



The Judge's
**Thinking
Skill**

法官 的思维 技能

马军
著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



The Judge's
**Thinking
Skill**

法官 的思维与技能

马军
著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法官的思维与技能/马军著. —2版(修订本).

—北京:法律出版社,2010.4

ISBN 978-7-5118-0486-0

I. ①法… II. ①马… III. ①法官—工作—研究—中国 IV. ①D926.17

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第032623号

©法律出版社·中国

责任编辑/李天一

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/市场研发部

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/世纪千禧印刷(北京)有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×1092毫米 1/16

印张/15.25 字数/210千

版本/2010年4月第2版

印次/2010年4月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0486-0

定价:34.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目录

Cafalog

法官的困境与走出(代序)	1
第一章 法官的庭前准备技能	13
第一节 阅卷审查	15
一、开庭前的两种误区——“无备而审”和“先入为主”	15
二、阅卷的好处——避免走冤枉路	16
三、阅卷应当审查的 7 个主要问题	17
第二节 开庭前工作部署	24
一、常规的庭前工作安排	24
二、开庭前程序保障工作的安排	26
三、开庭前追加必要的当事人	27
四、庭前及时诉讼保全和先予执行	30
第三节 庭前证据交换	34
一、庭前证据交换的 6 种方式	34
二、庭前证据交换的流程	35
三、法官主持证据交换的技巧	35
第四节 送达	39
一、立案后送达注意事项	39
二、电话通知当事人的技巧	40

三、选择正确的送达方式和避免差错	41
第二章 法官的庭审技能	47
第一节 组织和驾驭庭审	49
一、宣布开庭	49
二、法庭调查的驾驭	51
三、庭审质证的驾驭	58
四、法庭辩论的驾驭	65
五、宣判	67
第二节 应变和处置庭审突发事件	69
一、当事人临时提出回避申请	69
二、当事人申请不公开审判	70
三、违反法庭规则的处理	70
四、临时提出新的诉讼请求	71
五、开庭时提出延期举证或提交新证据	72
六、未到庭与退庭的处理	73
第三节 法官对庭审的综合控制	74
一、及时、准确概括庭审要点	74
二、在庭审中冷静决断	77
三、体现法官的形象与权威	79
第三章 法官的裁判技能	81
第一节 对法律事实的认定	83
一、法官们难以了解的事实真相	83
二、造成法官认定事实不确定的六大因素	85
三、法官如何把握自由心证	89

第二节 法官对证据的裁判能力	94
一、举证责任的归属判断	94
二、如何运用自由心证识别伪事实	101
三、司法鉴定的判断和运用	103
第三节 法官解释和适用法律的思维	107
一、法律有规定吗？法律禁止吗？	107
二、换一种思维方式思考	109
三、上位法与下位法、一般法与特别法	111
四、适法时不脱离现实	112
五、对法条的解释和适用体现价值判断	114
六、法律空白时依据法的精神	116
第四章 法官的裁判文书写作技能	119
第一节 裁判文书的结构、语言规范和论证	121
一、裁判文书的结构和技术要求	121
二、裁判文书的语言规范	126
三、裁判文书论证技能的提高	129
第二节 制作裁判文书的常见错误	133
第三节 裁判文书写作基本素质	140
一、文字表达与法官思维	140
二、通过阅读模仿开始写作	140
三、准确掌握和运用法律概念	141
四、培养不断学习法学知识的能力	143
五、合理安排写作时间	144

六、优秀文书需要修改	145
七、裁判文书如何避免差错	146
第五章 法官的诉讼调解技能	149
第一节 当事人追求调解、和解的本质	151
一、不是所有的案件都能够调解	151
二、利益最大化是当事人的追求	152
三、“囚徒困境”的博弈与当事人规避风险的最佳选择	153
四、信息的不对称对调解产生重大影响	155
五、调解中法官的位置	156
第二节 从当事人角度分析成就调解的9种因素	157
第三节 从法官角度谈调解、和解的多种技巧	164
一、合适的语言方式	164
二、把握当事人的心理和诉求	166
三、赢得当事人的信任	167
四、巧妙利用其他社会力量	169
五、多种调解方式	170
第四节 法官在调解中的自我保护	173
一、调解自愿原则	173
二、调解合法性原则	174
三、不能调解的案件和调解内容的扩大	174
四、避免因陈述观点引发投诉的方法	176
第六章 法官对待诉讼当事人的技能	177
第一节 法官与当事人沟通的七门艺术	179
一、善于倾听	179

二、仔细阅读	180
三、注重形象	181
四、控制感情	182
五、处事不惊	183
六、不动声色	184
七、远离陷阱	185
第二节 法官对当事人的诉讼指导能力	187
一、法官的释明权	187
二、法官在诉讼中如何行使释明权	189
三、审判过程中释明应注意的问题	192
第三节 法官如何对待非理性的诉讼当事人	194
一、了解导致当事人非理性的各种因素	194
二、应对 12 类非理性诉讼当事人的技巧	196
第四节 法官与律师的关系	203
一、法官通过律师与当事人沟通	203
二、法官要充分考虑律师意见	204
三、发挥律师的调查取证能力	204
四、如何对待不配合工作的律师	205
五、与律师处理关系的界限	207
第七章 法官的调研宣传能力	209
第一节 调研宣传工作的内容	211
一、调研工作内容	211
二、宣传工作内容	213

第二节 如何提高调研能力	214
一、调研问题的确定	214
二、调研素材的积累	216
三、做好各项调研工作的技能	217
第三节 如何提高宣传能力	220
一、法制宣传稿件的基本要求和主要形式	220
二、法官动笔进行普法宣传的能力	222
三、普法宣传网络的建立	225
第四节 法院、法官与新闻媒体的关系	227
一、新闻媒体与司法公正	227
二、公开审判与对媒体的必要限制	229
三、利用新闻媒体进行宣传的方式	231

代序 法官的困境与走出

司法,正如正义女神手中提着的那架天平一样,它是一个社会的稳定器。在一个被人类追求的健康社会中,这架天平不仅仅用来衡量和判断每一个个案之中的冲突与矛盾,同时,它还象征着这个社会所景仰和期盼的正义底线。法律的天平意义是如此重大,所以掌控着这架天平的是代表着圣洁、智慧与崇高的女神。无论东方还是西方,也无论是被神选做代言者的祭司们,还是本来就是天神下凡的皋陶与他的独角兽,那些最早主持着司法的人在传说中都充满了神性。

到了现代,神话破灭、上帝死了,法官也早已经复归为一个个肉眼凡胎的常人。但是,在身披法袍走上法庭之后,法官仍然要手持法律的权杖,接受芸芸众生的诉求与期盼,平衡各种利益的冲突,对抗各方的压力与诱惑,面对全社会的是非指责与评判,由此履行为法代言的天职。而在转身走出法庭之后,步入人群,他又默默地回归为一个平凡人。

正义的天平仍然放在法官的肩膀上,但天平之下的不再是神,而是一个个凡人。这就是一个尘世法官需要不断面对的最大困境。

一、理想与现实——中国法官的四大困境

每一个法官在踏入这条职业之路时,必定都怀抱着理想,对自己、对职业、对社会有着美好的期望。但法官不是在一个真空的理想社会里生活,那

样的社会其实不需要法官。正因为社会生活的复杂性,才要求社会成员要崇敬和遵守法律,从而赋予法官以维护公共秩序的职责。而同时,社会时代的不同决定了法官们面对的现实不同、处境不同。我们这个国家的现实构成了我们这一代法官的生存环境,也构成了我们所面对的主要困境。

缺乏法律信仰和诚信的社会环境

公众对法律的信仰和对法官的信任是法治社会的基石。但我们现在的社会中,还没有建立起这种信仰。大众受过的法律教育较少,对法律和公正的理解比较简单,追求往往不切实际。对“关系的信仰”要胜过对法律和法官的信仰。当事人在走进法院大门之前就开始寻找各种关系,期望由此获得对自己有利的裁判,而在败诉时,就不断怀疑法官与对方串通,自己的“关系”不够硬,而不从法律的角度思考问题。

法律调控社会关系的一个重要原则,就是诚实信用。法官的审判也是为了推动和维护一个诚实信用的社会。但在当前的社会发展阶段,社会诚信普遍性的缺乏,人与人之间缺少信任,而不诚信之人获得的利益可能更大,导致恶性循环。缺乏诚信对法官的审判有直接的负面影响:第一,由于普遍存在的不诚信,纠纷不断发生,案件激增;第二,诉讼中当事人的不诚信,如恶意拖延、逃避送达、恶意提起管辖异议等,造成诉讼效率低下;第三,在庭审中,当事人不真实的陈述、证人伪证等,都影响法官对事实的认定,加大审理难度;第四,判决执行中,拒不履行生效的裁判文书,逃避司法审判的执行,使裁判文书执行难,司法权威丧失。

诉讼爆炸

案件的快速增长被喻为“诉讼爆炸”,其产生有深刻的社会原因。在一个传统的熟人社会向现代的陌生人社会的转型期,随着经济的不断发展,社会关系日趋复杂,纠纷发生的几率大大增加。而传统社会中处理纠纷的其他机制在新背景下大都失灵,绝大部分问题都要求司法来加以解决。这种现象在经济发达地区更为明显,其基层法院每年受理的案件数量不断递增,案件难度不断加大。以北京为例,2003年北京市收案27万余件,到2005年就达近35万件,3年增长了8万件,而这几乎是20世纪90年代初全年的案件数。再如北京市朝阳区法院和海淀法院,即使在加大诉前调解等措施的情

况下,案例量已超过6万件,此前,突破1万件案件用了10年的时间,而现在每年的增长都近万件。案件也变得更为复杂了,以离婚案件为例,过去一起离婚案件可能涉及的财产不过是家具、电器,而现在涉及的是商品房、汽车、股票、证券,甚至一家私企或在某公司的股份。过去争议子女的抚养权问题,而现在则出现了探视权问题、亲子鉴定问题。

案件不断增多、判案难度不断提高,但是法官的编制在近十年中,几乎没有大的变化。同样的法官,每月的办案任务从三五件,增长到现在的多达60件,长期超负荷的工作,年复一年面对案件的增长,感到没有尽头,感到案子总也审不完,而且越审越多,在收案和结案中我们看到的是“总体数量爆炸”。而且,正是由于法官人员少与案件大幅上升,导致个案审理追求效率,趋于简单化,结果难以令人信服。

需要改革的法院机制

目前我国法院系统的管理还是类似行政机关的管理,然而司法毕竟不等于行政。不合理的管理制度给法官和审判造成了很多的困惑和不利影响。以法官的考评为例,目前的法院考评参考很多因素,如发回改判率、结案数量、调研论文获奖、调解结案率、当事人是否投诉等,标准很复杂,也让人困惑。到底达到什么样的标准才是一名优秀的法官,法官应该如何来考评呢?

以发回改判率为例。法官考评中很重要的一项就是发回改判率,即一起案件经过一审法官审理,上诉后二审法官予以改判。当改判达到一定的比例的时候,对法官的评判就会有负面的影响,从而也会影响到法官审判时的思路。一审法官在审理时,不仅在思考自己如何审理案件,还要揣测二审法官的心理,二审法官会不会作出与自己不同的判断。从制度设计上,上级法官有权改判下级法官,这没有争议。但是,很多案件的审理,法官在判断事实或适用法律时,即使一个法官也会在选择中犹豫难断,难以下判,而裁量权给予法官作出不同判定的权利,那么上级对下级的改判,也许是因为不同的思考得出的结论,甚至有可能是上级法官改判存在错误。目前,85%以上的案件在基层法院审理,80%以上的法官在基层法院工作,而一审案件显然占了法院审理案件的绝大多数。因此这种困惑是大多数法官都有的,而

在今天,对于一审法官而言,还无法避免这种机制和这种考评方式带来的困惑。

当我们把所有的标准都量化后,摆在法官面前的各标准追求不同带来的冲突、多重标准适用的压力,最终把法官钉在那里一动也不敢动。

职业化弊端与职业风险

因裁判权而带来的职业风险正在与日俱增,但保护法官的机制却迟迟不能建立。

——你可能被起诉。作为法官,威严正坐于法庭之上,但时时刻刻,你却有着被起诉的危险。一位同仁——广东省四会市法院的法官莫兆军——仅仅因为适用证据规则判持有欠条的一方当事人胜诉,而败诉的一方当事人愤而自杀,后经警方侦查认定欠条系一方胁迫而写,但民事法官并不能在法庭上像警察一样通过各种侦查手段审判案件,结果以“涉嫌玩忽职守”被捕入狱。

——调查时被拒之门外。当事人总会在诉讼中提出申请调查,法官也会因案情而决定进行调查,但这时法官会发现自己并没有法律所赋予的那么大的权力。一些机关大院、军政单位甚至是小单位、个人都可以拒绝你的调查,有法官曾经遇到这样的情况:明明被调查的单位就在院内,但门卫就是不让法官进入。如果你想要进入,要么找到沟通的渠道,要么面对冲突的发生,但一旦发生冲突,后果可能还要你来承担。法官仅仅学会依法行事还不够,有些单位和人并不尊重司法的权威。

——不被社会理解。随着社会不断进步,各种新的社会关系需要纳入法律的轨道进行调整。近二十年来法制建设突出表现在不断地立法,使得我国法律体系越来越完善,社会的方方面面都加强了立法的进程。就法治进程而言,我们用短短的数十年的时间,走完了近百年的立法进程,正在制定适合自己国情的法律,正在迎头赶上先进的法治国家。但就民众而言,仅仅是一两代人,其无论从心理上还是从行为上,都尚未做好准备,迎接法治时代的到来。多年的普法,让民众树立了维权意识,但却并不能使民众获得充分的法律知识教育,面对众多的法规,民众无心也无力研读,立法的完善始终停留在规定的阶段,正是“徒法不足以自行”,法律法规越多,可能离民

众就越远,而研读和适用法律的法官们同样也就离民众越远。民众对许多现代法学理念的不理解,对法律规定所持的怀疑态度,导致法律在现实社会中运行困难,也导致了法官裁判时的困难。

法官是一个寂寞的职业者,法官要远离人群,要远离各种利益关系,认识的人越少,涉及的利益越少,才会越公正。但是,正因如此,法官也就一步一步地远离社会,职业化越强就意味着专业化越强,专业化最为显著的特点就是大众越来越不明白,越来越不接受,这种不被理解最终成为一种不信任。

——各种权力对独立审判的影响。法官能否独立行使审判权,直接决定了司法审判是否公正。法官在审判各种社会纠纷的同时,也承受了代表各种利益阶层的压力,有些压力来自于对审判权的监督,有些压力则源于其他权力对司法权的干预。在当前而言,法官任命、管理、待遇地方化,使得法院和法官难以避开地方权力的影响,这方面的例子已不少见。如河南省法官李慧娟,因为正确地适用法律,并在判决书中评判地方性法规与法律相冲突,而在地方遭到罢免。另一位河北省卢龙县人民法院院长贾庭润,因为不按上面的意思定案,竟然被免去院长职务,离开法院系统。

外界压力固然会使法官更慎重地处理所审理的案件,但也要求占用更多的精力来排除这些压力。尤其当这些现实的压力已经干涉到独立行使审判权时,法官的司法权威就没有了保障,法官甚至自身难保。

舆论和被称为“第四权力”的传媒也能够施加无形的压力。一方面是媒体的误导,滥诉行为不断浪费司法资源。由于“眼球”经济的兴起,一些新闻媒体为吸引读者,迎合大众心理,炒作一些并不能进入司法途径解决的滥诉行为,甚至将几元钱官司大力渲染,通过媒体话语权影响法院的裁判。另一方面,还有媒体为追求轰动而着力抨击法院,找出个别的问题片面炒作,从而贬损司法权威。

总之,作为平凡人的法官,“身无彩凤双飞翼”,我们面对的社会环境,使我们要走出现实的困境去实现理想中的司法职责变得非常之艰难。

二、为什么我们还要坚持

“天听寂无声,茫茫何所寻。”

非远亦非高,都只在此心。”

在最初选择法官职业时,我并没有想到会遇到如此之多的困境,在遭遇困境时也绝不是完全不动摇,每每心不能安、徘徊彷徨时,便会想各种方法来调节自我,使自己能够继续坚持,不断培养自己的坚定执著之心。

回首走过的路,记得当年和我一同到民事审判庭的还有四位同事,大家刚刚走出校园,都胸怀理想,但在不到10年间,四位同事都相继离开了法院。一位因工作纪律方面的问题调离了法院,一位因为要出国辞职离开了法院,一位去了政府机关,还有一位成了律师事务所的合伙人,独留我一人坚守岗位。其实,这很像是一个法院的缩影,离开的人选择新的生活和面对新的困境,留下的人坚持自己最初的选择,继续面对困境。离开的人,并不一定是错的,从个人的角度而言,关键要看哪里更适合他。

一位早年在法院工作的前辈,在离开法院后,去政府机关当过领导,又在一家大公司当过领导,最后成为一家律师事务所的合伙人。积累了丰富的人生阅历后,这位前辈却认为自己一生中最美好的时光还是在法院那一段。每天骑着自行车上班,审理不同的案件,从早到晚地忙碌,运用智慧解决人与人之间各种纷繁复杂的难题,那种快乐不是用金钱、权力、富足、生活的悠闲等一切所能够衡量的,只是当时身在其中并不了解。

我想了很久,当我们在诸多压力中挣扎和痛苦时,曾经和我们一同挣扎和痛苦过的同事们,在逃离“苦海”后,为什么还这么留恋呢?可能这里有一个隐藏的命题,只有找到内心中真实的答案才能够回答这一命题,才能够使自己的一颗心获得平静。我想问题在于,经过多年的法律学习,一个真正的法律人的最高追求是什么?

是享受生活吗?不是。虽然我们对法律的追求和享受美好生活并不矛盾,但是如果从轻松和简单的生活角度讲,法律问题的思考 and 解决从来不是一件轻松、简单的事情。是追求权力吗?不是。法律本身就是在不断地约束权力,从程序正义到实体正义,法律人时时刻刻都受到限制。是拥有财富吗?也不是。为追求金钱拥有财富而选择法律职业并不是最佳的途径,即使富足的律师也远远比不上一般的经商者。那是喜爱论辩带来的成功吗?更不是。即使最优秀的律师在法庭上的发言也是有节制的,而法官常常是

默默倾听,有时我们说事实胜于雄辩。

其实,选择做一个法律人,我们是选择了一种克制而理性的生命方式,追求规范而秩序的外在形式和公平正义的内在良知。成为法学家时,你是理论的研究者,并不直接解决社会矛盾;成为律师时,你是一方的代理人,为一方谋取更大利益是你的根本立场;只有成为法官,你才是居中的裁判者,从你唯一的上司——法律——那里获得“上方宝剑”,明辨是非,裁判善恶,主持正义。这是使命和责任,既是你生命中不能承受之重,是你一切压力的来源,又是民众对你寄予的厚望,是法律赋予你的神圣职责。**做一名法官,不可能只选择拥有裁判权实现正义的快乐,而不承受在追求正义时面对的种种压力,两者就像一块硬币的两面,缺一不可。**

三、做一个什么样的法官?

做一个什么样的法官?这是一个我从走进法院大门就一直在思考的问题。在每一个阶段的思考都会有一个不同的答案,这并不矛盾,不同阶段有不同的追求。或者说法官就是一个需要从多种角度来塑造的职业。

一个有为民情怀和关注民生的法官。古人有诗云:“衙宅卧听萧萧竹,疑是民间疾苦声。”法官裁判的纠纷来源于社会,反映现实社会的矛盾,因此法官要深深了解社会人情。比如民事纠纷的成因、刑事犯罪的动机,许多社会问题促成犯罪或产生纠纷,所以在这样的时代,审判的时候对犯罪的人应该有一种怜悯悲痛的心情,因为大家都是我们的同胞,而审判与挽救是我们的责任,没有什么功绩可喜。同理,民事纠纷都有其社会原因,劳动争议背后的企业改制问题、医疗纠纷背后的医改问题、产品事故背后的检验标准问题,哪一个没有深刻的社会根源问题?所以法官必须关注现实、关注民众、关注时代,优秀的法官能够在恰当的时代作出恰当的裁判,把社会的实际情形与法治结合起来,真正地关心社会发展与民生,这是法官首先应该具有的态度。

一个有威信和化解纠纷能力的法官。法官的权威来自于良好的职业素养和庭审控制能力,做一个好的法官要树立自己的威信,从庭审开始熟知每一个程序,控制每一个细节,驾驭每一轮诉辩,让庭审的程序与当事人的情

绪尽在掌握。获得尊重的前提是尊重他人,获得威信的前提是信任。法官更要开阔思路,掌握多途径的解决问题和化解纠纷的能力,通过调解、息诉、裁判,让无论多难的案件都得以妥善解决。

一个精通专业、学识渊博的法官。人们对精通专业知识的法官有一种称谓——“专家型法官”。能够掌握好法学知识和各类相关学科领域的知识,无论在法庭上、合议时、研讨会上都思路清晰、逻辑性强、精通理论、具有说服力,赢得他人对你的尊敬,展示一名专家法官的风采,这也是做法官的一种快乐。

一个世事洞明、外化而内不化的法官。最初自己以为好的法官应当始终坚持一种理念,对认定的事情锲而不舍。多年的工作磨炼,才发现其实一个真正的好法官能够洞悉这世上的人情冷暖、利益恩怨、善恶真假。尽管法律要求我们明断是非,但人们之间的很多纠纷绝不是用简单的对、错来判断的,也绝不可以用感情代替理性。法官的智慧就在于明察、在于理解、在于知黑守白地裁判与化解这种种纠葛,法官在洞明世事后,不是随世事变化,而是能够适应各种需求和变化,但内心坚持自己的原则与公正,这就是外化而内不化,外在柔和、融通事理而内在坚强。

一个承受力强、荣辱不惊的法官。法官是一个入世修行的职业,每天都在各种纠纷恩怨中度日,不仅承受着案件的压力、当事人为胜诉采取各种手段的压力、外界权力的压力、自己身心俱疲的压力,还承受着社会责任和舆论的压力。一个判决刚宣判,当事人不服四处上访,媒体又不明真相地炒作一番,甚至矛头直对法官,如果法官没有承受力,没有荣辱不惊的气量,只怕坚持不了多久,就会要求换岗位了。

一个内心快乐的法官。法官是一种职业,也是陪伴一个作为凡人的法官经历人生风雨的事业。在这条道路上,虽然必须承受种种压力与锤炼,但是能够让一个法官始终在这条道路上走下去的力量,是内心的快乐与满足。这种快乐,在你技艺娴熟的时候能感受到,在你洞察世情、明察秋毫的时候能感受到,在你遇到当事人由衷的尊敬目光的时候能感受到,在你风雨在外而淡定在内的时候能感受到。快乐,不仅是法官作为一个平凡人应有的普遍人性的追求,同时也是支持着作为平凡人的他能够超越现实的困境、实现