

Shenpan qianyan de falü sibian

审判前沿的 法律思辨

宋龙凌 主编



陕西人民出版社

责任编辑 / 宋亚萍

曾宣传

蒋 丽

整体设计 / 哲 峰



2005 年度陕西省高级人民法院学术论文讨论会
评委会组成人员名单

主 任 宋龙凌

委 员 (排名不分先后)

宋龙凌 李军毅 孙海龙 秦安祥

贾明会 闵和平 赵建民 汪世荣

张西安 韩 松 王 麟 肖宏果

赵合理 吴小鹏

2005 年度陕西省高级人民法院学术论文讨论会
组织委员会组成人员名单

主 任 宋龙凌

委 员 宋龙凌 秦安祥 贾明会 王 宏

赵学玲 魏桐轩

前 言

为了落实党的十六届四中全会提出的“加强党的执政能力建设”的要求,最高人民法院学术论文讨论组织委员会提出以“司法能力建设与司法体制改革问题研究”作为全国法院第十七届学术讨论会的中心议题,在全国范围内征集论文。

陕西省高级人民法院高度重视这一活动,成立了2005年度陕西省高级人民法院学术论文讨论会组织委员会,及时下发了通知,布置了任务,并对论文作者进行了培训。各中级、基层人民法院积极部署,认真落实,组织广大法官撰写了一批具有较高水准的学术论文,为搞好这次学术讨论活动奠定了坚实的基础。

征文活动共收到论文176篇,省法院学术论文讨论会组织委员会组织由专家学者和资深法官组成的专家评审组对论文进行了初评和复评,择优向最高人民法院推荐了40篇论文。在全国法院第十七届学术论文评比中,我省法院有18篇论文获奖,其中二等奖6篇,三等奖12篇,位居全国法院第七位。同时,省法院获组织工作优秀奖。为进一步推进我省法院学术论文研讨活动的开展,促进应用法学的研究及在审判实践中的应用,省法院在最高法院评奖的基础上评选出我省法院2005年度学术论文讨论会获奖论文,其中一等奖6篇,二等奖12篇,三等奖28篇,优秀奖27篇,并决定将三等奖以上的论文结集出版,定名为《审判前沿的法律思辨》。这些论文涉及司法能力建设的法理基础、司法体制及诉讼制度改革、法律思维、裁判方法以及审判中的疑难问题等方面,具有较强的现实针对性和理论指导意义,将会对全省各级法院司法能力的提高产生积极影响。

本书所收集的论文是工作在审判一线法官的智慧结晶,是他们结合审判工作实践,对当前审判工作中出现的诸多新情况、新问题进行的理论探讨。需要说明的是,作为学术讨论,鼓励理论创新,允许百家争鸣。这些论文作者所表达的观点并不代表任何单位,也许他们的一些观点还不够成熟,但作者探索、创新的勇气和精神还是值得肯定和倡导的。我们也希望本书的出版能够抛砖引玉,对全省法院司法能力建设和各项改革工作的推进起到积极的促进作用。

陕西省高级人民法院学术论文讨论会组织委员会

2005年12月16日

目录

司法能力论

司法能力涵义探析	李登峰 (3)
利益衡量与司法能力建设	李小明 (16)
论司法理性与主体的自我认知	宫美安 (28)
司法管理能力问题研析	张为华 (38)
基层法院法官司法能力研究	孙桂枝 (53)
论基层法院法官化解纠纷维护稳定的能力	翟全军 (60)
现代社会背景下中国法官的司法能力探析	刘慧利 高俊岗 (70)
民事执行权的配置及运行模式初探	王其敏 付 艳 (84)

法律方法论

法律推理实践性分析	贾明会 (95)
法律判断的保障	吕艳红 (105)
裁判思维三题	吴海星 张海荣 (115)
裁判文书中的利益衡量探讨	石丽屏 (127)
衡平理念指导下的方法选择	黄大卫 (136)
民事审判中法律方法的研究	姚建军 (146)
规范自由裁量 实现量刑均衡	马宇舟 (159)
论法官裁判解释	齐志远 (169)
成文法的局限性及其补充	刘坤琪 (185)

法律适用论

论“疑罪从无”原则在刑事审判工作中的推进、抗阻与对策	秦安祥 杨小雄 (199)
抢劫罪几种加重情节的认定	王秋菊 (212)
试论管制刑	张乐平 (222)
论刑事推定规则在毒品犯罪中的确立	姚 斌 (236)

试论我国刑事证明责任的涵义与分担	杨明德(248)
网上拍卖存在的问题及法律规范	王 宏(263)
对证人拒绝出庭作证的法律思考	马 琳(276)
优先购买权若干问题研究	肖宏果(286)
储蓄合同存款被冒领纠纷案件的法律适用	刘 新(298)
论公司法人人格否认制度	师 敏(308)
第三者责任强制险的法律适用	宫建军(325)
试论数人侵权及其法律责任	陈雍翰(334)
论知识产权侵权的归责原则	杨凤生(352)
论土地承包经营权制度的完善	张 平(361)
试论有限责任与审判实践	丁学军(370)
行政与民事互涉基本理论及其处理方式	张向阳(379)
财产刑执行难的原因分析及对策研究	陈子欣 吴加亮(394)

审判改革论

法院审判工作量化管理研究	康宝奇 孙海龙 高 伟(409)
构建符合我国国情的民事审判监督程序的法律思考	樊 云(424)
试论发回重审制度的改革	赵学玲(439)
法官自由裁量权与构建和谐社会	殷本明(451)
论强迫调解的防范与诉讼调解制度构建	高 波(464)
我国实行判例法可行性之探讨	呼延静(478)
行政诉讼复查与行政行为的冲突及出路	杨瀚黎(488)
浅论“官了民了,案结事了”和谐双赢效果的实现	史平亮(497)
深化法院人事制度改革的几点构想	高 群(511)
审判委员会制度现存主要问题及制度性改革设计探析	张洪波(520)
宪法司法化是提高司法能力的关键	李军毅(532)

司法能力论

S I F A N E N G L I L U N

司法能力涵义探析

■ 李登峰

能力一词，除非它被人为地作以性状限定，一般总是与某种后果相联系。现代社会经常采用的虚拟考查能力方式，是先在主观上建立理想化模态的先验方法，它不待后果的产生即可确定能力的有无和高低。但是，经验诱使人们更侧重于从能力与后果之间的因果关系入手来判断主体的能力，这是一种采用了客观检验标准的实效考查方式。在考查司法能力的场合，往往呈现两种考查方式的矛盾。例如，业务纯熟的法官严格依照法律作出的裁判却没有得到社会的广泛认同；人民法院作出了公正合理的裁判，却因客观阻力未能使裁判有效地得以强制执行而引起批评，等等。这些现象，是社会对司法能力产生怀疑的表象，近年来广泛存在。关于司法能力的研究因此成为人民法院必须深为关注的现实课题。

一、司法能力虚无主义和不可知论的谬误

存在必然有其自身的价值，政务活动能力是国家机关存在价值的基础，司法能力的客观存在是不容置疑的问题。但是否有必要和能否评价、衡量一国司法机关的司法能力，事实上仍存在着不同的理解。

分析法学的创始人奥斯丁承边沁“法律命令说”之衣钵，指出“与其说法律是主权的产物，不如说主权是法律的产物”^①，纯粹法学学者汉斯·凯尔逊则进一步论断：“从法律的见解来说，国家并不在法律之上，也不在法律之下，而是与法律完全同一的东西”，“法律秩序，达到某种中央集权时，始称为国家”^②。依照奥斯丁和凯尔逊的论述，司法既然不着陆于国家机器这一坐标，而是通过自我发展，最终使国家作为一种“法律的实效”而产生，那么法律（司法）发展的目标是什么？自由发展的、没有目标来检验的法律（司法）能不能涉及讨论法律（司法）的能力这一问题？

① 约翰·奥斯丁：《法理学的范围的限定》，英文版，第17页，译文参考严存生讲义。

② 汉斯·凯尔逊：《纯粹法学》，中国文化出版社1943年版，第2页。

推究其认识终端，只要法律（司法）以一种强制力存在，能够自然形成某种法律秩序即可，至于法律（司法）的功利实现，对社会关系的协调、控制等等能力则在所不问。这显然持有能力虚无主义的观点。反观现实，这种观点至少在司法界仍然有所流传，突出体现在孤立司法、就法论法等表象上。

美国法官弗兰克则从心理学角度入手分析，提出了法官制作判决的著名公式“ $S \times P = D$ （ S 为外界刺激， P 为法官的个性， D 为判决）”。弗兰克指出：“就具体情况而论，法律或者是实际的法律，即对这一情形（注：指上述公式中的各种非法律因素）已在过去作出的一个判决；或者是可能的法律，即对一个未来判决所作的猜测。”^① 弗兰克把法官的司法行为完全描述为一个非法律因素发挥决定性作用的偶然过程，根本排除了法官司法能力在这一过程中的主导作用。既然如此，法官综合考虑涉案法律因素、应用法律方法作出裁判的能力就无从考查，对司法能力的研究必然陷于不可知晓的境地。弗兰克显然是把裁判过程的次要因素当作主要因素来认识，这一偏见决定了他的观点不具有说服力，也缺乏建设性。

司法能力虚无主义和不可知论两种观点当然并不足取，但它们却至少可以启发我们意识到应当从不同意义范畴入手去综合考虑司法能力涵义问题和怎样正确地从司法过程本身入手去分析司法能力。司法能力自身的主观性特征排除了仅从一个意义范畴揭示其内涵的可能性。

二、宪法意义上的若干司法能力意向

《中华人民共和国宪法》第一百二十八条、第一百三十三条规定了国家司法机关向产生它的国家权力机关——全国人民代表大会及其常务委员会、地方县级以上人民代表大会及其常务委员会负责。第一百三十五条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件，应当保证准确有效地执行法律。”宪法的这些表述提供了关于司法能力的以下意向：

1. 司法能力的权威评断主体是产生司法机关的相对应各级人民代表大会及其常务委员会，司法机关的存在、维系和司法能力的评价都取决于“负责”义务的履行程度。

2. 司法机关的司法能力，特别是刑事司法能力的主要内涵是能否准确有效地执行法律。不但要求司法机关通过行使职能使法律文本现实化，而

^①〔美〕E·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正东译，中国政法大学出版社1999年版，第154页。

且要求司法行为的实际效果符合（立法者制定的）法律追求的效果。

3. 司法能力的评断采用主、客观双重标准。客观方面要达到“准确”适用法律的标准，即能够忠诚地将法律文本“翻译”到现实生活中，主观方面要求司法行为的效果要符合立法者掌握的法律所追求的效果。司法能力的评断还不仅仅是这两项标准，此外还有一个相当主观的“负责”标准：司法机关要向权力机关“负责”——这些责任的内容是什么却并不明确，需要何种司法能力来完成这种“负责”同样不明确。或许学界意定的“正确、合法、及时、合理、公正”大致圈定了“负责”的内涵。^①

宪法意义上的司法能力内涵显然是模糊和泛化的。在政治生活运行中，我国在评断人民法院的工作时不是采取法律方式，而是采取政治方式。主要形式是相应各级人民代表大会代表投票表决制。这种方式，使宪法所称的“负责”成为抽象的估价，而非规则量定下的具体评断。在一个法治文明并未在人们生活中占据主流地位的社会里，法院事实上是难以做到“负责”的，法院不堪宽泛无垠的“负责”的重负，除非宪法对司法能力作以较为明确的性状规定。

三、政治活动对司法能力涵义的影响

迄今的主流法学大都同意政治学的这一观点：“人类的历史……是人类本身的发展过程。”^② 政治学者与法学者都把对人类和人的关注置于其学术的一个核心地位，但是关注范围不同。政治学者从宏观的角度去把握社会现象的内在本质，揭示规律性，或者自然的、社会的规定性，法学者则将关注焦点一般置于形式上的分析和把握，思考事物的法定性，是纯粹形而上的。造成这种差别的主要原因在于，政治学者思维逻辑的前提是政治实体的理想、欲求，而法学者思维的出发点是法律所指示的社会各阶层的普遍利益，或者起码具有公益代言人的外在形象。

政治主张与司法欲求存在的如上不同，导致政治集团对司法能力的要求与司法机关自身认识到的必备能力也存在着不同。在我国最激烈的冲突曾表现为“砸烂公检法”的极端事件。近年来的社会实践中，也经常出现政府以代表党委的身份指令法院“服务”于某些并不完全符合法律的重大建设项目任务，甚至以司法的名义搞假破产。这些行为作为一种政治理想或管理社会的欲求无可厚非，但却与司法的追求格格不入。置于司法机关

① 孙国华主编：《法理学教程》，中国人民大学出版社1994年版，第427页。

② 恩格斯：《反杜林论》，《马克思恩格斯选集》第3卷，第63页。

的这些任务，表现出了司法力量相对这些任务的苍白无力，故而司法的这一方面“能力”受到了怀疑。政治对司法能力的检验还因政治主张的多元化、易变性而缺乏统一的和确定性的标准。

政治对司法能力的要求应当确定于如下三个层次：（1）理念把握能力。服从、同情并拥护执政党的政治理想和政治主张，并通过适用法律的活动予以实践的能力。唯有如此，法官才能把握社会发展的主流趋势，使作出的裁判更易为社会所接受。（2）行使权力能力。指法院事实上享有法定司法权的能力，要求在具体审判活动中法官不受政治派别、机关，包括执政党的随意干预。（3）维护自身安全能力。对于需要以政治或其他方式来解决的事项，法院应保持克制和回避的态度，否则将破坏国家权力运作系统的安全性而陷入相当难堪的境地。

一个成熟的政党必将尊重司法工作的发展规律，为司法工作提供科学的思想导向。胡锦涛指出：“坚持以人为本，就是要以实现人的全面发展为目标，从人民群众的根本利益出发谋发展、促发展……让发展的成果惠及全体人民。”^①表明对人身体的关怀已成为执政党考虑的重要问题，这既是成熟稳健的政治主张，也是以功利主义为主流的当代法学者、司法者始终关注的一个核心问题。

四、本土社会对司法能力的特殊提示

（一）本土法律文化背景下关于司法能力的特定理解

社会公众对司法能力的评价首先是以“法院是正义的代言人”这一推断为前提的，人们认为这是诉讼自其产生时就固有的根本属性。但是，诉讼正义始终是具体的、主观的，是与人的各种利益相联系的，正义因为“有自己的东西干自己的事情”^②的本质而显得特别复杂，因而我们同意如下关于诉讼正义的论述：

（1）诉讼中的正义只有在涉及具体利益的处分中才能体现出来，也才能被人们感受到。

（2）诉讼中的正义是具体的，而不是抽象的。人们在此更多地考虑所谓“正当性”，而忽视“法定性”。

^① 《树立和落实科学发展观》，载《保持共产党员先进性教育读本》，党建读物出版社2004年版，第281页。

^② 柏拉图：《理想国》，张竹明等译，商务印书馆1986年版，第152页。

(3) 正义是人们认识到的正义。实体利益处分的标尺因为实质正义观、法律正义观、个体正义观等等理念的存在和相互冲突事实上并不存在，司法者对正义的实现和体现更多依赖于追求正义的操作过程。诉讼中正义的来源更应当认为是一种程序的正义。

面对公众所组成的社会，司法能力主要体现为司法者的程序操作能力，这是公众评价司法能力的首要的和最主要的标尺，近年来基层司法实践中的教训都反复证明了这一问题。但是更进一步分析我国社会的特点，可以发现，我国司法者要增强程序操作能力，就必须真正把握本土民众在诉讼中的两个偏好。这两个偏好，一是对平等的酷爱，一是对客观真实（或绝对真实）的无尽偏好。

由于人们对于正义的理解仍然停留在较为初级和原始的状态，决定了人们把握正义、评判正义的方式主要依靠比较的方法。人们极端地确信：哪怕在任何一个同类诉讼中都坚持同样的不适当裁判，人们对司法者的公正也不致产生怀疑，这就是比较的正义观。对平等待遇的酷爱，可以概括为“不患寡而患不均”。这一民族心理体现在司法活动中，要求司法者必须高度重视形式上的平等。而保障形式上平等的最直接有力的方法存在于两个方面，首先是严格坚持程序法律的规定，确保诉讼权利分配及诉讼义务追及的平等；其次，司法者还必须做到裁判的模式化，反对对同类争议处理的个殊化。虽然这种模式化并非平等的真正涵义，禁锢了法官探索发展司法的能动性，但是一旦离开这种模式化，法官将会遭受对司法能力的怀疑。^①

除了对平等的酷爱之外，我国公众对于绝对真实的无尽偏好也是司法者必须高度重视的法律文化特点。为了把挖掘绝对真实树立为司法行为的目标，中国古代的文艺作品中曾塑造了能够到“地府”去“过阴”来查知案件事实或梦里查知案件事实的司法者形象。这种理想要求司法官吏像神明一样，在查明案件事实上具备超自然的司法能力，使司法活动背离了公务行为的性质而成为一种道德实践，事实上是对司法权力作用下的真实的否定。这也是最高法院若干证据规则在基层司法活动中很难全部得以实施的重要原因。公众对绝对真实的偏好对司法能力的提示是：法官必须尊重本土文化，善于通过调查、座谈、观察等多种方式收集关于涉案事实的各种信息，慎用证据规则，将依赖逻辑的证据规则置于依赖直觉的感悟方式之后；其次，当法官不能确信已掌握了全部或者主要的客观事实时，他就

^① 金勇义：《中国与西方的法律观念》，辽宁人民出版社1989年版，前言。

不便于依法作出明确的裁判，而适宜用调解等解讼方式结案，在纠纷得以解决的同时，以感情的沟通、道德的抚慰来减少当事人对于法官不能查知绝对真实的不满。因而，我国特殊的法律文化和目前的诉讼制度共同作用，使法官的司法能力大打折扣，处于一种相当被动的境地。

（二）极端事件对司法能力的问及

所谓极端事件，是指以自杀、自虐、暴力抗法、缠访、住访等过激方式批评、对抗、破坏司法活动，造成对抗者自身或司法者的伤亡和精神、财产损失，甚至引起社会局部骚动的事件。一定范围的调查发现，近年来基层人民法院审理、执行的案件中，约有3%的案件存在着发生极端事件的隐患，有些地方事实上已经发生了这些现象。进一步的统计表明，诱发极端事件的涉及法律因素的原因有：无视法律，偏见驱使，极端利己主义。

极端事件在我国社会历史上从来存在，从未绝止。以死抗法、暴力抗法甚至有时被赋予“舍生取义”的色彩，它与我国鼓励道德实践、蔑视法律权威的文化传统，与社会正义的实现程度特别是法的正义性等重大因素密切相关，司法者本来对此不必给予过分关注。但我们之所以将极端事件与司法者和司法能力相互联系考虑，主要是出于社会上广泛流传的一些疑问：我们处于一个人的生命权、健康权得到充分物质保障的小康社会，为什么有人竟以付出生命权、健康权的代价去批评和对抗司法？民事案件仅仅是一些大部分最终落实于财产责任的人民内部矛盾，为什么司法机关介入之后竟会出现相对财产权为更重要的生命健康权的丧失？这些疑问使人们对司法行为的正当性、建设性产生了深刻怀疑，这是驱使我们从这一角度研究司法能力的现实原因。

谁应当对极端事件承担责任？我们不妨把责任划分为法律责任、政治责任和社会责任。从法律责任而言问题相当明确，可以通过刑事诉讼或国家赔偿的程序作出定性、定量的责任划分，但是相关资料显示，直至目前尚未发现人民法院以单纯国家赔偿程序向这类事件的行为者承担法律责任。因而仅从法律层面概括，适用“咎由自取”这一经验规则是完全适当的，司法者不承担法律责任。但是法律不能代替政治的、社会的评价。例如，某些地方权力机构规定，涉法（院）上访、缠访、累访的事件发生若干起之后，该法院的分管院长或院长要作检讨或受到行政处分。这种适用了过错推定原则的责任划分规则直接追及司法者对这类事件的政治责任。社会责任则主要从对恶性事件的反思中表现出来。通常我们观察到的现象

是：一旦出现这类恶性事件，报章连篇累牍地开始新闻报道，但其立论观点往往并未从法律适用的正误出发，而是关注如下问题：（1）法院在道义上的正当性。（2）司法权运作体制的合理性问题。集中于再审次数的限制、上诉审法院向原审法院发出的内部指导函的合理性以及上级法院提审下级管辖的案件的正当性等等问题。（3）法律规范、司法解释的正义性问题。集中于诉讼中各类期限制度、强制执行制度（不能及时实现权利）严格依法而引发的所谓“机械办案”问题等。（4）法官的品性可否信任。这些社会舆论事实上把主要责任置于法院的头上。

在一个政治起基础性控制作用的国家中，当司法与主流政治目标、政治思想的要求相统一时，它可能将承担较少的政治责任和社会责任。而当一个国家不纯粹是一个政治性国家时，或者政治目标与法治精神存在某些距离时，司法将面临众多的政治和社会批评。但是无论怎样，当一个社会明确法院的角色是社会矛盾和纠纷的“兜底”机构时，那么大多数的批评意见、甚至责任就会加于直接评判是非的法院，尽管很多情况下法院事实上在“替人受过”。而且，没有一个科学的国家权力运作体系和健康的舆论，这种现象还将持续下去。我们需要从司法能力角度来考虑这些政治责任和社会责任的避免。目前任何一个法院的管理者几乎都在忧心忡忡地预防和化解着极端事件带来的冲击，那么在提高自身司法能力的主观方面需要作哪些考虑呢？以下或许是应当考虑的问题：

1. 法官的道义感召能力。宋鱼水法官“辨法析理，胜败皆服，体现了法官必须要有为大局服务，追求法律效果与社会效果相统一意识……作为一名人民法官怎样对待自己手中的权力，把人民群众摆在一种什么样的位置？这其中也体现了宋鱼水的宗旨意识。”^①这种“大局”就是中国传统的“大道”、“道义”、“天理”，是人们依照习惯思维，主要是儒家思想所得出的纠纷处理方案。一个中国法官如果不充分关照这种杂糅道德与儒家政治伦理于一体的“道”去裁判案件，必然导致当事人的义愤甚至是社会的公愤。“得道多助，失道寡助”的潜规则处处发生着作用。“道德的力量与理性的规律，在这些不同的制度中，均有着统治作用。”^②所以法官必须采取尽可能多的方式使自己的审判行为符合道义，并要在调解或裁判中释明这种道义，以道义的感召增强公信力，这是提升现实司法能力的一个要求。

① 《宋鱼水审案方法与当代司法方法》，载2005年5月16日《人民法院报》。

② 〔美〕阿瑟·库恩：《英美法原理》，陈朝壁译注，法律出版社2002年版，中译本序。

2. 司法规则的现实化能力。在前些年的审判活动中,诉讼时效问题曾经是引起当事人强烈愤慨的一项制度,如今这类现象已逐渐减少。但是目前又出现了新的问题。例如逾期举证的除权制度,超期申请再审的失权制度,农村自治中的民主议定制度,破产法律规范,公司法律规范等,许多规则脱离现实,无法完全实施,反映了立法质量不高的问题。事实上,大多数民事主体的行为都游离于法律行为的边缘,因而法律规范的不现实性是客观存在的。讨论司法能力问题,立法质量不在其列,但是各类司法解释的质量则涉及这一问题。2001年高法颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》澄清了许多模糊的问题,取得了好的效果,但许多规则同样存在不便适用的问题,集中反映在举证时限制度上,逾期失权的后果为基层群众所不理解,指为法官“不顾事实”,事实上基层法官很难实施这一制度。从另一方面来说,在涉及传统生活习惯的相邻关系、婚姻家庭关系等案件的审理中,虽然没有明文规范,法官实际上都受到民间生活“潜规则”的某种制约。所以,司法规则的现实化能力也是法官不得不严肃面对的一个问题。当然,企图使司法规则完全盲从于现实生活而失去我国立法所引以自豪的“前瞻性”也是十分错误的。但是,过分脱离现实的理想化规则却不能使司法真正妥善解决纠纷,对于司法而言,法律发挥的功能主要是用以解决纠纷,所以司法规则应当勇于承认,并努力满足现实化的要求。

3. 利益衡平能力。如果没有实体利益和程序性义务的衡平,实质正义在很大程度上就难以实现,司法也不能得到进步。当法官对纠纷内在的实质正义的把握与纯粹法律逻辑所蕴含的形式正义不统一时,他需要作程序义务或实体利益上的衡平,这种衡平不包含于自由裁量权的范围之内,而是从利益平衡、正当程序理论出发所作出的权利义务调整。在司法活动中采用衡平方法是迫于现实需要而客观存在的。英美法系衡平法的产生和发展为我们提供了启示。“衡平法本质上是一种良心法”^①,部分中国法官也倡导实行严格遵守法律前提下的“圣人之治”^②。利益衡平是法官在形式正义范畴内无法合理解决纠纷而必须采取的司法方法和必须具备的司法能力。

4. 诉讼机制的改造能力。若干法官组成一个法院,若干享有不同管辖权的法院构成一个诉讼系统,法官与法院、法院与法院之间事实上依靠一种诉讼机制来联结为有机系统。诉讼机制不但主要关系着司法的效率,诸

① 李红海、李俊生:《英国衡平法的发展》,载2005年2月25日《人民法院报》。

② 《宋鱼水审案方法与当代司法方法》,载2005年5月16日《人民法院报》。

如管辖分工所带来的工作量问题、各类程序设置所带来的司法资源分配问题、诉讼运行的时限问题、各类法院的主要工作任务问题等等，也关系着司法公正问题，例如上级法院对下级法院个案指导意见的效力，上级法院先决案例对同级及下级法院的效力等问题。从极端事件目前提出的问题看，诉讼机制的改造面临的具体问题主要有：审判效率不高，上诉审法院指导函的效力，“无限再审”、信访意见及信访机关领导者的意见效力，“司法不破行政”原则的合理性，各级法院管辖权的分工合理性，先例制度的合理性，立案审查制度的改进等。

5. 提升职业品性的能力。廉洁从政的要求是首位的。其次司法礼仪和司法品德修养是常见的问题，这些问题常常引起当事人对法官的鄙视或不信任，误解为“偏向对方”。

6. 自证能力。面对领导者、监督者和社会公众，中国法官需要有自证无误的能力。但是法官的自证又缺乏适当的程序，所以他必须以详细的多方汇报、个人辩解、借助媒体宣传甚至走上法庭进行诉讼等方式来证实自己的行为。近年来在极端事件中因为法官处于弱势而受到无端批评甚至处分，使职业荣誉受辱的现象广泛存在。其重要原因在于没有法定的自证程序和宣告方式，其后果是使法官在没有明确结论的尘雾中职业生命萎缩。

五、部分司法者关于司法能力的倾向性理解

司法者是否需要诉讼中的个人心智感悟能力，这是从事司法实务者经常面临、也经常讨论的问题。心智感悟能力是一个尚未见之于规范化篇章的概念，与之相近的概念有“司法良知”和“能动司法”^①。所谓心智感悟能力，是指司法者在参与诉讼过程中，能够在把握法律涵义的前提下，综合运用他的哲学理念、生活经验、法学知识、政策观点等主观因素，去处理涉案的法律事实、习俗、伦理道德、公众反应、社会发展需求等尽可能多的事实材料，使他作出的裁判更加富于合理性和可接受性。^②

司法者的心智感悟能力产生于如下几种需求：

1. 维护法治。西方模式的现代法治进入中国社会一百年来，与我国法律文化既发生了融合，也产生了很多冲突，法院的裁判往往与本土人民的

^① 康宝奇主编：《征地款分配纠纷审判实务研究》，人民法院出版社2004年版，第18页。

^② 贺卫方：《司法与传媒的复杂关系》，“司法与媒体的良性互动”国际学术研讨会参考资料。