具有直接的现实意义:通过吸收有律师实践经验或其他经验的人员成为法官(这在普通法国家非常普遍),可以缩短法律规则和现实的距离;通过制度渠道便利法官了解现实,可以在一定程度上弥补缺少实践经验的法官的缺陷<sup>[30]</sup>;通过邀请专家解决特别问题,法官的专业能力可以得到互补<sup>[31]</sup>。目前,我国的法官主要来自法学院系的应届毕业生和复转军人,大多在成为法官之前并没有行政管理或律师实践的经验,由于社会的快速发展,许多法官并不熟悉相关的领域,并不具备解决疑难案件的能力和知识。要保持司法开放,就必须通过一定的渠道提高法官的认识能力和工作能力。

由于法官握有决定他人权利义务的大权,为提高法官认识能力而设立的渠道必须保持其纯洁性,以避免使这种渠道成为对法官不当干预或影响的通道。为此,一个明确的法官行为准则对于指导法官的行为尤其具有重要的意义。如果没有明确的行为规范,法官有可能在这种非正式的渠道中受到污染或失去其独立性,在一些国家,如美国,就专门制定了系统的法官行为准则以指导法官的行为。在我国,尽管有一些法官行为规范,但它们分散在不同的法律法规之中,尤其是刑法和刑事诉讼法之中,并且大部分都是针对法官的违法犯罪行为,而不是对法官行为规范的系统要求。目前,还有许多方面法律并没有加以规定,如法院内部的决策程序、利益冲突的认定,法官与当事人或律师的见面,法官的勤勉义务,法官的披露义务,法官维护法律统一的义务,法官的公众形象,法官参与政治活动的范围等,有必要归纳整理并制定尽量详细的法官行为准则,厘定法官的行为方式和范围。

### 三、司法能动性是司法独立和司法开放的条件

#### 1. 司法能动性的含义及存在根据

司法能动性是指司法机关在处理具体争议时,除了考虑法律规则以外,还要考虑具体案件的事实、法律原则、案件的社会影响、道德、伦理、政策等因素,在综合平衡的基础上作出最后的决定。司法能动性的根据主要有以下几个方面:

首先,它是司法开放的必然要求。如前所述,司法独立和司法开放之间并不总是能够相互协调,它们之间存在着一种内在的冲突。一方面,司法权必须保持独立和组织上的自治,与社会的其他子系统之间保持一定的距离;另一方面,司法权必须通过具体的制度保持认识上的开放并在动态中进行选择。然而,组织自治有时可能会阻碍认识上的开放,极端情况下甚至会使整个组织走向自我封闭;认识开放由于需要相应的制度才能实现,而这些制度有可能会影响组

[30] 大陆法国家的法官在成为法官前大多没有实践经验,但在许多国家都有一些补救办法。在挪威,现任法官可以同时兼任司法以外的职务;在法国,最高行政法院的法官可以暂时(最长达六年)离开法院到其他领域(包括私营领域)任职,大部分法官都会选择离开一段时间。

[31] 在法国,最高行政法院经常聘请社会贤达到最高行政法院任职,最长达四年。

组织的自治,使认识开放的渠道变成成为干预或影响司法独立的跳板。这样,司法过程常常要在组织自治和认识开放之间保持平衡和进行选择,组织自治而不封闭,认识开放而不屈从。这种平衡的保持需要一种创造性的工作,一个机械的司法不可能保持这种平衡,不可能在维护司法独立的同时推动司法的不断进步。

其次,法律规范与现实之间需要连接。司法活动与法律规范的解释和适用紧密相联,必须将已经存在的规则适用于社会现实。由于法律规范和社会现实之间的距离,使法律解释和法律适用的过程不可能是一个“对号入座”的简单过程,而是一个创造性的过程<sup>[32]</sup>,司法权必须缩短现实和法律之间的距离。在绝大部分案件中,法律和现实的距离并不明显,司法过程看来只是一个简单的法律适用的过程,并不需要司法创造性。然而,即使在这些案件中,也决不是一个简单的机械过程,法律很少也不可能为具体案件提供明确的捷径或直接的答案。在主观创造的法律和客观的现实之间必须有一个创造性的过程来加以连接,因为这个过程是主客观两个世界间的桥梁。

第三,规范用语解释的需要。法律规范的用语有时会模糊不清,产生歧义或可以作多种解释,这使得在疑难案件中极易造成可能同时有几种结果的不确定性。尽管立法者在立法时会尽量减少语言所带来的不确定性,但不可能完全消除语言的确定性问题。<sup>[33]</sup>由于多种可能性的存在,就使得法院的法律解释和适用过程必然是一个带有选择的创造性的过程。<sup>[34]</sup>为了在这个过程中减少司法机关的自由裁量权,一些国家曾尝试着:(1)要求司法机关将模糊的法律规定提交立法解释;或者,(2)制定解释规则以约束司法机关的法律解释。然而,对于前者而言,除非立法机关想行使司法机关的裁决权,将所有的法律问题提交给立法机关实际上行不通。<sup>[35]</sup>而且,究竟是否存在模糊的法律规定以及是否要将问题提交给立法机关仍然需由司法机关认定和决定,因此,这种办法并不能完全消除司法裁量权。对于后者而言,解释规则本身也是法律规定,与其他法律规定一样,解释规则也存在不确定问题,“解释规则尽管可以减少不确定性,但不能消除不确定性,解释规则 and 任何法律规则一样,它们本身也需要解释”。<sup>[36]</sup>而且,解释规则并不总是协调一致的,不同的解释规则可能会指向完全不同的方向,<sup>[37]</sup>因此,解释规则不能完全消除司法裁量权。

第四,认定事实的需要。司法过程中,除了法律问题以外,法院也要处理同样需要司法创造性的事实问题。事实是过去发生并且不能重复的客观存在,法院所做的是依据法律和推理,

[32] 最高人民法院副院长祝铭山明确指出:“在立法滞后的情况下,司法工作人员的法律知识和主动精神便会发挥很大的作用。立法是司法的前提,这是一般情况;有时司法可以‘超前’,这是特殊情况。”祝铭山:《社会主义市场经济与司法工作》,《中外法学》1993年第5期。

[33] “不仅是法律领域,在所有的领域,语言本身在指导行为方面都有内在的局限性。”H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 123(1961)。

[34] “无论解释者是否意识到,任何种类的解释内在都有一定程度的创造性和裁量权。”Mauro Cappelletti, *supra* n. 23, 5.

[35] 大陆法国家历史发展可以最好地说明这一问题。1794年的普鲁士法律包括17,000条,详细规定了具体的“事实情况”,法官被禁止解释法律,否则会被严厉处罚。1804年的法国民法典继续禁止法官解释法律。然而,1896年的德国民法典进步了一些,德国人设立了一个有权审查下级法院判决法律正确性的最高法院。1907年的瑞士民法典指示法官在所有的解释帮助失败以后,应假设他是一个立法者时会采用的规则来解释法律。到1942年的意大利民法典,法官可以“根据国家法律秩序的一般原则”决定案件。当今,大陆法国家的法官正在起着越来越大的作用。见, J. H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, 26-47(1985)。

[36] Hart, *supra* n. 33, 123.

[37] 可见如, D. Neil MacCORMICK, Robert S. Summers, *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, 461, 511(1991)。

并根据证据,证明事实的存在。因此,法官所发现的事实是法官认为已经发生的事实,并不与客观事实必然对应,它们可以被称为受到证据支持的法律事实,而不是客观事实本身。为了获得事实,法院需要审查证人证言、专家意见、物证、书证、勘验报告或试验报告等,并从中得出有关事实的结论。法院应仔细地审查证据并决定哪些证据可靠,哪些证据应予以排除。实际上,“法律事实只是法官或陪审团对于证供的一种反应,法律事实只是对客观事实的一种猜测”,<sup>[38]</sup>在确定事实问题的过程中,法院必须有所选择,其决定必然也包含着能动性。

除了法律问题和事实问题以外,司法过程还要考虑政策问题。政策问题对于确定法律问题和事实问题也有帮助,当法律和现实不符,或当合法性与合理性矛盾,或当无法确定事实问题时,法院可以根据政策考虑保持利益平衡。更重要的是,法律问题、事实问题和政策问题的界限是灵活可变的,在许多情况下,甚至不可能在事实和法律之间进行明确的划分,某些问题既可以被归为法律问题或政策问题,也可以被归为混合问题。这样,政策选择的过程必然是一个创造性的过程而不可能是机械的过程,法院必须综合所有有关的法律因素和非法律因素并作出最后的决定。

中国是一个建立在议行合一原则之上的国家,成文法是主要的法律形式而判例法在实践中的作用非常有限。中国的法官只是依法履行审判职能,无权解释法律或监督法律的实施。对于司法实践之中的许多问题,几乎所有的法治支持者都主张制定更多的详细规定而不是发挥法官的司法能动性。<sup>[39]</sup>应该承认,这种现象的出现在一定程度上是前些年我们立法工作强调宜粗不宜细,法律规范缺少可操作性的直接反映,它提示我们在立法过程中应该更加讲求实际,避免法律规定的空泛化和形式化。同时也应该看到,由于我们过于单方面强调法律规定的严密性而忽略了司法权应有的能动作用,二十年中尽管我们在法治建设上取得了巨大的成就,司法能动性却一直未得到充分的发展,大部分的法官仍习惯于将困难问题提交给上级决定,习惯于按红头文件办事。从某些方面看来,似乎法律越多,司法能动性就越差,这显然与现代化对司法权的要求不符。与之形成鲜明对照的是,最高人民法院则大量制定司法解释和批复,在一些方面行使着事实上的立法权,并由此而固化了法院系统内部的行政管理方式,不利于独立审判的实现。显然,司法机关本身已经在这方面落后于实践的需要,司法改革必须将司法能动性列为一项重要的方向。

## 2. 司法能动性的实现形式

司法能动性应该有一定的客观依据或实现形式,而这种依据主要就是法律原则或标准,<sup>[40]</sup>它们既能克服法律规则僵化性的缺陷又能避免法官专横或受到各种不当影响。<sup>[41]</sup>司法过程通常被分为程序阶段和实质审理阶段两个基本阶段。在程序阶段法院需确定“是否行使司法权”,在实质审理阶段法院需确定“怎样行使司法权”,法律原则在这两个阶段都为司法能

[38] Jerome N. Frank, *Courts on Trial*, 110(1949).

[39] Lubman 正确地指出,“中国的领导人和官员经常谈论现行法律制度不完善,但他们所希望的完善只是片面地强调法律规定的数量而不是法律的具体实施”。Stanley Lubman, *Studying Contemporary Chinese Law: Limits, Possibilities and Strategy*, 39 AM. J. COMP. L. 320(1991).

[40] 一般来说,原则(principle)更抽象而标准(standard)相对具体一些,在这里也许使用标准更恰当,可参见庞德所做的区分, Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, 55(1922); 诺尼特和塞尔兹尼克使用“目的”(purpose)来表达类似的观点,见, Nonet & Selznick, *supra*, n. 2, 80.

[41] 这是世界上许多成功法典的基本经验之一。法国民法典、德国民法典、瑞士民法典和美国宪法的制定者都选择了一般性条款的灵活性而不是非常具体的规定。见, Mary Ann Glendon, et al., *supra*, n. 20, 54, 63.

动性提供了重要的帮助。<sup>[42]</sup>

### (1) 程序阶段法律原则的作用

不论司法权在一个国家起多么大的作用,司法权必须有一个合理的作用范围,它不可能也不宜于解决一个社会的所有问题。为了合理地界定司法权的作用范围,防止法院超出其权限过多地干预其他渠道的工作,许多国家都规定法院在对请求进行实质审查以前必须进行程序审查,看请求是否在法院的权限范围以内。尽管在程序阶段审查的问题在不同的部门法中不一样,例如,侵权法中强调的是侵权及其和损害间的因果关系,合同法中要看仲裁条款,行政法中则要看行政行为的可诉性,但这种程序审查的目的都是为了明确司法权是否应该介入或争议是否应由司法渠道解决。通常,这一阶段审查的问题大多是包容性很强的问题诸如利益(以确定原告)、成熟性(以确定和其他救济的关系)、法律问题(以明确可诉性)、因果关系(以确定侵权)、损害(以确定侵权)等。马歇尔在 *Marbury v. Madison* 案中将这些问题表述为:“第一,申请人对其请求是否拥有权利?第二,如果他有权,且该权利被侵犯了,国家的法律是否给他提供了救济?第三,如果法律规定了救济,该救济是否应由法院提供?”<sup>[43]</sup>

一方面,程序性审查坚持对司法救济的原则性要求,不符合则不能进入实质性审理阶段。另一方面,程序性审查的标准大多比较灵活和有包容性,它们为司法能动性提供了充分的空间。例如,对于请求人而言,侵害可以是各种各样的,可能是物质损害,也可能是精神创伤,或者是经济损失,或者是可预期利益的损失。在国家发展的不同阶段或者不同地区,法律对不同利益的保护是不一样的,根据不同的特定情况,法院可能认为只有物质损害受到法律保护,法院也可能将法律保护的范围扩大到甚至环境利益。再如在行政法中,法院判断被诉行政行为是否可诉的唯一标准是该行为是否构成可以由合法性加以衡量的法律问题。然而,究竟什么行为可以由合法性加以判断,究竟什么行为不能以合法性加以判断,实践中并没有固定不变的标准,完全要看具体案件的具体情况。如果仅根据现行的法律规则,行政机关的自由裁量权可以不受司法审查,因为不存在判断其合法性的法律标准。然而,如果根据宪法和行政法的基本原则来判断,则没有绝对的不受司法审查的自由裁量权。<sup>[44]</sup>这样,通过结合原则性和灵活性,法律原则使得司法机关可以根据具体情况随时调整其作用范围,既避免司法权不必要地暴露在外界压力面前,又保持司法权的尊严和权威。贝克尔曾指出,通过“选择不作选择”,司法权可以等待获得更好的机会;通过拒绝妥协,法院可以维护其统一、尊严和地位,而这在很大程度上构成了司法权和其政治影响力的最终力量来源。<sup>[45]</sup>著名哲学家托马斯·库恩更进一步指出,“一个范式甚至可以使共同体免于暴露在那些无法以问题形式表述的重要问题面前,因为这些问题不能以范式所提供的观念和方式加以陈述”。<sup>[46]</sup>法律原则在程序性阶段所起的正是界定司法权范围的范式作用。

在我国,通过法律原则来界定司法权的范围在法律规定和理论研究中都很不够,民事诉讼

[42] 理论上和实践中,这两个阶段并不必然不可互换。法院可以通过程序保护拒绝审理某些实质问题,也可以不使用程序保护而对某些实质问题不表示意见或者尊重他人的意见。

[43] 5 US (1 Cranch) 154(1803).

[44] 在法国,具有法律效力的行政行为和不具有法律效力的行政机关内部行为有非常明确的划分,只有前者可诉。然而,如果内部行为超过了一定的程度,则可能变成行政行为。

[45] 引自,Grag J. Aichele, *Legal Realism and Twentieth-Century American Jurisprudence*, 87(1990).

[46] Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolution*, 37(2<sup>nd</sup> ed. 1970.).

法和行政诉讼法所规定的起诉条件审查只是一种非常机械的审查,根本不涉及法律原则的作用。一般地说,法律和司法解释往往对受案范围作出了非常细致的规定,伸缩性强的包容性规定基本不起作用。例如,行政诉讼法第 11 条和第 12 条分别列举了可诉和不可诉行政行为的范围,<sup>[47]</sup>因此,当确定一个行政行为是否可诉时,学界和实际部门普遍认为并不需要“法律问题”标准,仅只需要具体行政行为标准。对于原告资格和成熟性问题,也都由相关的法律作了明确细致的规定。<sup>[48]</sup>本来,具体列举和包容性的原则应该是一种互补关系,包容性的原则主要适用于疑难案件,具体列举主要适用于一般案件,两者相互促进,共同起作用。缺少任何一个方面,都会使司法过程不完整。在我国,在根本不存在包容性原则的情况下,过于详细的列举有时使法院处于一种非常困难的境地:如果法院因为客观情况拒绝受理某些案件会违反法律规定,受理则根本无法审理;如果法院不介入某些领域会明显违反社会需要,介入则缺乏法律依据。而且,过于具体的列举实际上造成了现实生活中大量的拒绝受案。除了法院工作人员自身的一些问题以外,立案难现象实际上反映了具体列举方式的制度弊病。追求明确受案范围的结果是明确规定的案件无法受理。这种现象的完全根治只能从制度上解决,更多地发挥包容性法律原则的作用。

实际上,我们应该从行政诉讼法的实施中得到这一方面的经验和启示。在行政诉讼法实施以前,有 130 多部法律法规规定了公众对行政处罚和决定不服可以向人民法院提起行政诉讼,其中,只有很少一部分,如治安管理处罚条例、医疗事故处理办法和专利法等作了例外性的规定(如受害人可以提起行政诉讼)。绝大部分法律法规只规定行政管理的相对人可以提起行政诉讼,不论其合法权益是否受到行政行为的影响,法院都必须承认其原告资格。相反,在缺少明确规定的情况下,相对人以外的其他人不能提起行政诉讼,即使其合法权益受到侵犯也是如此。这种规定方式在行政诉讼法中得到了确认,该法第 2 条和第 41 条规定公民、法人和其他组织“认为”其合法权益受到行政机关和行政机关工作人员具体行政行为侵犯的有权提起行政诉讼。根据立法目的和立法史,这里的“认为”只能理解为是相对人而不是其他人的“认为”,否则会造成任何人都可以凭“认为”起诉。然而,行政诉讼法将起诉人限于相对人这样的规定方式在实践中却遇到了巨大的困难,司法实践证明,法律规定将原告范围限于相对人实际上剥夺了非相对人在其合法权益遭到侵犯时的诉权,<sup>[49]</sup>而在某些申请行为中,完全不符合法律规定的条件的相对人根本就不应该具有诉权,因为他们的合法权益并没有受到审批行为的任何影响。这样,司法实践中,一些地方的法院实际上对行政诉讼法所规定的“认为”作了某种程度上说新的解释,它既不是立法目的所期望的相对人的“认为”,也不是任何人的“认为”,而是处于这两种极端之间的合法权益受到影响的人的“认为”。换句话说,只要是合法权益受到行政行为的影响,公众就可以提起行政诉讼,而不论其是否是行政行为的相对人;如果合法权益未受到行政行为的影响,即使是相对人也可能没有诉权。显然,依据这种解释来确定什么人具有原告资格时,合法权益这一包容性的标准起到了决定性的作用。

## (2) 实质审理阶段法律原则的作用

如前所述,在疑难案件中,法律问题、政策问题和事实问题的界限可能是不确定的,法院因

[47] 《最高人民法院关于贯彻执行行政诉讼法若干问题的意见》只是作了进一步的列举。

[48] 可参见周汉华:《行政诉讼原告资格研究》,《行政法学研究》1992 年第 4 卷。

[49] 对一个合资企业的行政处罚(包括吊销营业执照)必然会影响到其合资各方的权益,在行政诉讼法通过以后的相当长的一段时间里,合资各方对处罚决定并不能提起行政诉讼,因为它们不是相对人。

而不能从现行的法律规则中推导出结论,这时,法律原则或标准就可以帮助法院得出一个合理的判决而又不致于走向个人专断。这些原则有的规定在宪法或其他法律中,有的由法院在判例法中确定,有的则是不成文法。鲍曼曾指出,“法律是一种过程而不单是规则,它是一种将规则适用于不同情况的辩证的过程。”在这个过程中,综合了逻辑、道德和政治等因素的系统的法律原则起着不可替代的重大作用,它们可以“判断、改正甚至消除某些现成的法律规定”,因此,在法律原则指导之下的辩证的法律过程“与教条式地适用法律规则大异其趣。”<sup>[50]</sup>

在不同的部门法中有不同的法律原则,在英国,议会主权和法治是宪法的两个基本原则;公开、公正和公平是行政法的原则;家庭法中,未成年人的福利是有关监护的最重要考虑,离婚则完全建立在婚姻的不可挽回的破裂原则之上;合同法中,要约和承诺以及对价原则都建立在判例法的基础之上;侵权法中,过错侵权和故意侵权的主要构成要素也都是判例法的创造。<sup>[51]</sup>在法国,尽管判例法形成了对行政行为进行审查的法定审查根据,<sup>[52]</sup>但它们并不能解决核心的司法能动性问题。行政法院在司法实践中将大部分的案件分为三类,并对不同种类的案件采用不同的审查方法:第一,行政机关没有任何自由裁量权,法院的任务非常简单,只需要审查行政机关是否遵守了法律的规定。第二,行政机关拥有绝对的自由裁量权,除了在非常例外的政府行为(acte de gouvernement)案件中法院几乎对行政机关毫无控制以外,在所有其他案件中,法官可以审查行政机关是否有法律错误或事实错误。第三,行政机关拥有一定的自由裁量权,但法院可以有效地控制政策的界限。<sup>[53]</sup>

可以注意到,前述的法律原则大多并不是非常抽象的原则如民主、人权、平等或自由等。抽象的原则通常可以有不同的解释,并且容易带有偏见和特定的价值观,因而不能给法院提供明确的指引。从比较法的角度来看,大部分的法院以实践中可操作的原则或考虑而非抽象的原则作为其司法能动性的依据,这可以再一次证明现实主义法律运动的影响力。法律原则不同于那些缺少可操作性的空泛的法律规定,前者使法院可以在各种复杂的情况下经过综合考虑以后作出合理的判决,而后者因为缺少任何可操作性基本不具有法律规范的特点和效力。

在我国,法律的基本原则经常是重要法律的不可分割部分,如宪法的权利义务一致原则,刑法的犯罪构成原则和罪刑法定原则,民法通则的诚实信用和公平原则,合同法的实际履行原则,婚姻法的婚姻自由和感情破裂原则以及行政法的合法性审查原则等。但是,这些原则和具体法律条文的关系并不总是非常清楚,它们对于司法能动性的推动作用在不同的部门法中也不一样。尽管在诸如合同法和婚姻法中,实际履行原则和感情破裂原则对于法院处理案件和司法能动性的发挥确实起到了非常重要的指导作用,但总的看来,由于受到法官素质和传统等的影响,我国的法官仍喜欢具体的规定而不是法律原则。尤其对于象行政法这样的新的法律部门,从上到下都希望有明确具体的答案而不是充满不确定性的原则指导。以证据规则为例,现代行政法至少能同时容纳三种不同的证据规则,即重新审理规则、实质证据规则和不

[50] Harold J. Berman, *Law and Revolution*, 253- 254(1983).

[51] L. Neville Brown, *General Principles of Law and the English Legal System*, in Mauro Cappelletti, (ed.) *New Perspectives for a Common Law of Europe*, 175- 177(1978).

[52] L. Neville Brown & John S. Bell, *French Administrative Law*, 226- 235(4<sup>th</sup> ed.1993).

[53] *Ibid.*, 237- 251.

武断规则。<sup>[54]</sup>重新审理规则是最严格的一种证据规则,它要求法院在合法性审查过程中,独立搜集证据,判断问题,不为行政机关的意见所左右;实质证据规则次之,它并不要求法院重新搜集证据,只要求行政机关提供的证据能够合理地证明行政决定的合法性;不武断规则最为宽松,它甚至不需要行政机关从正面证明其行为的合理性,而只要求行政机关的证据能够证明其行为并不武断即可。显然,法院选择不同的证据规则,将直接决定对案件的审查结果,而这种证据规则的灵活性,也为法院的司法能动性提供了依据,法院可以根据问题性质的不同,使用不同的证据规则。<sup>[55]</sup>我国行政诉讼法第 32 条有关行政机关举证责任的规定本来也能够容纳上述不同的证据规则。但是,在追求确定性的思维方式和提供具体答案的要求的影响下,在相当长的一段时间内,人民法院将这条规定理解为:行政机关提出的证据不仅在质上,而且要在量上比对方提出的反证占有优势,否则即承担败诉的法律后果。尽管这种解释在普通行政案件中没有什么问题,但在某些复杂案件中,这种确定性的解释实际上是将灵活的证据规则变成了一种机械的点数过程,使法院没有任何能动性可言。尤其在疑难案件中,因为法律问题、事实问题和政策问题往往交织在一起,对于不同的问题,法院应有不同的审查力度和标准,这种机械的清点数量却并不能使法院得出合理的结论。<sup>[56]</sup>

过于依赖具体的法律规定而不能灵活地应用法律原则所造成的后果是:当法律规定不周时,司法工作人员即无所适从,并养成了一种坐等红头文件的习惯。结果,法治越发展,司法人员的依赖性越大。除此以外,习惯于按照详细的法律规定办案,使司法人员对于法律规定之外的宏观因素考虑不多,对疑难案件的审判显得非常被动,这就造成在某些判决中合法与合理形成巨大的反差,有损司法权威和尊严。

与中国渐进式的改革过程相呼应,中国的司法改革必然是一个逐步推进的漫长过程。具体改革措施的出台取决于具体的社会发展条件和制度承受能力,要求司法改革在一夜之间按某种既定的方案完成显然是不现实的。然而,渐进式改革并不排斥每一步改革措施都与最终的改革方向相符。事实上,只有实现独立、开放与能动三者之间的良性循环才能保证具体的改革措施之间相互促进和衔接。中国的司法改革始终都不应该脱离这一主题。

[54] 可见如, Richard J. Pierce, Jr. et al., *Administrative Law and Process*, 357-369 (1985); Alain Plantey, *Evidence Before French Administrative Courts*, 44 *Admin. L. Rev.* 15 (1992).

[55] 在普通法的民事诉讼中,通常情况下,当事人必须证明事实存在的可能性大于不存在的可能性。但是,在某些案件中,当事人的证明程度必须高于通常的标准。可见,民事诉讼证据规则也是灵活的。See, Mike Redmayne, *Standards of Proof in Civil Litigation*, 62 *The Modern Law Rev.* 168, 175 (1999).

[56] 在一个非常典型的行政诉讼案中,行政机关在争议的双方 A 与 B 有同等证据的情况下处罚了 A, A 提起了行政诉讼。法院根据上述对证据规则的理解,推翻了行政机关的决定。理由在于行政机关所依据的 B 的证据在量上并不比 A 多。问题在于,在本案中,只要根据对证据规则的上述理解,则行政机关作出任何决定,包括作出处罚 A 的决定,都会在诉讼中被法院推翻。也就是说,行政机关不论是否作决定或者不论作出什么决定,在本案中都会被法院推翻,这显然是极其不合理的。