

比較法視野下的司法能動

2012-03-11 訪問量：訪問量：475

劉練軍

摘要 應對金融危機、服務“保增長”、“保民生”和“保穩定”是我國開展司法能動運動的背景和原因。“為大局司法”、“為人民司法”是司法能動運動的思想基礎。司法調解、多元化糾紛解決機制以及以送法下鄉、送法上門為主要形式的訴前干預性司法等是司法能動的主要舉措。我國的司法能動本質上是金融危機下的傳統司法，與西方憲法審查語境中的司法能動根本不可同日而語。司法只能有限地參與政治，過於超越其權限範圍的司法必將被立法和行政反超越，從而動搖法治的根基。

關鍵詞 司法能動 金融危機 人民司法 政治 傳統

2009年6月最高人民法院院長王勝俊在調研時發表了“發揮審判職能、強化能動司法”的講話，這是我國法院和司法能動之間的“第一次親密接觸”。從報道上看，王勝俊所言的能動司法其內涵主要有三：（1）司法應發揮主動介入、主動服務的機制，及時解決糾紛；（2）司法應為“保增長”、“保民生”和“保穩定”服務，發揮社會綜合治理功能；（3）司法應以群眾滿意度為價值取向。〔1〕這則呼喚司法能動的講話催生了我國法院與誕生於西方憲法審查過程的司法能動主義“邂逅”“牽手”，我國司法由此邁入了“能動”的新時期。

儘管我國絕大多數學者在論及司法能動（主義）時言必稱美國，但我國的司法能動與作為一種憲法審查哲學的美國司法能動其實缺乏可比性，無論是涵義還是適用語境兩者差別之大猶如雲泥霄壤。竊以為，我國的司法能動乃是國際金融危機的產物，是我國司法應對金融危機、努力參與國家“三保”的司法新舉措。司法能動非但沒有削弱我國人民司法的傳統定位和職能，反而進一步強化了司法的政治性和人民性。

鑒於以上認知，筆者擬就中美兩國司法能動發生的背景、涵義和特徵作番考察，指出司法能動中西兩重天的現實，說明司法能動這只西方的“新瓶”在我國所裝的依舊是“為民司法”和“服務司法”這種政務性司法的“舊酒”。最後，就司法能動在我國所面臨的正當性問題略陳管見，以拋磚引玉。

一、司法能動——金融危機的司法應對

2007年由美國次貸危機引發的全球性金融危機給我國經濟造成了巨大衝擊。我國中央政府為此提出了“保增長、保民生、保穩定”（以下簡稱“三保”）的戰略方針和工作大局。“三保”，不僅是各級政府行政部門應對金融危機的政治戰略，亦是全國各地法院必須參與和分担的政治職責。

其原因有二。

(一) 法院远未幸运地游离于金融危机之外, 相反, 金融危机对它的影响和冲击可谓是“看得见、摸得着”。这突出地表现在由金融危机引起的经济、金融类案件大量涌入法院。与金融危机爆发前相比, 各级法院民商事案件增长明显过多、过快。如2009年, 浙江法院共审结涉金融类、企业债务类案件119057件, 比上年上升28.17%, 审结涉外商事案件851件、海事海商案件1121件, 比上年分别上升33%、13.35%。[2]又如上海各级法院2009年共受理一审民事、商事案件23.01万件, 审结23.14万件, 分别比上年上升7.4%和9.0%。[3]从全国范围来看, 2009年地方各级人民法院受理案件1137万余件, 审执结1054万余件, 分别比上年上升6.3%、7.2%。[4]或许, 导致各级法院案件显著增长的原因是多方面的, 但金融危机是其中最为重要的原因应不存疑问。

(二) 当下我国还处于市场经济和法治宪政真正建立尚需假以时日的社会转型时期。这种社会转型的大环境决定了我国的法律和司法只能是一种回应型的法律、司法, 其典型功能是调整而非裁判, 其总体特征应该是有效应变, 包括对金融危机的应变和处理。认可我国法律与司法的回应型特质与使命, 就不难理解苏力这样的判断, 即“中国的司法必须回应中国的问题, 当代中国的司法必须有效回应当代中国的问题, 即使司法有难处, 即使以前缺乏经验”。[5]

“三保”工作诚然是一项主要由立法机关和行政部门去完成的政治任务, 各级法院不管是主动还是被动参与“三保”都有介入政治行为、逾越权力分立原则之嫌疑。实则不然。司法部门本质上也是一个政治机构, 而在东西方各国的政治实践中绝对泾渭分明、井水不犯河水的权力分立并不存在。在开创三权分立之先河的美国, 亦无人否定司法部门的政治性质。不但如此, 主张法院应是一个强有力的政治机构, 应积极参与和支持社会变革的活力法院论在美国相当有市场, 信之者众。美国学者达尔一贯坚持司法部门的政治性质, 他说: “最高法院本质上是政治领导的一部分并拥有自己的权力根基, 其中最为重要是其独有的正当性——被赋予的解释宪法的正当性。如果法院公然反对主流政治联盟的主要政策, 那它将危及到这种正当性。”[6]至于权力分立的相对性那更是毋庸置疑。哈佛教授查耶斯曾指出: “权力分立的出现在我们的政治和司法话语中获得许多崇敬赞美, 但事实始终是将所有的政府活动划分为三类, 仅仅是三类, 且为纯洁而又彼此相互排斥的三类是困难的。实际上, 所有的政府官员, 包括法官在内, 一直在行使着大量庞杂的混合权力。真实情况就是如此, 且必须如此。”[7]美国法官尚且如此, 那我国法院行使混合权力参与“三保”当然就没有什么不妥。

近年来, 我国各级法院都把应对金融危机作为其重要任务。2010年, 最高法院在向全国人大报告工作时说: “加强对国际金融危机的司法应对。针对国际国内经济形势的发展变化和企业的生产经营状况, 最高人民法院加强调查研究, 提出能动司法的要求, 适时调整司法政策; 制定适用合同法、保险法等11个司法解释, 确保法律适用标准的统一和规范; 及时制定审理企业破产、公司清算、房地产、劳动争议案件等14个司法文件, 指导地方各级法院妥善审理相关案件。”福建高院在2010年的工作报告中指出: “面对国际金融危机的不利影响, 省法院坚持把服务保障海西建设与落实中央、省委应对国际金融危机的一揽子计划和政策措施结合起来。继2008年底出台为我省经济持续较快发展提供司法保障22条意见之后, 多次召开专题工作部署会及与金融单位、企业家座谈会, 研判解决审判工作新情况、新问题。”仅由这些工作报告可知, 我国法院所开展的形式多样的司法能动都是为应对金融危机而能动, 金融危机是这场司法能动运动最主要的幕后推手, 认识到这种背景特征才能深刻理解我国司法能动的特性。

二、内涵解析: 从理论和实践出发

“冲击—反应”模式下的我国司法能动, 其基本涵义如何不容回避。笔者拟从学界认知、法官宣传和法院实践三个维度来解析这种司法能动。但限于本文研究旨趣, 将重点解析法官宣传和法院实践中的司法能动。

在我国, “司法能动”是个舶来品, 多数人对它的认知还不无片面、肤浅。据研究, 我国有九种不同的司法能动观, 它们分别为: (1) 全能的司法能动观; (2) 政治意义上的司法能动观; (3) 司法方法意义上的司法能动观; (4) 化解社会纠纷意义上的司法能动观; (5) 选择性的司法

能动观；（6）立法性的司法能动观；（7）实质正义的司法能动观；（8）被附会、曲解的司法能动观；（9）司法亲民意义上的司法能动观。[8]关于此九种司法能动观的具体所指单从其名称上亦可明白几许，无需在此详尽引述。毋庸置疑的是，这种种的司法能动观对中西司法能动截然不同的涵义和适用语境均缺乏足够清晰的认知，既不能发现我国司法能动本质上的人民司法、服务司法特质，又不能充分理解西方司法能动与其所适用的宪法审查语境之间存有何种关系渊源。

然而，与学界对司法能动的混沌认知现状相比，法官宣传和法院实践中的司法能动就相对清晰得多，它们对司法能动的认识和把握基本一致。关于法官宣传和法院实践中的司法能动之真实样态，笔者拟选取两位大法官——王胜俊和公丕祥——口中及笔下的司法能动与被树立为典型的两家法院的司法能动实践为标本进行分析概述。

分析、整理王胜俊和公丕祥有关司法能动的讲话及文章，可将其司法能动认知概括为以下三个方面。

首先，关于司法能动的理论和实践根基，两位大法官均认为，我国司法的政治性、人民性及现实的司法国情条件决定了我国司法需要能动。公丕祥对此有系统的阐述，他说：“司法作为党治理国政的一种方式，归根到底是受党的根本任务所决定并为之服务的。司法权是一种至关重要的执政权……我国司法被称之为‘人民司法’，具有人民性的本质属性，这就决定了人民法院在司法审判活动中，必须主动加强与人民群众的密切联系，切实维护好人民群众的合法权益。”[9]王胜俊在调研时指出：“从我国司法制度的本质属性和现实国情来看，能动司法更加符合当代中国经济社会发展的现实需求。在我国，人民法院是中国共产党领导下的国家审判机关，是人民民主专政的重要组成部分，在实现党的领导、人民当家做主和依法治国相统一的民主政治发展道路中肩负着十分重要的政治使命。”[10]

其次，关于实施司法能动的具体举措，两位大法官都重点强调了司法调解、多元化纠纷解决机制以及以送法下乡、送法上门为主要形式的诉前干预性司法等等。

王胜俊曾在会议上要求各级法院“坚持‘调解优先、调判结合’，在案结事了上下功夫，将调解工作贯穿于立案、审判、执行、申诉、信访等各个环节，拓展调解领域，注重调解质量，提高调解效率，努力从根本上化解矛盾”。[11]公丕祥则认为：“按照‘调解优先、调解前置’的要求，将诉讼调解贯穿于民事案件审理的全过程，争取多用调解的方式审结案件，减少当事人之间的对抗。今年（按：指2009年）1—5月，全省（按：指江苏省）法院民事案件调解撤诉率达到61.86%，同比上升2.77个百分点。”[12]由此可知，司法调解举足轻重，是司法能动一项不可替代的举措。

多元化纠纷解决机制，同样是我国法院厉行司法能动的重要方式。公丕祥视多元化纠纷解决机制为司法能动应对金融危机的重要手段，认为多元化纠纷解决机制以人民调解为基础、诉讼调解为主导、行政调解为补充、司法审判作保障，其导向是努力将纠纷解决进一步向社会开放，不鼓励启动法院正式诉讼程序。他说，江苏全省111个基层法院和257个人民法庭全部设立了人民调解工作室，把一大批矛盾纠纷化解在诉前。建立和完善与公安、工商、卫生、农林、环保、工会、妇联等方面的“诉调对接”机制，通过委托调解和邀请协助调解等方式，促进涉诉纠纷解决的社会化。[13]

诉前干预性司法是司法能动的第三类措施，它以法院送法下乡和送法上门为主要形式，其最大特征是在诉讼尚未提起之时法院就主动登门化解正在发生甚至是将有可能发生的矛盾纠纷。王胜俊在调研时强调各级法院要进一步增强对人民群众的感情，时时处处把老百姓当作自己的亲人，把群众安危冷暖挂在心上。[14]公丕祥则说：“保增长、保民生、保稳定，关键在于保企业。在金融危机司法应对工作中，切实发挥司法能动作用，必须深入掌握、有效回应企业的司法需求。”[15]王胜俊的“冷暖观”和公丕祥的“回应说”本质上都是要求法院告别消极被动、坐堂办案的现代司法风格，应积极主动地参与社会纠纷的解决，努力将社会纠纷消弥于司法诉讼尚未启动或正要开启的前诉讼阶段。

再次，关于司法实现能动的技术性手段，两位大法官均把司法调研看作是司法实现能动的基础性工作和技术性手段。王胜俊说：“能动司法的效果好不好，关键要看司法决策的基础实不实。司法调研工作，是人民法院坚持能动司法，依法服务党和国家工作大局的一项重要基础性工作。”[16]公丕祥认为：“司法调研工作，是人民法院坚持司法能动，依法服务党和国家工作大局的一项

重要的基础性工作。只有及时准确地掌握经济社会发展的动态，深入了解各方面的司法需求，才能确保依法服务大局的各项制度措施科学可行、取得实效。”[17]他的这种司法调研论在实践中得到了很好的贯彻。江苏省高院曾先后两次派法官到全省各地调研，与各地党委、人大、政府、政协领导以及重点企业负责人进行座谈，就法院服务“三保”工作，深入了解情况，广泛征求意见。总之，司法调研是司法能动不可或缺的技术性手段。

透过两位大法官的上述认知，足以使我们认识和了解我国司法能动的理论根基、具体举措和技术性手段。接下来，我们进一步去感知实践中的司法能动，以更真实地把握司法能动在我国的真实样态。“陇县模式”和“东营经验”一直被视作我国司法能动运动中的典型，那里的司法能动生态是这样的。

（一）陇县模式。陕西陇县法院“能动主义八四司法模式”，得到了最高院的高度肯定并作为司法能动样板向全国推广。陇县能动司法模式以稳妥有力地化解社会矛盾，恢复社会和谐为目的，把坐堂问案与调查研究相结合，采取灵活多样、因案制宜的审判方式，达到定分止争、案结事了、促进社会和谐、保障科学发展为目标。其主要内容包括：（1）目标四为民：关注民生、促进民主、服务民建、保障民享；（2）理念四转变：由真理至上向公平至上转变、由认知理念向实践理念转变、由辨法析理向案结事了转变、由法律智慧向司法智慧转变；（3）方式四联动：上下、左右、内外和心物（按：指实现法官自由心证与法律严密论证的逻辑演绎衔接互动）联动；（4）审理四结合：法院审判与群众路线、司法政策与法律规则、庭外理案与开庭问案、法律认知与社会认可相结合；（5）机制四能动：审监、审执、审立、审管能动；（6）保障四强化：强化法官调查取证、法官主导庭审、法官修复社会关系、法官促进稳定和谐；（7）监督四到位：质量考评、法纪监督、道德自律和责任查究到位；（8）效果四统一：法律效果与维护执政地位统一、维护法律权威与促进经济发展统一、法律与人情统一、坚持法律与维护社会稳定统一。

陇县这种能动主义八四模式的运作靠的是“一村一法官的工作机制”，[18]该机制的工作要领其实就八个字：主动、推动、互动、联动。

（二）东营经验。在司法能动运动中，山东东营法院创造的“东营经验”同样得到了最高院的重视。东营中院院长王少南认为，“东营经验”的核心价值就是“为大局司法、为人民司法”。他说：“衡量法院政绩的大小不是光看审了多少案子，更多地要看为保障、促进地方经济和社会发展起到多大作用。”[19]王少南这种法院作用论事实上成了东营法院司法能动的指南，这样一则被报道出来的政策措施就是明证：“为更好的发挥人民法院的职能作用，坚持能动司法，为中心城区开发建设提供有力的司法保障和优质的法律服务，确保全区重点工程、重点项目稳定推进，东营区法院及时调整思路、整合资源，出台了《东营市东营区人民法院关于为全区重点工程、重点项目等中心工作提供司法保障和法律服务的实施意见》……”。[20]

通过以上从法院实践、法官宣传和学界认知三个维度对我国司法能动的透视分析，我们可以得出这样的结论：司法能动在我国就是法院积极主动运用手中的司法裁判权去调研、去调解、去裁判，以实现社会纠纷的和谐解决。服务“三保”、弥散金融危机给社会经济和稳定造成的冲击是司法能动的直接目标和终极使命。所谓能动司法只不过是传统的政务性司法在金融危机冲击下的重现与强化。我国司法能动遵循的是一种案结事了的政治实用主义哲学。这与在西方国家本是一种宪法审查哲学的司法能动犹如冰火两重天。

三、中国特色：以能动的名义回归传统

我国司法能动所指向的不是宪法审查而是传统的政务性司法。我国政务性司法传统由来有自，在此就从头说起。

光绪三十二年（1906年），清廷颁布官制改革上谕，宣布“刑部著改为法部，专任司法；大理寺著改为大理院，专掌审判”，[21]近代立宪意义上的司法建制和司法改革序幕由此拉开。但这份上谕的象征意义几乎成了其意义的全部，因为内忧外患的清末政府不久就因武昌“城头变幻大王旗”而轰然倒塌，包括司法在内的官制改革根本没来得及实质性启动。武昌起义催生的中华民国先是内忧不断接着便是外患不止，司法建制与改革所必需的稳定的政治局面与和平的国家状态均求而

不得，是故，民国司法尽管为后来我国台湾地区的司法发展积累了不少经验教训，但它本身同样未来得及形成自己的传统。

具有某种历史吊诡意味的是，在当时的民国版图范围内的革命政权却事实上逐渐地形成了自己的司法传统，且这种传统随着1949年革命成功而得到保持和延续，并且不再囿于原来那个边区政府一隅而是在全国范围内发扬光大。

这种诞生于革命烽火岁月、浸淫着政务思维的传统司法，其特征如何呢？对这种司法传统之形成产生过重要影响的董必武对此曾有过全面概括。他说：“我们党从井冈山建立革命政权的时候起，就有了自己的政法工作。人民政法工作和军事工作、经济工作、文教工作一样，在党中央和毛主席的领导下，从民主革命到社会主义革命，逐步积累起丰富的经验，形成了自己的优良传统。这就是服从党的领导、贯彻群众路线、结合生产劳动、为党和国家的中心工作服务。”[22]

但随着“文革”结束和改革开放国策的贯彻实施，传统的走“群众路线”的人民司法亦自觉不自觉地搭上了时代的改革列车。1988年召开的第14次全国法院工作会议决定对审判方式进行改革，如加重当事人的举证责任、调整调解与判决之间的关系等等。当初这场审判方式改革旨在提高司法裁判效率，解决积案问题，但它牵一发而动全身，一系列接踵而至的法院改革由此揭幕，其中以1999年和2004年启动的人民法院“一五”、“二五”改革最为瞩目。正是在这股司法改革的浪潮中，传统司法的群众路线日渐萎缩，我国司法呈现出走出“传统”、奔向“现代”的新形势。

但各级法院为应对金融危机而开展的司法能动运动，在很大程度上放慢了甚至是中止了司法由传统迈向现代的步伐。司法能动运动使得正准备现代化的我国司法走上了回头路，重返群众路线的传统司法。质言之，我国司法的能动之路通向的不是现代而是传统。以陇县模式为例，该模式“最核心的一条就是坚持实事求是、群众路线”。陇县“能动司法模式”的成功之处，在于立足国情、省情、县情，实事求是，坚持群众路线，走司法专业化和大众化相结合的道路，有效地解决了困扰当地法院的执行难和涉诉信访等问题。[23]总之，昔日被“改”掉了的群众路线又借着司法能动的春风再次浴火重生，并主导着我国的司法实践。

随着群众路线的复活，曾经淡出司法实践的“马锡五审判方式”亦重返法庭、大放异彩。与相呼应的是，“法院干警”这个一度隐退的旧称谓再次兴起、成为时尚。在2001年法院符号化改革中肩章和大盖帽被双双卸下，象征司法职业神圣与威仪的“法袍”和“法槌”悄然落户各地法院，成为法庭审判的新风景。但在这场司法能动运动面前，“法袍”显得不合时宜、“法槌”缺乏敲响空间。“你要穿法袍就和群众保持距离了”。[24]在“法院干警”能动地“送法上门”、“送法下乡”以及“就地办案”时穿法袍必然会碍手碍脚。

综上所述，司法能动运动业已使我国司法从外在化的“行头”、“称谓”到内在性的“审判方式”、“审判功能”都发生了本质性的嬗变。我国司法又重新回归到了传统的政务性司法。法院“一五”和“二五”期间所实行的内外改革成果部分（甚至是大部分）被搁置乃至抛弃，重返延安时代的传统人民司法可谓是我国司法能动的本质要求。

四、西方“圣经”：以司法审查为语境

在考察了我国司法能动的特性之后，我们来检视一下西方司法能动的涵义和特性。在西方，司法能动（judicial activism，比较准确的翻译应该是“司法能动主义”）这一词汇是对美国法院尤其是其联邦最高法院在宪法审查过程中所选择的积极制衡立法或行政行为的司法哲学的概称。据美国学者考证，“司法能动”这个术语最早出现于1947年，[25]而法官在司法意见中首次使用这一概念则是在1959年。如今，美国一些常用法律词典对该词都有收录。

关于司法能动（主义），《布莱克法律词典》是这样定义的：“一种司法裁决哲学，法官允许以他们自己的有关公共政策的观点等因素来指导他们的裁判，坚持此种司法哲学常常会发现法律违宪或忽视司法先例”。[26]这个言简意赅的定义，事实上已经指明了司法能动的核心内涵。

但充分认知司法能动尚需要对其具体的内涵与特征进行类型化的分解。因分类标准存在一定差异，所以不同学者对其内涵特征所作的概括分类亦不一样。如学者科米西将能动主义的特征概括为五个方面，即推翻其他部门有争议的宪法性行为、忽视先例、进行司法性立法、抛弃已被接受的宪

法解释方法和以结果为导向的裁判。[27]而马歇尔教授则将能动主义的主要特征概括为七个方面：（1）不尊重民选部门之多数决定的反多数的能动主义；（2）无视制宪者原意的非原意的能动主义；（3）不遵循先例的先例能动主义；（4）突破裁判权限制的裁判能动主义；（5）创造新理论与新权利的司法创新；（6）对其他政府部门施加肯定性义务或进行司法监督的矫正能动主义和（7）运用司法权力完成党派目标的党派能动主义。[28]至于这七种司法能动类型各自的内涵特征从其名称上即可容易得知和辨认，无需在此详细引证。

值得指出的是，未能认识到司法能动所适用的具体语境，对司法能动内涵的认知难免“纸上得来终觉浅”，甚至会对它产生“横看成岭侧成峰”的游移性认知。

如果说关于司法能动的内涵美国等西方国家尚存在争议的话，那有关司法能动的适用语境则基本无异议，即司法能动适用的语境是司法审查（judicial review）或宪法审查（constitutional review）。离开了宪法审查或司法审查，就毫无司法能动（以及与之相对立的另一种司法哲学即司法自制<judicial self-restraint>或曰司法消极<judicial passivism>）可言。宪法审查和司法审查是两个紧密相关的概念，前者突出的是审查标准是宪法而非其它法律，后者则强调审查主体是司法部门即法院。无论从审查标准还是审查主体上来判断，司法能动适用的语境都是一样的，即仅仅在司法过程中当司法部门就立法（包括公共政策这种广义立法）或行政行为实行宪法审查、判断其是否符合相关宪法规范文义或精神旨归时，司法能动这种司法裁判哲学才有存在的空间，才有“用武”之地。或许是注意到司法能动这种特定的适用语境，像美国那样由普通法院实施宪法审查的日本，其界定司法能动（主义）时就不忘明文指出其语境：“所谓司法能动主义，可谓系指法院于行使司法审查之际（按：字体加粗系引者为提示所为），不避讳与政治部门对立，采取若有必要即不踌躇下违宪判断的立场。”[29]

研究司法能动的我国学者言必称沃尔夫，但他们中的大多数并未注意到沃尔夫其实对司法能动的适用语境有很明白的说明。他曾写道：“在试图对司法能动主义进行现代描述的语境下，最重要的因素可能就是法官对多数规则以及‘政治部门’（即立法和行政部门）所持的基本态度。如果一位法官坚信多数规则以及政治部门的代表性，那司法克制就成为通常的结果。然而，一旦法官对多数规则以及政治部门的代表性持怀疑态度，那么就更可能采用司法能动主义，而能动的程度则可能取决于对司法能力之有无这种问题的怀疑程度。”[30]

由此可知，违宪无效是司法能动的必然产物，司法能动亦必然导致裁判结果是宣告多数规则或行政行为违宪无效。司法能动是因，违宪无效是果，不存在无“因——司法能动”的违宪无效，亦不存在无“果——违宪无效”的司法能动。为便于直观地认知司法能动与违宪无效之间这种先天性因果关系，我们不妨检视美国历史上十个不同时期有代表性的司法能动案例，以对此予以事实证明。

（1）马伯里诉麦迪逊案（*Marbury v. Madison*）。本案是美国宪法（司法）审查制度的奠基之作，亦是司法能动的代表作之一。马歇尔大法官以判断何谓法律乃是司法部门的当然职责的名义判决国会1789年《司法法》第13条有关联邦最高法院初审管辖权的规定，因与联邦宪法第3条之规定相冲突而无效。[31]

（2）斯科特案（*Dred Scott v. Sandford*）。本案中，首席大法官坦尼冒险地选择了穿越奴隶制问题这个政治雷区的司法能动立场，国会1820年的“密苏里妥协”因禁止南部各州将奴隶带入北部新加入联邦的各州和其他准州地区，侵犯了南部奴隶主受宪法保护的拥有奴隶的财产权而被判违宪无效。[32]

（3）洛克纳案（*Lochner v. New York*）。坚持司法能动立场的五位多数大法官认为，1897年《纽约州劳动法》的真正立法目的在于对私营企业雇员劳动时间进行规制，它并非出于对道德或雇员健康之考虑。在这种情况下，雇主与雇员在雇佣关系中的缔约自由不会在不违反宪法的同时被禁止或被干扰。[33]所以，纽约州劳动法有关最低工时之规定违宪无效。

（4）美国诉巴特勒案（*United States v. Butler*）。本案判决罗斯福新政的重要立法——《农业调整法》因规定对农产品补助违反宪法第十条修正案而无效。尽管有大法官宣称法院不能自以为是“唯一拥有管理政府权力的机构”，[34]但这种异议意见终究无法改写《农业调整法》违宪无效之悲剧命运。

(5) 钢铁公司占领案 (Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer)。在上世纪50年代初, 杜鲁门总统以朝鲜战争需要为由下令占领因罢工而停产的钢铁公司。最高法院多数意见站在司法能动的立场上, 宣告该占领行为违宪无效。[35]

(6) 贝克诉卡尔案 (Baker v. Carr)。在司法传统上, 立法机关议席分配问题被认为是一个超越司法权限范围的“政治问题”。[36]但坚持司法能动的沃伦法院有意忽视此前的司法先例, 以宪法平等保护的名义宣告田纳西州的立法议席分配方案违宪无效。[37]

(7) 罗伊诉韦德案 (Roe v. Wade)。本案堪称是美国历史上最具争议性的宪法判决。法院的多数意见支持妇女享有堕胎的自由权利——尤其是在怀孕的头三个月, [38]从而一纸推翻了美国46个州有关反堕胎的立法。伦奎斯特大法官曾指出, 多数意见与其说是司法判决毋宁看成是在进行司法立法。[39]

(8) 普莱勒诉多伊案 (Plyler v. Doe)。迷恋司法能动的多数大法官认为, 根据移民法, 无论他的身份是什么, 外国人无疑都是任何普遍意义上的“人”, 同样受联邦宪法第五和第十四条修正案中的正当程序条款保护。[40]德州1975年教育法因规定区别对待非法或合法进入美国的孩子而被判违宪无效。

(9) 美国诉莫里森案 (United States v. Morrison)。本案涉及国会1994年制定的《预防暴力侵犯妇女法》——一部旨在保护妇女不受暴力侵犯的重要立法。最高法院多数意见认为, 无论是根据宪法商事条款, 还是依据宪法第十四条修正案, 《预防暴力侵犯妇女法》有关在联邦法院起诉施暴者的规定都超越了国会的立法权限, 它应被宣布违宪无效。[41]

(10) 哥伦比亚特区诉赫勒案 (District of Columbia v. Heller)。本案判决于2008年6月。五位多数意见认为, 华盛顿市议会制定的《1975年枪支控制管理法》因违反美国公民持有和携带武器的不可剥夺的宪法权利而无效。[42]此则司法能动判决事实上使美国联邦、各州以及地方的不计其数的枪支管理法案皆面临着违宪无效之厄运。

以上十则案例雄辩地证明了司法能动与违宪无效之判决结果之间存在着毋庸置疑的因果关系。在无立法或行政行为受违宪挑战即无宪法审查的诉讼中就无所谓司法能动 (或司法消极)。只有在司法诉讼过程中启动了宪法审查 (司法审查), 司法能动哲学才有用武之地并最终产生违宪无效之判决结果——此时如坚持司法消极哲学则会出现曲线裁判、回避宪法判断以及更多的合宪有效之判决结果。西方司法实践中真实的司法能动外延范围与适用语境就是如此。一旦对此缺乏应有的认识, 那注定难以领悟到原生态的西方司法能动到底能动在何处。

五、剩余的思考：司法能肩负政治任务前行？

如果说我国的司法能动与西方语境中的司法能动还有一点点共性, 那就是它们都面临着正当性这一难题。关于西方司法审查尤其是司法能动哲学主导下的司法审查“反民主多数”之“原罪”以及司法能动实际上是一种司法冒险这不是本文关注的重点, 在此不予详论。但我国语境下的司法能动所面临的正当性难题则不容避而不谈。其正当性难题表现在司法能动性已超越了司法的应然权限范围, 重新回到了政务性司法传统, 有失尊严地沦为立法机关和行政机构的“帮手”。这不但为立法权和行政权干预和介入司法提供了最好的契机, 而且严重妨碍了法院裁判法律纠纷争议这一正当职能的行使, 不利于纯洁司法和独立司法。近日, 陕西省国土资源厅就“山东煤矿采矿权属纠纷”召开所谓“协调会”, 并公开否决法院就该纷争作出的生效判决, [43]这在某种程度上就是司法能动正当性难题的直接产物。这个案例充分说明, 过于超越其司法职权范围在前的法院, 必将不可避免地被立法部门和行政机构反超越, 从而大大动摇其正当性根基, 并丧失基本的独立性和应有的权威性。

在金融危机面前, 我国法院未能把握好司法的自律和自限, 在能动的道路上有点走得过快、过远, 以致于使自己深陷于人民司法的传统模式而难以自拔。以作为司法能动举措之一的司法调解为例。在司法能动运动中, 各级法院并未坚持“能调则调、当判则判”的判调原则, 调解不但被强化、被优先, 而且有些法院甚至把“全调解”、“零判决”作为自己的司法方向和司法目标。审判法院变脸成了调解法院、审判法官转型成了调解法官, 这应该是司法能动运动始料未及的。过于依

赖调解结案，不但会降低诉讼效率，而且其营造的使权利人让步的“囚徒困境”会折损诉讼公正，催化法律虚无主义意识复燃并蔓延。[44]

我国司法能动体现的是法院服务大局、“有为才有位”的思路，它展现了中国司法积极进取的追求，它本质上是一种中国特色的积极司法而非西方的能动司法。[45]张志铭教授的此等认知看到了我国司法能动的真正旨趣。但无论是打造服务型法院还是实践有为有位思路，都突破了司法“被动”和“中立”的基本品性要求。此种积极进取的司法追求，结果必定是法院把自己手中的司法权拱手相让，让它重新回到行政权的怀抱，在与执法的行政部门眉来眼去、打成一片的过程中，被动与中立齐飞，主动共服务一色。在能动的名义下，司法独立裁判法律纠纷的正当职能被严重虚置和扭曲，司法能动的正当性以及司法本身存在的正当性都大打折扣甚至沉沦丧失。人民法院能动至如此田地，其还是不是以服从法律、裁判纠纷为天职的司法部门委实值得怀疑和省思。

“在传统中国，没有角色中立意义上的司法，只有相对专业或专司意义上的司法，没有国家议事、执行、审判三种职权分立意义上的司法，只有作为整体国政的一部分的司法。”[46]这是范忠信教授对我国传统司法最关键特征所作的概括。而在二十一世纪的今日，被置身于司法能动运动中的我国当下司法不也成了“作为整体国政的一部分的司法”么？

“在整个审断过程中，没有现代司法意义上的严密程序性规则，更不会为了程序性的价值追求而牺牲实体问题的解决。这才是清代州县审断的真实过程。”[47]此乃里赞教授对我国清代司法诉讼特征之概括。“始终把解决实际问题、化解社会矛盾放在首位”的今日中国能动司法其真实的诉讼过程与一百年前的清代其实已经没有什么本质的区别。

应付金融危机、维护社会稳定，是宏大的政治使命。司法部门参与是应该的，但应限于有限的参与，[48]且应以司法的方式参与即在司法裁判中尽可能支持有关“三保”的法律、法规和政策，而不应像现实那样沦为立法机构和行政部门的帮手，从而牺牲自身的独立性和正当性。缓解金融危机并不需要“危机司法”，[49]且过于能动的危机司法对于拯救金融危机能否产生积极功效及其功效到底有几何还有待于观察和验证。同样是面对金融危机，西方国家的司法“脸不红、心不跳”、几无危机意识这多少值得我们借鉴和思考。

为应对金融危机和服务“三保”而能动的我国司法，所走的是传统的政务性司法的路子。在金融危机面前司法固然需要一些能动，但司法能动不是司法无立场、无原则、无程序的司法乱动，否则司法能动下的司法就不再是一种以行使判断权为天职的独立司法了。能动司法可能会因过于追求法律的政治和社会效果而忽视法律的内在逻辑和稳定。[50]“为大局服务”的“道义”可能随时压垮司法的“铁肩”，而“为人民司法”的“文章”亦难以自出中立法官之“妙手”。我国各级法院在司法能动的旗帜下全力以赴实践“大局司法”、“人民司法”这种政府号召和要求时，理应记住这样的忠告：“司法权的运行在我们国家道路坎坷，维护司法权的底线远比盲目扩展司法权重要得多。司法权的运行只承担有限的政治使命，负担过重，可能会引发‘过劳死’的恶果。”[51]

*原载《法商研究》2011年第3期，第19—27页。陈柏峰博士对第二、第三和第四个小标题作了修订，并添加了两个补充性注释，为本文增色不少，特此鸣谢，文责自负。

[1] 参见袁定波：《发挥审判职能强化能动司法》，《法制日报》2009年6月20日。

[2] 参见浙江省高级人民法院课题组：《国际金融危机背景下涉诉企业解困司法对策研究——以浙江法院实践为样本》，《法律适用》2009年第9期。

[3] 参见应勇：《上海市高级人民法院工作报告》，

<http://www.shanghai.gov.cn/shanghai/node2314/node2315/node4411/u21ai477372.html>，2011-02-28。

[4] 参见王胜俊：《最高人民法院工作报告》，

http://www.court.gov.cn/lhzl/lhtpqh/201003/t20100311_2750.html，2011-02-28。

[5] 参见苏力：《关于能动司法与大调解》，《中国法学》2010年第1期。

[6] Robert A. Dahl, Decision-making in A Democracy: The Supreme Court As A National Policy-maker, 6 Journal of Public Law 279, 293 (1957).

[7] Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 *Harvard Law Review*. 1281, 1307 (1976).

[8] 参见杨建军:《“司法能动”在中国的展开》,《法律科学》2010年第1期。

[9] 公丕祥:《应对金融危机的司法能动》(上篇),《光明日报》2009年8月6日。

[10] 贺小荣:《能动司法是人民法院服务经济社会发展大局的必然选择》,《人民法院报》2009年9月1日。

[11] 王胜俊:《在全国政法工作电视电话会上的讲话》,《法制日报》2009年12月24日。

[12] 公丕祥:《应对金融危机的司法能动》(中篇),《光明日报》2009年8月13日版。

[13] 参见公丕祥:《应对金融危机的司法能动》(下篇),《光明日报》2009年8月27日。

[14] 参见袁定波:《发挥审判职能强化能动司法》,《法制日报》2009年6月20日。

[15] 参见公丕祥:《应对金融危机的司法能动》(下篇),《光明日报》2009年8月27日。

[16] 贺小荣:《能动司法是人民法院服务经济社会发展大局的必然选择》,《人民法院报》2009年9月1日。

[17] 公丕祥:《应对金融危机的司法能动》(上篇),《光明日报》2009年8月6日。

[18] 参见《探索建设公正高效权威的社会主义司法制度——陇县法院“能动司法模式”研讨会专家发言摘要》中的“陇县能动司法模式介绍”,《人民法院报》2009年9月16日。

[19] 参见袁祥:《“东营经验”的核心价值是什么——与山东省东营中院院长王少南的对话摘录》,《光明日报》2009年6月29日。

[20] 参见王明坤:《坚持能动司法 切实服务大局》,

<http://dyzy.chinacourt.org/public/detail.php?id=24390>, 2011-02-28。

[21] 参见故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》(上册),中华书局1979年版,第471页。

[22] 董必武:《董必武政治法律文集》,法律出版社1986年版,第545—6页。

[23] 参见《探索建设公正高效权威的社会主义司法制度——陇县法院“能动司法模式”研讨会专家发言摘要》中贾宇的发言“陇县模式具有普遍适用的价值”,《人民法院报》2009年9月16日。

[24] 参见苏永通:《不按“法理”出牌的高院院长》,《南方周末》2009年2月17日。

[25] See Keenan D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”*, 92 *California Law Review* 1441, 2004.

[26] Bryan A. Garner ed., *Black’s Law Dictionary (Seventh Edition)*, West Group, 1999, p. 850.

[27] See Keenan D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”*, 92 *California Law Review* 1441, 2004.

[28] See William P. Marshall, *Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism*, 73 *Colorado Law Review* 1217, 2002.

[29] [日]阿部照哉等著:《宪法》(上册),周宗宪译,中国政法大学出版社2006年版,第402页。

[30] Christopher Wolfe, *Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security*, Rowman & Littlefield Publishers, 1997, p. 5.

[31] *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, (1803).

[32] *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 452 (1857).

[33] *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 64 (1905).

[34] *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, 79 (1936).

[35] *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

[36] *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549, 556 (1946).

[37] *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

[38] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 164 (1973).

[39] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 164—65 (1973).

[40] Plyler v. Doe, 457 U. S. 202, 210 (1982).

[41] United States v. Morrison, 529 U. S. 598 (2000).

[42] District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008) .

[43] 李星文：《行政部门否决法院判决的口子不能开》，《北京青年报》2010年7月22日。

[44] 参见李喜莲：《法院调解优先的冷思考》，《法律科学》2010年第2期。

[45] 参见张志铭：《中国司法的功能形态：能动司法还是积极司法？》，《中国人民大学学报》2009年第6期。

[46] 范忠信：《专职法司的起源和中国司法传统的特征》，《中国法学》2009年第5期。

[47] 里赞：《司法或政务：清代州县诉讼中的审断问题》，《法学研究》2009年第5期。

[48] 有学者指出，能动司法的案件范围，应主要包括疑难案件、社会广泛关注案件和普通案件，参见姚莉：《当代中国语境下的“能动司法”界说》，《法商研究》2011年第1期。笔者认为，这种意见值得重视。

[49] 参见张千帆：《缓解经济危机未必需要“危机司法”》，《法制日报》2009年2月5日。

[50] 参见潘云华：《中国司法能动的规范化构想》，《法商研究》2010年第5期。

[51] 董茂云：《从废止齐案“批复”看司法改革的方向》，《法学》2009年第3期。

（编辑：张洁）