

# 徘徊在克制与能动之间

## ——比较法视野下两种司法哲学观的对抗与抉择

陈贤贵 洪秀娟

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

**摘 要:** 作为法学理论中两种不断尖锐斗争的司法哲学, 司法克制与司法能动的分歧在于法官行使自由裁量权的限度; 两者的对抗与抉择, 反映了一国法制发展的规模、程度及其在不同历史时期的特定要求。我国当下尚无明确的司法哲学, 法院和法官拥有几乎不受限制的法律解释权, 司法能动处于无序状态, 不利于法律的安全与稳定以及法律权威的确立。因此, 我国应该在两种司法哲学中作出契合国情的理性选择。

**关键词:** 司法克制; 司法能动; 比较法; 司法哲学观

中图分类号: DF71

文献标识码: A

文章编号: 1007-788X(2009)04-0028-07

司法克制和司法能动是法学理论中两种不断尖锐斗争而又此消彼长的司法哲学。司法克制要求法官对法律忠诚, 尊重规则, 克己守法, 廉洁自律, 并对其他公权力保持谦抑。司法能动则要求法官应该为各种社会不公提供司法救济, 并运用手中的权力, 尤其是运用将抽象概括的法律保障加以具体化的权力去实现社会正义。<sup>①</sup>司法克制与司法能动之间并不存在非此即彼的差别, 两者的矛盾大抵在于法官行使自由裁量权的范围或限度, 即“法官在进行自由裁量时享有多大的自由或者受到多大的限制的程度问题”。<sup>②</sup>在西方国家法制发展过程中, 司法克制与司法能动的对抗与抉择, 反映了一国法制发展的规模、程度及其在不同历史时期的特定要求; 只有司法领域存在司法克制主义的风气, 法律制度才能正常发展, 法治理想才能最大限度地实现。我国当下尚无明确的司法哲学, 法院和法官拥有几乎不受限制的法律解释权, 司法能动处于无序状态, 不利于法律的安全与稳定以及法律权威的确立。为此, 本文拟在比较法的视野下对我国当下应当奉行什么样的司法哲学作些探讨。

### 一、两大法系中的司法克制与司法能动

从西方国家的法制发展历程来看, 无论是英美法系国家还是大陆法系国家, 关于司法克制抑或司法能动的抉择一直是备受学界争议的话题, 并在司法实践中经历了且还在经历着各种对抗与妥协。即使在一个国家甚至一个法院, 在不同的历史时期也有不同的态度。以美国最高法院的司法能动主义——又被称作现代司法审查——为例。从美国建国到 19 世纪末期, 美国最高法院所采取的是一种较为温和的司法审查形式。法官在解释宪法时, 一个基本假设是, 宪法具有其起草者给定的、可以确定的含义。因此, 司法审查的目的不在于赋予一个意义不清楚的法条一个意思, 而是要执行宪法中已经清楚载明的意思。<sup>③</sup>这种宪法解释被看作是一种特殊的制定法解释, 主要是为确定各种文件的意义而使用的一套常识性解释规则。法官行使解释权时, 首先审查文件用语的通常含义, 其次再通过上下文进行解释。19 世纪末, 在自由放任主义经济哲学的影响下, 当时的最高法院竭力保护经济自由和财产权不受立法行为的侵害, 司法审查也随之相应发生了根本性变化, 最高法院经常使用正当程序条款推翻联邦和州的法律。由于美国宪法中“正当程序条款”含义较为模

收稿日期: 2008-11-22

作者简介: 陈贤贵(1982-), 男, 福建漳州人, 厦门大学博士研究生, 主要研究方向为诉讼法学与司法制度。

① 张榕:《司法克制下的司法能动》, 载《现代法学》, 2008 年第 3 期。

② [美] 克里斯托夫·沃尔夫:《司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁》, 黄金荣译, 中国政法大学出版社 2004 年版, 第 2 页。

③ 同前引②, 第 18-23 页。

糊,对于制宪之初无法预见的新问题和新情况,最高法院大力倡导“背离”宪法的最初意旨以进行扩张性解释,试图通过这种司法性立法填充法律的“空隙”,相应地使得法官有机会根据自己的司法哲学解读宪法,从而形成一种新的司法审查形式。这种形式从一开始就受到各方批评,到20世纪30年代,这种批评达到了高潮。当时由于最高法院否定了罗斯福新政立法,而罗斯福则试图通过重组最高法院的形式进行反击,最终两者达成妥协,即在经济和社会政策领域,最高法院采取了顺从立法机关的意志,几乎不再行使司法审查权,转而开始对自由、平等和公民权利等方面给予极大的关注。而在1953年沃尔法官执掌最高法院之后的46年间,成为美国历史上司法能动主义最活跃的时期。与传统较为温和的司法审查性质相比,此时的司法审查更具“立法性”,减少传统上对接近司法权条件的限制,司法审查逐渐演变成“司法至上”。<sup>④</sup>司法能动主义的发展导致司法权大有超越其他两权之嫌,于是争论与批评在所难免。实际上,长期以来美国最高法院一直存在一种声音,即呼吁对司法能动保持警惕,要求司法保持克制。尤其是9·11之后,基于国家安全利益的考虑,联邦法院采取了保守主义和克制主义的立场,对行政权和立法权采取了最大限度的尊重,即使承认能动主义的作用也要采取某种规范的方法予以限制。不过,2006年6月29日美联邦最高法院就关塔娜摩囚犯一案裁决布什设立特别军事法庭违法,似乎又预示着司法权对行政权的干预的能动主义倾向重又抬头。<sup>⑤</sup>可见,在解释宪法时,美国最高法院应当奉行司法克制还是司法能动,这一问题一直处于此消彼长的关系之中,而且可能继续相持下去。其实不仅是美国,即使在作为普通法发源地的英国,“传统的解释原则或定律也一直在两种立法之间摇摆不定——其中一场立场认为,立法者发布指令时所用的词,只能为他们的实际目的或意图提供证据(也许是最好的证据);另一种立场是,立法者的实际目的或意图,只能为立法者用词(以及通过这些用词,立法者审慎地发布的指令)的含义提供证据。”<sup>⑥</sup>

在大陆法系,由于深受理性主义的成文法传统影响,在理性主义观念之下,法官应当保持克制,即只应探求法律意思,寻求法律理由,只需依概念而计算,或纯粹的逻辑推演,无须也不应当进行目的考量、利益衡量和价值判断,法官完全可从一个“法律体系”中逻辑地推出所有法律规范,从而解决纠纷。<sup>⑦</sup>例如,法国拿破仑法典在立法语言上主张用词浅显,其用意在于限制法官对法律进行解释,至多仅限于个案中对法律进行的平意解释,且不得确立一般的行为规则。但随着社会的发展,司法不得解释的观念逐渐被打破,人们在承认司法解释的必要性和正当性的同时,开始寻找法律权威的可能性来源。如意大利著名法学家卡佩莱蒂所言,“一定程度上的创造性和自由裁量皆内含于任何类型的解释之中”,因而“真正的问题并不是一方面司法‘解释’(无创造性)与另一方面司法‘造法’之间的截然分野,而是一个创造性程度的问题。”<sup>⑧</sup>继法国民法典之后,瑞士民法典也开始采用习惯法和复制立法者意图等方法来补充法典的解释,尤其是对司法解释中文义解释方法之外其他解释方法的权威基础建立在复制“立法者立法意图”基础之上的做法,也是延续了大陆法系一条古老的普遍法则,即“解释权属于制定者”。<sup>⑨</sup>而在德国,在禁止拒绝裁判的原则下,虽然法官造法已不再被视为异物,法官法在整个法源中也有了一席之地;但是德国学界主流的声音在于呼吁“通过将尊重方法论作为造法的必要前提,造法的行使必须是慎重且抑制的,法官法的发展过程中应有辅助原则(如优先考虑法律的条文解释,立法者的意思以及现行法律构成,造法必要者负有对其主张的证明责任等),尊重根据程序法上的规定而产生的界限等方面来对法官造法进行必要的制约。”<sup>⑩</sup>

目前我国尚无明确的司法指导性思想,对于在司法裁判过程中应当保持克制还是能动,或者说应当采取什么样的司法哲学或意识形态的问题,学界从鲜有讨论到最近以来针锋相对,凸显了该问题的复杂性与重要性。从历史上考察,我国对法律的稳定性极不尊重,对法律的安全性缺乏认知,对法律稳定性的追求也仅在

④ 刘慧英、任东来:《能动还是克制——一场尚无结论的美国司法辩论》,载《美国研究》,2005年第4期。

⑤ 齐树洁主编:《美国司法制度》,厦门大学出版社2006年版,第169页。

⑥ [美]杰弗里·马歇尔:《宪法理论》,刘刚译,北京大学出版社2006年版,第88页。

⑦ 王洪:《司法判决与司法推理》,时事出版社2002年版,第71页。

⑧ 李琦:《司法的当代形态及其正当性——对卡佩莱蒂〈比较法视野中的司法程序〉的也许最为重要/恰当的阅读路径》,载《厦大法律评论(第十辑)》,廖益新主编,厦门大学出版社2005年版,第315页。

⑨ 王国龙:《论和谐社会构建中的司法克制主义立场》,载《法学论坛》,2007年第3期。

⑩ [德]汉斯·普维庭:《德国司法领域中的法官造法》,汪振林、陈刚译,载《比较民事诉讼法(2006卷)》,中国法制出版社2007年版,第31-40页。

秦代法家思想中昙花一现。汉代之后,儒家思想成为主流思想,天理和人情取代了法律的权威和地位。也就是说,我国并没有严格法制主义的传统与实践经验,法制观念先天不足。而在我国当代,法律及时废、立、改的立法思想盛行,辅之以“宜粗不宜细”的立法原则,“最高人民法院拥有各国最高法院均望尘莫及的制定抽象性司法解释的权力,各地法院似也有创新审判制度和创设判例的能力”。<sup>①</sup> 学界的观点差异很大。有学者认为,在法律方法演进的过程中,司法能动性的崛起是中国法治发展的必然,并将逐步地成为法律方法的基础。司法能动性是一种司法哲学观,是法官在司法过程中采取的一种灵活方法,秉承一定的法律价值,遵循一定法律规则,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。<sup>②</sup> 有学者则认为,将司法能动主义作为法律方法的基础是有问题的,理由在于:“(1) 维护法制的法律方法多不支持能动主义,像文义解释方法、法律发现方法、法律推理方法等是支持司法克制主义的。支持司法能动主义的方法多少对法制会产生负面影响,如利益衡量、实质推理(法律论证)、价值衡量、漏洞补充、目的解释等。(2) 司法能动主义的创造不是法制的常态。它只是解决少数特殊案件的立场。因而,我们不能以司法能动作为方法论的基础……我们相信,法律规则能够解决大部分的案件。只有在少数的案件中才有创造的空间。所以,我们认为,司法克制主义是法律方法论发挥作用的基础。没有克制与谦抑,剩下的就可能是任意,而任意是不需要法律方法的,法官临事议事就行了。”<sup>③</sup> 对于一个法治建设还处于初级阶段的中国社会来说,要捍卫法律主治下的法律权威,严格法治主义是一种需要我们认真对待和理性选择的法治观念。严格法治主义对司法和法官的中立性和公正性地位表现为,法官必须严格地根据法律文本尤其是确定的字面意思适用而不是创造法律,法官对法律的忠诚表现在司法裁判中就是法官对法律文本客观含义的忠诚,进而,严格法治主义要求司法必须采取克制主义立场,司法克制主义是一种严格强调法律文本含义至上、法律文本的意义以含义为基础的一种法律解释姿态。”<sup>④</sup>

## 二、司法克制抑或司法能动

司法克制主义和司法能动主义各有自身的基本宗旨,以各基本的命题为内核展开,并在长期的法律实践过程中不断对抗与发展。司法能动主义的基本宗旨以“法官和法院不得拒绝当事人诉讼”这一古老的法律谚语为出发点,主张“法官应当审判案件,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”,<sup>⑤</sup>要求法官积极应用司法权尤其是运用将抽象概括的法律保障且加以具体化的权力,为各种社会不公正提供充分司法救济。其大致包括以下几个基本命题:一是政治学命题,即民主要求作为中立机关的法院和法官对法律负责,司法权因而成为一种默示的合法性权力。二是法律命题,即语言的不确定性决定了法律的不确定性,而法律的本质是保护和实现人的利益。三是司法本质命题,即司法裁判中的案件从来都不存在唯一正确的答案,法院和法官总是在创造而不是服从地适用法律。司法权的本质是广泛的司法救济权。相对而言,司法克制主义的基本宗旨在于,法治是法律主治,司法权与立法权有本质的分工与区别,司法权从一般的性质、目标及其行使方式来看都是一种有限的国家权力,因此要求法官不能像立法者那样思考并为社会制定规则。其基本命题相应可作如下界定:一是政治学命题,即民主也是法院追求的基本目标,法院和法官最终都要受表现为法律的人民意志的控制,并不享有也不能够享有一种能够确定自由和平等适当限度的那种不受限制的权力。二是法律命题,即法治语境下的法律主治内涵更表现为司法是服从立法的“规则实施”,法律具有确定性,法律语言的模糊性和开放性的局限受制于法律的整体性,因而在司法裁判中存在唯一正确的答案。三是司法权本质命题,即现代社会权力分工制衡的民主原则要求法官严格地根据法律文本或者其他更确定的字面意思适用而不是创造法律。<sup>⑥</sup> 可见,司法

① 徐景和:《中国判例指导制度研究》,中国检察出版社2006年版,第163页。

② 张榕、陈朝阳:《中国司法能动性的开启及其规制——以最高人民法院〈民事证据规定〉为中心的分析》,载《厦门大学学报》,2004年第5期。

③ 陈金钊:《法官司法的克制主义姿态及其范围》,载《法律方法(第7卷)》,山东人民出版社2008年版,第35~44页。

④ 张晓萍、王国龙:《论司法裁判过程中的司法克制主义》,载《苏州大学学报》,2007年第5期。

⑤ 同前引②,第2页。

⑥ 同前引④。

能动主义和司法克制主义都有其正当性理由及合理的内涵,司法能动更倾向于规则怀疑主义立场,而司法克制更倾向于规则客观主义立场。“每个能动主义或者克制主义的倡导者都会在这些论点中选取一些用来为这个或那个立场辩护。我们也不能说只存在一类能动主义或者克制主义的观点:各种形式的观点都存在。我们甚至也很难将所有人从‘极端能动主义’到‘极端克制主义’两个极端根据程度不同进行排列。通常一个人最后的立场总是试图描绘出这样或者那样适合搞能动主义或司法克制主义的特殊情形,也就是多少带些‘混合立场’的味道,这样就不会给读者留下非此即彼的印象”,<sup>①</sup>从这一层面理解,柔性的克制主义与刚性的能动主义之间并无截然的界限,甚至在许多个案中可以实现两者的平衡。因为“在有一些案件中,并不存在一个由现有法律所决定的绝对的答案,法官需要在多种可能的解释和可供采用的推理途径中作出抉择。”<sup>②</sup>亦即,在这些具体的案件中,严格地奉行司法克制主义或坚持司法能动主义对判决的影响很大——法官的意见和当事人的主张都需要采取一定的法律方法进行论证,而作为一种具有明显意识形态的方法论,任何法律方法都有一定的立场,立场不同或者说司法意识形态不同,得出的结论自然不同。但是,在大多数案件中,“不可能以任何其他方式,而只能以一种方式决定。在那里,法律和法律适用同样简单明了。可以说,这些案件的命运事先就定下来了而无需司法意见。”<sup>③</sup>

当然,我们也认为法官不应死板地司法,最理想的模式或许应该是坚持司法克制与司法能动相结合,扬长补短,如我国有学者主张的“司法克制下的司法能动”。<sup>④</sup>但问题在于,所谓“司法克制下的司法能动”的适用标准应如何划分与确定?法官究竟应该在什么时候坚持司法能动主义,什么时候坚持司法克制主义,或者什么时候才是司法能动与司法克制相结合发挥作用的最佳时期?此处不可避免存在一个新的价值判断或利益衡量问题,立法往往很难预测、规定和量化,最终仍需付诸于法官的判断与裁量,其结果不过是从一个迷宫转入另一个迷宫罢了。司法克制主义者不断提醒我们,基于法律思维的保守性,实际上所谓司法能动或法官创造的典型仅存在于少数疑难案件,多数案件显现不出法官的创造性。诚如波斯纳所言,在司法实践中,许多法律问题都是通过对已确定或已承认的事实适用明确、无争议的规则演绎回答的。这些法律问题是确定的,近乎于逻辑意义上的确定。<sup>⑤</sup>因此,“法官永远的当务之急,必须是寻找规则,或者可以代替规则的一种公众之共识”,<sup>⑥</sup>现代法治对合法性的追求要求法官对当事人之间纠纷的解决必须以充分尊重法律文本的权威为前提,即需要认真对待规则。而且,“自然法理论和分析实证主义都使得法官们相信,总能在什么地方找到他们要遵循的规则”。<sup>⑦</sup>不过,规则的适用必然需要解释。因为法律文字所记载的内容是无法言语的,立法者把其意图赋予给了一个不会说话的“法典”,而法典一经诞生却又具有了独立的“意志”——变化着的社会政治、经济、文化、传统、习惯、风俗等等赋予了法律文字新的含义,这时它已经脱离了立法者对它的意图的束缚,而揉进了许多新的内涵,从而丰富了法律、发展了法律,进而完善了法律。即使当初的立法者依然存在,恐怕连他也无法说清楚这时的法律的真实内容是什么,因为他面对的同样是一个独立了的文本,对他而言,这一法律文本就是新的,一个附加了内涵的法律。更何况这只是一种假想,因为历史上哪些人被视为立法者?如何发现这些人的意图?当这些意图彼此不同时,如何整合为统一的意图?它不能进行任何意图的传递和表示,它的意图完全交给了它的翻译者或解释者。所以,法律决不是一个“事实清楚明白的观点”而这就需要法官对法律是什么作出解释。<sup>⑧</sup>司法克制下的法官“不喜欢含混的笼统说明,偏好对所有社会问题都以个案方式加以对待,把所有可能的关系都理解为既定规则下的诉求和反诉求,以及相信规则是‘在那儿’的——这些因素结合在一起,把守法主义拼接成一种社会观”<sup>⑨</sup>,法官的价值追求都会融入其解释出的法律意义中。实际上,这种释法方式是把形式主义法学所纯化的法律概念、原理和关系用于对事实的解释,以寻

① 同前引②,第53页。

② [英]哈特:《法律的概念》,张文显、郑成良等译,中国百科全书出版社1996年版,第135页。

③ [美]卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第103页。

④ 张榕:《司法克制下的司法能动》,载《现代法学》,2008年第3期。

⑤ [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第54页。

⑥ [美]朱迪丝·N·施克莱:《守法主义:法、道德和政治审判》,彭亚楠译,中国政法大学出版社2005年版,第11页。

⑦ 同前引⑥。

⑧ 范进学:《德沃金视野中的法律:走向整体性法律解释之路》,载《山东社会科学》,2006年第7期。

⑨ 同前引②,第8-9页。

找事实的法律意义。此时,法律概念和原理对事实起过滤作用,将自然性从事实中剥离出去,让法律性得以“沉淀”。这就是建立在形式主义法学基础上的司法克制主义姿态,“可以说,司法克制主义观点的基础是注重形式理想的实现,尊重司法独立和法律的权威”。<sup>④</sup>

尽管如此,司法克制主义所受的批评却也从来没停止过。西方一些能动主义倡导者尤其是美国许多法学家主张,司法早已不是实施法律意愿的过程,法律解释实际上是创新的过程。威严的法律规则是动态的,而不是静态的。法官应当根据变化的情势解释法律。因为“法律的生命不在于逻辑,而在于经验”。<sup>⑤</sup>甚至,极端的能动主义代表人物弗兰克认为,“法律不需要确定性,它需要的是变化,以及试验。而要给出变化和试验的人乃是完全成熟的法官,……法官把法造成什么样,法就是什么样。……法官们应抛弃预期的确定性,不再将其当成社会的目标或旗号。相反,他们应该公开追求让每一个诉讼当事人变得更幸福、更美好。”<sup>⑥</sup>此外,弗兰克还宣称:“社会不需要确定性,它需要的是变化,以及试验”,“法,乃是‘高级闹剧’,是‘一场骗局’、‘新型巫术’,以及‘语言幻术’”,<sup>⑦</sup>可见,他所要打破“基本的法律神话”(法在那儿,法官就是在找法,而非造法)。卢埃林也认为,法律的核心不是规则,而是官方行为,或者说解决争端的官方行为。法律存在于法官的行为当中,书本中的法并不是法律,而是法官的行为当中体现出来的东西才是法律,即法官的角色就是制定法律,就是在制定政策。<sup>⑧</sup>由此可见,能动主义者认为法官造法是一种必然的事实,“法官解释法律和应用法律,同时也是制定法律”。<sup>⑨</sup>然而,我们应该清醒认识到:首先,西方许多国家经历了几百年的严格法治主义实践,法制已经成为一种根深蒂固的传统,法治观念深入人心。当然,法律的僵化和固有弊端也随之呈现出来。因此,他们主张能动主义,意在于克服法律的僵化,实现实质正义和个别正义。但是,他们并没有放弃严格法治主义中的合理内核,而是在反对刚性克制主义中倡导司法能动主义。其次,奉行司法能动主义是需要条件的:一是司法精英的存在,二是社会对通过对司法完善国家的立法体系有高度的期待,三是通过案件的审理所产生的对普遍规则的要求。<sup>⑩</sup>即司法能动是成熟法制的标志,并不适宜处于法制初级阶段的社会主义中国。最后,我们生活在一个充满冲突与纷争的世界,“社会中的大多数成年者,都倾向于安全的、有序的、可预见的、合法的和有组织的世界;这种世界是他所能依赖的,而且在他所倾向的这种世界里,出乎意料的、难以控制的、混乱的以及其他诸如此类的危险事情都不会发生。”<sup>⑪</sup>法律以其确定性、可预见性和连续性,为社会主体的行为提供指引并预见其行为后果,而司法过程就是要把不确定的法律变得确定,并由法官在法律个别化的过程中完成。因此,法官应当严谨地执行法律的意志,尽可能不渗入个人态度、情感与立场等主体性因素或倾向,时刻保持克制。布莱克斯通也坚持认为,法官只有审判的职能,他们发现或者宣告法律,只是在确认已然存在于先例、惯例或者永恒的“自然法”中的法律,但他们决不是创造法律,不是立法者,他们通过先例发现法律,即理性、原则、习俗、普通法或议会颁布的法律。先例本身只是对法律存在的证明,即使法官推翻某一先例,他们也只是宣告这一被推翻的先例是对法律的误解,新的先例代表了真正的法律。<sup>⑫</sup>

### 三、我国当下的司法克制与司法能动

我国有些学者亦主张司法能动主义,认为成文法本身存在着自身难以克服的局限性;社会的飞速发展导致社会利益的多元化、动态化,新的问题不断出现,而这些问题在现有法律规则下无法解决;司法作为国家权力的有机组成部分,必然地以实现社会正义和增进民众福利为目的。司法能动主义的崛起,是历史、法制发展的必然,应成为法制的常态;克服僵化的教条主义、本本主义是法官的一项历史使命;坚持克制主义必然最

④ 庞凌:《法院如何追求司法能动主义与克制主义的平衡》,载《法律适用》,2004年第1期。

⑤ O. W. Holmes, Jr., *The Common Law*, Boston: Little Brown, 1881, p. 5.

⑥ 同前引②,第84页。

⑦ 同前引②,第82页。

⑧ 张乃根:《西方法哲学史纲》,中国政法大学出版2002年版,第314页。

⑨ [美]戈卡尔:《法律哲学》,齐海滨译,三联书店1981年版,第6页。

⑩ 信春鹰:《司法能动主义的时代到来了吗?》,载《公法》第三卷,法律出版社2001年版,第293-296页。

⑪ 转引自[美]E·博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第239页。

⑫ 沈宗灵:《比较法总论》,北京大学出版社1987年版,第259-261页。

终会损害法律的权威；司法能动应当成为我国法律方法论的基础和司法哲学的基石范畴。<sup>⑤</sup> 虽然我们并不否认，法律确实需要根据社会发展注入“新鲜的血液”，但这并不能成为法官“法外判决”的正当性理由。如前已述，我国并没有严格法制主义的传统与实践经验，法制观念先天不足，加之当下法律及时废、立、改的立法思想及“宜粗不宜细”的立法原则盛行，在司法实践中，我国最高人民法院及地方各级人民法院和法官享有几乎不受限制的法律解释权，他们热衷于寻找法外规则，结果是例外往往成为常态，并演化成司法惯性。首先，最高法院拥有制定高度抽象性司法解释的权力，且完全不受当事人提交案件与争议的限制，也无需就解释的合法性与正当性作任何证明。最高人民法院就法院审判工作中具体应用法律的问题所作的解释，很少直接用于它自己的审判过程中，更多的是指导下级法院的审判活动，对下级人民法院的审判活动有普遍的约束力，具有明显的立法特征。<sup>⑥</sup> 实际上，许多法律制定出来之后最高人民法院都会发布一个关于适用该法律的意见或规定，对该法律进行司法解释，解释的条文甚至远远多于法律条文本身。<sup>⑦</sup> 如2002年4月实施的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》对于《民事诉讼法》中有关证据规定进行的解释。其次，各地法院也拥有创新审判制度和创设判例的能力。如各级法院的法官在个案中改变法律适用的既定规则或司法先例，那么他们并不必就此作出充分的论证或解，当事人的诉权也无法对其形成有效的约束。而在现行的审级制度下，大多案件在中级法院便得以终审，即便在社会上具有重大争议和法律价值的案件，当事人也无法通过上诉权的行使寻求更高级法院对下级法院法律适用与解释的审查。最后，在法院的裁判接受社会公共舆论的监督方面，现有的公开审判制度并未为社会提供一个明确的标准，法院实际上拥有对公众开放程度不同的掌控权。如最高人民法院司法解释对庭审采访宽严度的把握完全在于法院对现实情况的判断，一般而言，如果法院认为新闻机构和记者与法庭比较合作，其报道对审判不会产生负面效果时，法庭的管理尺度会适当放宽，反之则极为严格，甚至拒绝报道采访。因此，在不受制于当事人提交案件与争议，法官不必作出充分的证明，审级制度无法把关及公共舆论监督有限的情况下，我国法官实际上拥有法律解释的极大自由裁量权，司法能动处于无序状态。<sup>⑧</sup> 此时，如果还一味倡导司法能动主义，我们很难预知法官的审判活动将会被引向何处去？实际上，司法能动主义“听起来让人激动、实行起来让人被动，到头来只能更深地伤害孱弱的中国司法。”<sup>⑨</sup>

我们认为，司法能动并非司法最显著的特征，对法律的服从才是法官最基本的职业道德。在我国当下，司法能动不能成为主流的司法哲学或主导法官的意识形态，恰恰是应当被严格限制的活动。当务之急，应当确立的是对规则所保持的克制与谦抑的信念。而法官的任务就是根据法律——哪怕是残缺不全的法律——解决当下的案件。因为立法者所创设的规范，即使再详细或全面，也不可能完善或细化到为每一个案件立法。所以法官应置身于职业的立场分析案件，解决纠纷，最多是在法条模糊的时候，临时客串一下：设计假如自己是立法者面对案件时该如何处理，而不是真的以为自己是立法者。<sup>⑩</sup> 尤其是在法律权威尚未确立，社会及公众对法制仍持怀疑，司法判断权被当作一种“官”的权力进行寻租时，我们不能不要求法官坚持司法克制主义立场。

首先，恪守严格规则主义立场。法制是规则之治，离开规则，法制无从谈起。严格规则主义要求认真对待规则，法官必须严格地依照法律文本的含义解释法律，并结合当下的个案合理地衍生出法律的意义。但是，尊重法制、服从规则并非我国文化的主流。改革开放以来，尽管我国开展了广泛的立法，社会主义法制也被作为一项执政目标提出。然而社会主义法制的首倡者却不是法学家，而是政治学者和政治家，他们所崇尚的法制，更多是出于政治上的冀望，片面强调法制的手段性而误解乃至忽视其目的性。或许可以说，我国的社会主义法制建设是因社会发展而“被迫”作出的选择。而且，近年来我们在借鉴域外先进立法之时，往往是出于实用主义的立场对各种制度或程序设计进行取舍与整合，却没有完全吸收相关法律制度的思想、理念及

⑤ 陈朝阳：《司法哲学基石范畴：司法能动性之法哲学追问》，载《西南政法大学学报》，2006年第3期。

⑥ 刘风景：《权力本位：司法解释权运行状况之分析》，载《中国青年政治学院学报》，2005年第1期。

⑦ 魏胜强：《谁来解释法律——关于我国法律解释权配置的思考》，载《法律科学》，2006年第3期。

⑧ 张榕：《司法克制下的司法能动》，载《现代法学》，2008年第3期。

⑨ 时代：《试论有限司法观的建构》，载 <http://www.dss.gov.cn/Article>，2008-10-20。

⑩ 陈金钊：《法官释法的意识形态》，载《法学家茶座》，2007年第2期。

其法治文化。看似引进或制定了很多法律和规则,但很多都得不到很好的执行,或者根本无法执行,甚至出现“有法不依”而又“无法可依”的尴尬局面。而法官在解释法律、适用规则时,常常又自觉不自觉地将自己置身于立法者的角色,缺乏对规则的敬畏与服从。我们认为,虽然现有的规则不可能兼顾到社会生活的方方面面,法律程序和各種解紛机制只能解决部分社会问题,但是法官的职责主要在于发现法律而非制定法律。在司法裁判中,严格规则主义应当成为确定法官权力的价值取向。当然,严格规则主义并不意味着僵化司法,而是倡导法官运用其智慧与经验把抽象的正义变为具体的正义,实现个案正义的最大化。

其次,法院和法官解释法律时,应当坚持有限创造原则。作为一项古老的法律原则——法制反对解释的原则强调,已明确的法条必须直接适用,法官没有必要进行意义的添加。法官主要对法律负责,执行法律。法律解释应当坚持文义解释优先原则。法律解释应以文本为基点,即解释只是为发现文本中已存在的意义,而非超越文本的内涵。“在神秘的创造过程与难以驾驭的解释过程之间,作品‘文本’的存在无异于一支舒心剂。它使我们的解释活动不是漫无目的地到处漂泊,而是有所依归。”<sup>①</sup>我国当下,最高人民法院及地方各级人民法院应对出台立法性的司法解释及司法创新保持必要的克制。作为中国特色的一种现代司法传统,短期内尚不能完全改变最高人民法院通过不针对个案的抽象性的司法解释指导下级法院审判工作的局面,也无法改变未经法律授权的审判制度乃至司法制度的创新。然而,最高人民法院及地方各级人民法院对此应坚守克制立场并逐步地规范自身的行为,从而不断提升司法公信力。虽然司法克制主义并不反对实质正义的追求,但更强调的是任何例外和对规则的逾越都是有条件的,法官则应当在法律传统、法律文化、法律原则和法律文本的衡平中寻找未知的答案。即使在法官造法较为流行的美国,司法能动主义思想在大多情况下也只是一种例外的司法意识形态,其在实践中发挥的作用也并非如有些学者鼓吹的那么巨大,“对司法能动的激励争论实际上也是审视美国司法能动主义的过程。在这种重新审视过程中,司法能动主义的反对者就可以合理地期望,在我们政治制度不同部分之间重新建立起一种权力的制衡,因为这更加符合美国宪法制度的缔造者所奉献的政治哲学。”<sup>②</sup>“我坚信司法能动主义是一个不幸的现象,如果没有它美国将变得更美好。”<sup>③</sup>

最后,提升法官自身修养。在物质利益面前,司法克制要求法官克己守法、廉洁自律。在现代法制建设中,各国已存在许多防范法官滥用司法权的制约措施,例如弹劾、罢免、程序监督等,但是最有效的举措还在于法官提升自身修养,自我克制。法制社会的形成,需要一大批为之奉献的法律人,尤其是法官。法官的职责在于通过判断权的行使落实规则,实现法律程序的功能与价值,维护现有的法律秩序。亦即,法官是现有秩序的捍卫者,更是社会稳定的卫道士。在我国当下,法官职业化尚未形成,许多法官还在为“养家糊口”而努力工作,司法判断权被习惯性地当作一种“官”权力进行“寻租”,社会公众对法官的信赖度较低。这种情况下,我们更应该强调法官的自身修养,强调法官自制。法官应受规则的约束,敬畏、忠于和服从法律。

<sup>①</sup> [英]斯特凡·科里尼:《诠释与过度诠释》,王宇根译,三联书店2005年版,第95页。

<sup>②</sup> 同前引<sup>②</sup>,第53页。