

法官论法：民事司法应对几种关系的辩证处理 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/484/2021\\_2022\\_\\_E6\\_B3\\_95\\_E5\\_AE\\_98\\_E8\\_AE\\_BA\\_E6\\_c122\\_484609.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E6_B3_95_E5_AE_98_E8_AE_BA_E6_c122_484609.htm)

众所周知，由于历史的原因我国是一个法律贫乏的国家。当前，随着司法改革的逐步深入，外国主要是西方国家的司法理念和司法制度如潮水般涌入，对我国司法制度乃至法治建设产生了巨大的积极作用。其中民事司法改革最为剧烈，改革成果亦最为显著，使民事司法制度与社会主义市场经济体制基本相适应。但是在民事司法改革的进程中，也出现了一些误区，甚至走过一些弯路。本文拟就民事司法中常见的几个关系从理论和实践的结合上进行简要分析，以期使民事司法更公正、更高效、更符合国情。

一、当事人举证和法院依职权调查取证的关系。根据民事诉讼法的规定，谁主张，谁举证，这是一条基本原则。举证的责任完全在于双方当事人，法院法官处于居中裁判的地位。这种理念和制度的引入，改变了过去法院大包大揽的诉讼模式，完全符合当事人诉讼地位一律平等的诉讼机理，发挥了双方当事人的积极性，激发了其参与诉讼的内在动力，节省了法院的司法资源，这是应当充分肯定和坚持的。但是，当事人举证也有局限性，主要体现在：一是当事人凭自身能力对有些证据不便调取；二是当事人为诉讼能力较低的弱势群体，其举证能力较低；三是当事人一方明显处于强势而另一方明显处于弱势地位，弱势一方举证能力显然不如强势一方。这几种情况，往往出现当事人举证不能的现象。依照证据有关规则，当事人举证不能就要承担败诉的后果。当事人由于举证能力不足而败诉有悖于社会公平正义

原则。于是，民事诉讼法和证据有关规则规定，当事人不便调取的证据可申请人民法院依职权调查。当然，这条规定的外延明显小于上述三种情况，致使民事司法中不少案件难以体现公平正义，由此引发当事人和社会公众的不满。因此，人民法院依职权调查取证的范围应该有所扩展。其扩展要充分考虑以下几个因素：1、我国社会经济和法治发展的现实性、阶段性与渐进性；2、我国历史文化的根基；3、我国民族民俗民风的传统习惯；4、广大人民群众对司法的期望和需求；5、既要防止过分强调当事人主义，又要注意避免回到职权主义的老路，两者应该有所取舍、有所选择，辩证地加以处理，创造出新的诉讼模式。

二、当事人意思自治与法官依法行使释明权的关系。市场经济的特征之一就是经济主体交易自由、合同自由、意思表示自由，社会主义市场经济也不例外。因此，当事人意思自治是民事诉讼的重要原则。根据这个原则，当事人在诉讼中可以主张、变更、放弃、完全处分自己的实体性和程序性权利。可是，由于我国公民尤其是生活在底层的农民等阶层，普遍缺乏权利意识，维护权利的意识更是淡薄，加上历史传统上就有期盼“包青天”为民作主的社会心态，因此，许多公民行使和处分权利的能力较弱。反映在民事诉讼上，许多当事人缺乏意思自治的能力。如果一味强调当事人意思自治，则可能因为自治能力的低下和诉讼机制的缺陷，使许多当事人丧失不情愿放弃的合法权益，丧失期待本来可以实现的利益，从而失去司法公正的待遇与保护，久而久之，最终使人民群众对司法机关失去信任和信心。这决不是危言耸听，目前社会公众对司法机关的评价就可以说明一、二。例如每年全国人代会对法院工作报告投票

的情况可以佐证，又如社会上存在的“案子一进门就托人来说情”的现象等，这都是对司法机关不信任的表现。其重要原因之一就是当事人意思自治与法官依法行使释明权的关系处理不当。在强调并实行当事人意思自治诉讼原则的同时，法官应当因时因地因案依法行使释明权。从目前诉讼当事人的成份结构看，特别在农村、边远山区、贫困地区等，法官释明既是权利更是义务。当事人由于法律知识贫乏、诉讼能力较低时，法官就应本着正义的理念，站在公正而中立的立场上，用通俗易懂的语言，为当事人说明法律的规定及含义，让其真实表达自己的意思，自由处分自己的权利，正如俗语说的“赢得堂堂正正，输得明明白白。”

### 三、诉讼调解和迳行判决的关系。

调解和判决都是民事诉讼的结案方式。在改革开放初期，民事审判中的确存在强迫调解、违法调解、久调不决等现象，人们开始怀疑调解的诉讼机制及其功能，因此在修改民事诉讼法时，把“着重调解”的规定删去了“着重”二字。从此，法院及其法官对调解普遍不重视，出现轻调解重判决的倾向。调解的优势一旦消失，判决的弊端就立刻显现，比如出现执行难、申诉多、法官负荷重、群众不满意等，使法院承受着案件与舆论的多重压力，法官抱怨社会不懂法，社会指责法院不公正。调解功能发挥不正常，主要原因是调解与判决之间的辩证关系把握与处理有欠缺。在新的历史条件下，要赋予诉讼调解新的内涵。调解应成为民事诉讼的必经程序，并真正地贯穿于诉讼的全过程，调解既是定纷止争的手段，又是矛盾纠纷化解要达致的目标；既是解决纷争的结案方式，又是诉讼追求的境界；既是人民法院参与和谐社会建设的重要途径，又是人民群众对司法功能的

迫切期望。在运用诉讼调解机制化解矛盾的同时，绝不能忽视判决的作用，调解与判决之间是一种辩证的关系，“能调则调，当判则判，调判结合”。问题在于什么是“能调则调”，什么是“当判则判”，什么是“调判结合”？为此，应注意把握以下几点：一是调解和判决都不能下达指令性或指导性计划。因为一经下达指标，就可能出现冒进、攀比、层层加码的做法，异化调解功能，使调解和判决的机能出现异常现象。二是调解和判决都不能作为法院与法官追求的唯一或主要的结案方式。究竟是调解结案还是判决结案，要因案因地因时而异，采取不同的审理策略，适时适当地找准结案方案。三是分类指导调解。不同地区、不同法院、不同法官有不同的调解规律。不同的地区由于经济社会发展的差异，对调解有不同的需求，不能强求一律。有的诉讼意识较强，民风强悍，崇信裁判的权威，判决方式结案比例可能高一些，有的则相反。不同的法院由于司法品性、习惯、综合实力不一样，在调解适用上也有较大的差距。不同的法官由于司法观念、素质、技能等存在差别，因此，调解能力可能不一样，不能由此要求其调解结案的比例一致，否则，调判就不能适当。四、法律规定与法官自由裁量的关系。法官的基本职责就是实施法律、适用法律、解释法律，其办案的主要依据是法律。法官必须严格依照法律规定进行司法活动，受法律规定的指引、规范和约束，并对案件作出司法判断，这是实行法制的基本要求，也是法官应当遵循的工作原则。然而，法官并不是法律简单的机械的操作手，法律也不是可以照搬照套的工具。法官司法具有一定的能动性和主动性，即法官具有一定的自由裁量权。法官自由裁量的依据和理由是

什么呢？主要是：1、法律条文是静态不变的，而纠纷的发生是动态变化着的。静态的法律如何适用于动态的纠纷，需要法官推理判断；2、法律规定是抽象的概括性的，不可能包罗万象，而案件纠纷千变万化、丰富复杂，需要法官类比、类推、综合衡量；3、法律由分散的条款组成，尽管具体明确，直截了当，但是由于纠纷的复杂性、差异性，法官需要比对分析和解释法律，从而准确地运用法律。从这几个方面看，任何法律都给法官预留了一定的自由裁量空间，让法官发挥一定的主观能动作用，衡平当事人之间的利益，维护社会公平正义。法官行使自由裁量权，应当坚持：首先，在法律规定的范围内行使自由裁量权，也就是说不得违反法律规定的情形进行裁量；第二，在法律规定的本义内行使自由裁量权，不得突破法律的本来含义、实质意义随意裁量；第三，在法律原则的指导下行使自由裁量权。法律原则是法律抽象出来的指导法官裁量的一些准则、理念、思想。自由裁量不仅不能违反法律条文本身和本义，也不能违反法律准则、理念、思想，否则司法的方向就可能偏离，司法的预期目标就难以实现。

五、法的滞后性与情势发展变化的关系。世界是矛盾运动着的，事物是发展变化着的。新的社会态势与相对固定不变的法律常常发生矛盾，提出新的挑战。现代社会变化之快、之大，使法律即使经常修改也赶不上它的发展速度。因此，法律不可避免地滞后于现实社会，滞后于情势发展变化，对于一些新出现的社会关系不能够进行调整。同时，由于人有限的理性，也不可能制定一部至善至美的民法法典。目前，我国正处于转轨变型时期，价值主体的多元化造成人们多种利益冲突，因而社会关系呈现出错综复杂的局面，而

法律的滞后性、不周延性又无法满足纠纷解决的需要，使法律存在着空缺结构或法律规范与时下流行的社会价值相抵触。当发生争议时就会出现无法可依的状况，法院法官怎么办？是依法无明文规定不处理还是根据法律价值进行衡量作出裁判？如果争议不大，则可以置之不理。但如果争议严重违反法律规范基本原则时，显然又不能置之不理。因此，为了实现法的价值目标，在民事司法中适时引入价值衡量具有实践意义。法官进行价值判断，应当围绕实现社会公平正义的目标，一方面循法而判，发扬法律善法之价值；另一方面，法官又具有新价值的创生功能、整合功能，扬弃恶法。价值衡量作为一种黄金方法，尽管可以有效地解决法官所遭遇的难题，但不可否认，如若运用不当则会对法治产生破坏作用，因为价值有时存在不确定性和价值判断的主观性。如何克服这些局限性，把民事纠纷争议处理好，促进社会的和谐？法官应当注意两个方面的问题：第一，把握价值衡量的标准。价值标准是法官进行衡量的依据。应当知道，在一定时期，社会有相对的利益或价值共识，具有主流价值。如何确定衡量标准，在司法实践中确实颇费思量。不管对法律价值有多少种认识，但始终都是从人权、公平、正义、秩序这四个方面演化而来的，因此，人权、公正（公平、正义）、秩序是价值衡量和评价的主要的基本的标准。第二，确定价值衡量的原则和界限。要注意坚持四个原则：一是范围有限原则，只有在一些社会关注的新类型疑难案件中，或者在适用法律条文时，发生与法律目的严重背离的情形时，才能适用该方法。二是合法性原则，价值衡量首先应当发现立法者及法律文本中积极保护之利益，若各利益均是法律保护的利益，

则应保护法律确认之基本利益。三是合理性原则，由于价值衡量的前提没有明确的法律根据，因此进行价值衡量时，必须考虑所衡量的价值的正当性，当不同价值发生冲突时，哪一种价值是优先选择的，法官应该首先考虑价值利益的正当性，而正当性又是相对而言，因而需要法官继续运用价值标准权衡取舍。四是灵活适用原则，在民事司法领域，法官的自由空间较大，不能只注意肯定一种价值，而完全否认另一种价值，而应该全面科学地综合进行价值判断，尽可能取得令各方比较满意的效果。上述几种关系，在民事司法中法官经常遇到，也不可回避，如果处理不妥，就会出现这样或那样的问题。当前司法实践中存在的一些问题甚至比较严重的问题，都与对这几种关系不能辩证地进行处理密切相关。正确地处理这几种关系，是目前民事司法必须正视的重要课题，也是民事法官必须具备的素质和基本功。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)