

“法官不得拒绝裁判”原则的法理基础与形成路径

范伟

(中国政法大学法律硕士学院,北京 100088)

[摘要]近年来,“法官不得拒绝裁判”原则逐步进入人们的视野,在得到学理关注的同时,在司法实践中亦开始运用。作为一项源于西方的现代司法原则,“法官不得拒绝裁判”原则的本土化发展,需要以厘清法理基础与探明形成路径为前提。就法理基础而言,“法官不得拒绝裁判”原则以纠纷解决为目标,其既是国家权力配置下司法权定位的内在要求,也是公民权利配置下诉权保障的应有之义。就形成路径而言,在相对性逻辑框架下,“法官不得拒绝裁判”原则的形成依托于国家权力的生成与运行、公民权利的行使与保障以及两者之间的内在平衡。

[关键词]“法官不得拒绝裁判”原则 司法权定位 诉权保障

通说观点认为,“法官不得拒绝裁判”作为一项法谚型司法原则,是对《法国民法典》第4条的高度凝练和集中表达,即“法官如以法律无规定、不明了、不完备为借口而拒绝裁判时,应负拒绝裁判之责,而受追诉”^①。经由法国内部体系化规则的建构以及诉权宪法化与国际人权化的助力,“法官不得拒绝裁判”原则得到世界上绝大多数国家和地区的肯认,或直接规定在法典中,或作为常识性理念作用于司法实践中^②。近年来,“法官不得拒绝裁判”原则逐步进入人们的视野,在得到学理关注的同时,在司法实践中亦开始运用。作为一项源于西方的现代司法原则,“法官不得拒绝裁判”原则的本土化发展,需要以厘清法理基础与探明形成路径为前提。对此,本文立足法治本土的立场,对“法官不得拒绝裁判”原则的法理基础与形成路径等基础性问题展开分析,希冀能够对“法官不得拒绝裁判”原则的理论研究与本土化发展有所裨益。

一、“法官不得拒绝裁判”原则的本土发展及反思

(一)“法官不得拒绝裁判”原则的学理关注

国内学者对“法官不得拒绝裁判”原则的关注主要为功能性研究,依照关注面的不同,可以分为整体性研究和具体性研究两种情形。

就整体性研究而言,相关学者主要将“法官不得拒绝裁判”视为一项公理性原则,直接运用到具体的研究之中,以增强相关论述的说服力和可信度。如面对环境纠纷受理难的客观实际,有学者认为,基于“司法不得拒绝裁判”原则,法院应当予以受理,进行实体审理并作出判决^③。再如面对人体冷冻胚胎处置等新型权利纠纷,有学者指出,法官应当基于“法官不得拒绝裁判”原则积极回应当事人之诉请^④。再如有学者将“法官不得拒绝裁判”原则视为能动司法的主要理论基础^⑤。

就具体性研究而言,相关研究主要表现为:第一,将“法官不得拒绝裁判”作为民法法源开放结构的依据,即“对于民事案件,人民法院不得以法律没有明文规定为由,拒绝受理或者裁判”^⑥。第二,

[基金项目] 国家社会科学基金青年项目“行政诉讼起诉期限类型化构建研究”(21CFX067)成果之一。

[作者简介] 范伟(1991—),江苏盐城人,法学博士,中国政法大学法律硕士学院副教授,硕士生导师,研究方向:行政诉讼法、行政纠纷解决、司法制度。

① 郑玉波:《法谚》(一),北京:法律出版社,2007年,第183页。

② 关于“法官不得拒绝裁判”原则发展史的梳理,详见范伟《“法官不得拒绝裁判”原则的历史演进与发展脉络》,《学海》2020年第6期。

③ 参见王树义《论生态文明建设与环境司法改革》,《中国法学》2014年第3期。

④ 参见张圣斌、范莉、庄绪龙《人体冷冻胚胎监管、处置权归属的认识》,《法律适用》2014年第11期。

⑤ 参见孔祥俊《司法哲学与裁判方法》,北京:人民法院出版社,2010年,第45-46页。

⑥ 杨立新:《我国民法典总则编应当规定法例规则》,《求是学刊》2015年第4期。

将“法官不得拒绝裁判”视为法律漏洞的具体形态,如有学者指出,法律漏洞中存在一种功能性法律漏洞,也称“拒绝裁判式漏洞”(Rechtsverweigerungslücke),即基于“法官不得拒绝裁判”原则而认定的漏洞,法官应当发展规则适用到该法律问题上^①。第三,将“法官不得拒绝裁判”视为一项司法义务,如有学者认为,基于司法定纷止争之功能定位,法律赋予了司法机关“禁止拒绝裁判”义务^②。第四,分析阐释了“法官不得拒绝裁判”的规范结构,包括职业伦理、依法裁判、法律解释与谨慎造法的义务,将法外空间与立法沉默作为禁止拒绝裁判义务的限制,为法官提供行为指引的延伸性要求等^③。

(二)“法官不得拒绝裁判”原则的实践展开

借助中国司法大数据研究院数据服务平台,分别以“不得拒绝裁判”“不得拒绝审判”“禁止拒绝裁判”“禁止拒绝审判”为关键词进行全文检索,共检索到裁判文书541件,经由人工阅读、比对,剔除重复裁判文书18件,获得有效裁判文书523件^④。

“法官不得拒绝裁判”原则的司法实践,从时间上讲,自2006年起出现在我国审判实践中,2014年以后相关案件数量一直保持上升趋势;从案由视角看,“法官不得拒绝裁判”出现在刑事领域的案件4件,行政领域的案件37件,民事领域的案件482件;从审级角度看,“法官不得拒绝裁判”出现在一审的案件131件,二审的案件355件,审判监督的案件31件。

既有司法实践中,当事人与审判机关对于“法官不得拒绝裁判”原则的理解与适用是存在差异的,审判机关持较为谨慎的态度,当事人持较为开放的态度。其中,以审判机关为例,人民法院认定的“法官不得拒绝裁判”具体内容主要包括:法律规范缺漏不得拒绝作出判决,事实难以认定不得拒绝作出判决,具体损害数额难以认定不得拒绝作出判决,以及一些零星情形,如影响当事人权利的违法送达属于拒绝裁判^⑤。结合既有裁判文书的梳理与统计,“法官不得拒绝裁判”出现在“当事人部分”的案件为366件,在“法院认为部分”的案件为164件^⑥。仅不到30%的“法官不得拒绝裁判”出现在“法院认为”部分,表面上反映为当事人与审判机关之间使用频次的失衡,深层次的背后直指“法官不得拒绝裁判”原则的实践隐患,有碍于“法官不得拒绝裁判”原则的本土化和规范化发展。

(三)本土发展的反思

“法官不得拒绝裁判”原则出现在我国司法实践中,且存在于裁判文书的说理部分,在一定程度上表明其具有成为我国司法原则的可能性。“法官不得拒绝裁判”原则的本土发展,一方面,需要持续关注并积极回应该原则在司法实践中暴露出来的问题,比如,如何矫正当事人与审判机关对于“法官不得拒绝裁判”原则的理解偏差,如何化解立法与司法之间的整体规范缺位与具体规则不足的张力,等等;另一方面,需要拓宽该原则理论研究的深度和广度,在既有的“法官不得拒绝裁判”原则功能性研究的基础上,加强本体性研究以推进司法实践的不断发展。

就理论与实践发展的辩证关系而言,面对当前“法官不得拒绝裁判”原则本土发展中理论稍显滞后于实践发展的现状,应当率先强化对“法官不得拒绝裁判”原则的法理基础和形成路径等基础性和本体性问题的梳理与分析。“法官不得拒绝裁判”作为一项现代司法原则,其赖以存在的法理基础是什么,形成路径是什么,我国是否存在相同或相似的法律基础?对这些问题的解答有助于“法官不得拒绝裁判”原则的本土化和规范化发展,有裨于推进“法官不得拒绝裁判”原则成为我国司法原则由可能性向必然性转化。

二、“法官不得拒绝裁判”原则的法理基础

作为一项现代司法原则,“法官不得拒绝裁判”内嵌于具体的诉讼制度并作用于具体的个案裁

① 参见纪海龙《法律漏洞类型化及其补充——以物权相邻关系为例》,《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第4期。

② 参见陈肇新《“禁止拒绝裁判”悖论之意蕴——以房屋买卖合同纠纷的裁判解读为例》,《社会科学》2018年第7期。

③ 参见雷槟硕、张斌峰《“禁止法官拒绝裁判”义务的规范构造》,《南京社会科学》2020年第10期。

④ 最后检索时间为2022年6月29日。

⑤ 参见吉林省长春市中级人民法院(2020)吉01民终4170号民事裁定书。

⑥ “法官不得拒绝裁判”既出现在“当事人”部分又出现在“法院认为”部分的案件有7件,统计时进行了分别计算。

判。“法官不得拒绝裁判”原则以纠纷解决为目标,既表现为国家权力配置下司法权定位的内在要求,同时也是公民权利配置下诉权保障的应有之义。

(一)“法官不得拒绝裁判”原则以纠纷解决为目的

纠纷解决作为最为基本的诉讼目的是“法官不得拒绝裁判”原则的正当性来源。就诉讼制度的发展而言,诉讼目的表现为一种阶段性和持续性的引领与指导。具体来说,其一,在诉讼制度的立法阶段,其指引着具体诉讼制度的安排及诉讼法律规范的设计。其二,在诉讼制度的司法适用阶段,其为应然层面的诉讼法律条文向实然层面的法律适用提供基本遵循原则。其三,在诉讼制度的修正与完善阶段,诉讼目的作为基础性理论支撑着诉讼制度的发展方向。

在人类社会发展的历史进程中,纠纷不可避免,且一直存在,是一种常态化的社会现象。关于纠纷的定义,社会学意义上采取最广义的理解,即“纠纷不一定表现为公开的暴力冲突,还包括紧张、敌对、竞争及在目标和价值上的分析”^①。纠纷的存在须有三个条件,即纠纷主体为具体且特定的主体,纠纷形成的动机是实际生活中真正的利害关系之对立以及双方当事人意识到对方的行为而实施一定的行为。与社会学意义上的纠纷相比较,法学(律)纠纷的范围要小的多,只有由法律规定的权利发生争端或冲突,才能被视为法律纠纷。“法律纠纷必须是围绕权利义务进行争执、对立的纠纷”^②,在我国具体包括民事纠纷、行政纠纷和刑事纠纷。

既然纠纷不可避免,且为一种常态化的社会现象,那么为了使这种不稳定的社会现象恢复稳定,就需要化解纠纷,并配给相应的纠纷解决机制。所谓纠纷解决,是指“纠纷发生后,特定的纠纷主体依据一定的规则、手段和程序,消除冲突状态、对损害进行救济、恢复秩序的活动过程”^③。在众多法律纠纷解决机制中,诉讼作为权威性、公正性的代表,扮演着举足轻重的角色。诉讼作为纠纷解决的场域,最为基本的目的是解决法律纠纷,这是彰显诉讼价值最基本的动因,其他的诉讼目的也由此展开,如公民权利保障之诉讼目的、法律秩序维护之诉讼目的。一言以蔽之,纠纷解决乃最基本的诉讼目的。

“法官不得拒绝裁判”以纠纷解决为目的,是诉讼目的之纠纷解决的必然要求。“法官不得拒绝裁判”所传达的规范意涵是法院及法官应当裁判,其裁判的对象是当事人的诉讼请求,是法律规范确立的权利与义务所发生的纠纷与争端。从公民视角上讲,公民提起诉讼最基本的诉求是寻求公力救济机关(法院)对其所发生的法律纠纷进行裁判;从诉讼视角看,诉讼本质上是一项纠纷解决机制,为国家所举办,是国家权力配置下司法权力的具体职能表现,其以法院为场域,以法律规范为依据,最基本的目的是对法律纠纷进行裁判。纠纷解决之诉讼目的为我国民事诉讼和行政诉讼法律文本所确立。《民事诉讼法》第2条(立法目的)中的“确认民事权利义务关系”便是对纠纷解决目的的明确规定。法学(律)意义上的纠纷实质就源于权利义务以及法律关系的不确定状态,即双方当事人就同一法律关系存在纷争,对权利义务的内容、归属等存在不一致的认知。正如日本学者田中成明所述:“民事诉讼或司法的主要功能是终局解决个案纠纷或具体纠纷”,“明确法律上的‘具体’权利、义务或责任的内容和归属”^④。在行政诉讼中,基于对行政诉讼性质及社会现实的考量,2014年修订的《行政诉讼法》明确将“解决行政争议”增列为行政诉讼法的目的。

当然,纠纷解决仅为“法官不得拒绝裁判”之最基本任务,其还需要追求并实现其他诉讼目的。在民事诉讼中,“法官不得拒绝裁判”经由对民事纠纷的解决,确定双方当事人之间的权利义务关系,从而保障公民权利,进而实现对国家私法秩序的维护。在行政诉讼中,“法官不得拒绝裁判”经由对行政行为的合法性审查,实现行政纠纷的解决,以保障公民的合法权益,进而维护国家的公法秩序。

① [美]伊恩·罗伯逊:《社会学》(上册),黄育馥译,北京:商务印书馆,1994年,第25页。

② 刘荣军:《程序保障的理论视角》,北京:法律出版社,1999年,第28页。

③ 范愉、李浩:《纠纷解决——理论、制度与技能》,北京:清华大学出版社,2010年,第14页。

④ 邵明、周文:《论民事之诉的合法要件》,《中国人民大学学报》2014年第4期。

(二) 国家权力配置下司法权定位的内在要求

司法权的本质属性尚无统一论,正如英国学者詹宁斯所述:“要准确地界定‘司法权’是什么,从来都不容易。”^①但是,经由学界多年的同心戮力,在既有司法权界定的丰硕成果库中,可以梳理总结出关于司法权本质的基本共识,即司法权作为化解法律纠纷的国家权力,是一项兼具权威性与终局性的裁判权。

一方面,司法权是一项化解法律纠纷的国家权力。化解法律纠纷作为司法权的本质属性在学界已达成共识。如日本宪法学者芦部信喜教授认为:“司法是在当事人之间存在有关具体案件之纠纷的情形下,以当事人提起诉讼为前提,由独立的法院基于其统辖权,通过一定的诉讼程序,为解决纠纷,形成何者为法的判断,保障法的适用之作用。”^②陈光中先生认为:“司法是国家解决纠纷、惩罚犯罪的诉讼活动。”^③王利明教授认为:“司法就其狭义而言,是一种裁判活动,即由法院对当事人之间的纠纷进行裁判。”^④通过梳理发现,分析视角不同,司法权的意涵有所区别,但经由“合并同类项”式的整合,“化解法律纠纷”在司法权界定中已形成基本共识。

另一方面,司法权是一项兼具权威性与终局性的裁判权。“司法是与裁判有着内在联系的活动,司法权往往被直接称为司法裁判权。”^⑤“司法就是裁判权”之表述反向便无法成立,即裁判权并非司法权,裁判权并非由法院及法官所独享。在多元法律纠纷解决机制下,裁判权除由法院及法官享有外,行政机关、仲裁机关等其他机构也享有这一权力。但是,司法权表现出的权威性和终局性,是区别于其他裁判权的显著特征。就权威性而言,“司法权威是司法的外在强制力与内在说服力达到了高度一致而被同化为社会的内心信念的产物”^⑥。其中,司法权的外在强制力来源于国家权力的强制力,司法权是国家权力的具体类型;司法的内在说服力则体现在具体的诉讼程序中,如当事人诉讼程序权利的保障、裁判结果的可接受性等。就终局性而言,和解、调解、仲裁、复议等能够实现法律纠纷的解决,但这无法撼动司法作为纠纷解决最后一道防线的地位。如当事人对行政复议机关的复议决定不服,在法定起诉期限内,可提起诉讼以实现纠纷的最终解决^⑦。

“法官不得拒绝裁判”是国家权力配置下司法权定位的内在要求。“法官不得拒绝裁判”是国家职能的重要内容,是司法权作为裁判权的必然要求,且较之于其他纠纷解决机制,司法权定位下的诉讼程序具有显著的优越性。

其一,“法官不得拒绝裁判”是国家职能的重要内容,属于国家义务范畴。就纠纷解决模式的历史演变来看,公力救济产生并逐步趋于主流化,且带有替代私力救济模式的倾向。如此发展的根源在于公民将自己自由谋求权利的事物转让给公共权力机构(国家),相应地,国家应义不容辞地承担内部成员间的权利纠纷解决责任,即“如果在公民之间有争端,国家就有义务对权利进行裁决”^⑧。“法官不得拒绝裁判”所体现出的公民权利纠纷之解决也是国家职能的重要内容。国家为公民权利纠纷进行裁决,一方面,有助于保障公民权利,使遭受侵害的权利得到及时且有效的修复;另一方面,有裨于定纷止争效果的实现,消除由此可能引发的社会不安定因素,从而实现公共秩序的稳定。

其二,“法官不得拒绝裁判”是司法权作为裁判权的必然要求。司法权本质上是一项裁判权,是化解法律纠纷的国家权力,是解决公民权利纠纷的专门性权力。就权力与权力的关系而言,司法权作为国家权力的具体形态,以公民权利纠纷的判断与裁决为功能定位,体现着国家权力的合理分工,是更好地实现国家职能的必然要求。就权利与权力的关系而言,公民就其权利纠纷诉诸专门的权力机关(司法机关),有裨于更好地实现权利救济与遭受侵害之权利的修复。是故,司法权以裁判权为

① [英] W. Lvor. 詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,上海:生活·读书·新知三联书店,1997年,第165页。

② [日] 芦部信喜:《宪法学》,林来梵、凌维慈、龙绚丽译,北京:北京大学出版社,2006年,第293-294页。

③ 陈光中:《中国司法制度的基础理论问题研究》,北京:经济科学出版社,2010年,第6页。

④ 王利明:《司法改革研究》,北京:法律出版社,2000年,第8页。

⑤ 陈瑞华:《司法权的性质——以刑事司法为范例的分析》,《法学研究》2000年第5期。

⑥ 汪习根:《司法权论——当代中国的司法权运行的目标模式、方法和技巧》,武汉:武汉大学出版社,2003年,第31-41页。

⑦ 参见范伟《行政诉讼起诉期限功能定位之反思与修正》,《行政法学研究》2021年第2期。

⑧ [德] 威廉·冯·洪堡:《论国家的作用》,林荣远、冯兴元译,北京:中国社会科学出版社,1998年,第137页。

本质属性,决定了法官应当裁判,且不得拒绝裁判。

其三,较之于其他纠纷解决机制,司法权定位下的诉讼程序具有显著的优越性。具体表现为三个方面:第一,作为裁判主体的法官依法独立行使裁判权,仅对法律负责,即“法官一方面独立于官方命令,另一方面又从属于法律”^①。第二,诉讼程序的设置以制定法为依据,且符合主流的道德准则^②。较之于其他纠纷解决机制,具体的诉讼程序更能够体现出过程中的公平与公正。第三,机制保障的优越性。如法官的专业素养,以我国为例,成为法官须达到本科以上学历,通过法律职业资格考试,通过国家公务员考试。此外,法院的设置、诉讼程序的推进以及生效裁判文书的执行等都以国家的强制力保障为后盾,这是其他纠纷解决机制无法比拟的。

(三)公民权利配置下诉权保障的应有之义

诉权产生于公力救济发展过程中,是诉讼发展到一定阶段的产物。诉权概念的渊源可以追溯到古罗马时代的“action”,现代的诉权概念则来自德国法上的“Klagerecht”,主要指可以为诉的权利。《法律大辞书》中诉权是指:“人民为保护自己权利而向国家请求救济之权利而言,乃属一种公权,有时可向司法机关行使,有时可向行政机关行使,前者如民事或刑事之诉权,后者如行政诉讼与诉愿之诉权。”^③诉权概念尚未达成一致意见,但经由学术史的梳理,可以总结出诉权本质的基本共识,即诉权是一项公法权利、程序权利、救济权利,并贯穿于诉讼全过程。当今世界,诉权的司法保障已然成为法治国家的必然趋势,集中体现为诉权的国际人权化和诉权的宪法化,具体可作如下分析:

其一,诉权国际人权化。诉权的国际人权化趋向,表现为应然层面诉权的基本人权属性和实然层面诉权对国际人权的规范性表达。就前者而言,诉权是一项基本人权。人权作为一项普遍性的道德权利,其不依赖于国家法律的存在而存在,而是人作为人所享有的权利^④。所谓普遍性,旨在强调人权是“无论被承认与否都在一切时间和场合属于全体人类的权利”^⑤。自公力救济成为法律救济的主要模式并趋于主流,诉权即作为一种普遍性的基本人权而存在,即公民有权利向国家寻求法律纠纷的解决,相应地,国家也有义务对公民的权利纠纷进行裁决。就后者而言,诉权作为人权的具体形态被内嵌及表达在各类人权条约和宣言中,成为世界人权和世界法治发展的必然要求。诉权的人权化趋向所要传递的是“任何人都可以自主决定是否提起诉讼”^⑥。如《世界人权宣言》第8条规定“任何人当宪法或法律赋予其之基本权利遭受侵害时,享有合格的国家法庭对上述侵害行为作出有效补救之权利”;第10条规定“任何人平等地享有由独立且无偏倚的法庭进行公正、公开审判之权利”。

其二,诉权宪法化。所谓诉权宪法化,即诉权被一国所肯认,并在宪法文书中体现。在大陆法系国家中,如1946年《日本国宪法》第32条规定:“任何人在法院接受裁判的权利不受剥夺。”如法国将诉权视为一项法定的基本权利,具体表现为通过制定法的形式确立“诉诸法院的基本权利”^⑦,通过最高法院的判决承认《联合国关于公民权利与政治权利的公约》在法国的适用等^⑧。在英美法系国家中,英国《自由大宪章》第39条规定:“任何自由人非经其同级贵族依法裁判或经国法判决,不受逮捕、监禁、没收财产、剥夺法定权利、流放或其他侵害。”美国的诉权宪法化之路体现在其宪法修正案中,第五修正案规定:“不经正当法律程序,不得被剥夺生命、自由或财产”;第十四修正案中规定“(各州)不经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产”,“(各州)对在其管辖的任何人,不得拒绝给予平等的法律保护”。上述可视为诉权宪法化直接或者间接的依据。

“法官不得拒绝裁判”是诉权司法保障的应有之义。就应然层面而言,权利主体可以自由行使诉

① [德]卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海:上海人民出版社,2005年,第167页。

② 参见卓泽渊《法政治学研究》,北京:法律出版社,2011年,第248页。

③ 郑毓毅:《法律大辞书》,北京:商务印书馆,2012年,第1346页。

④ 参见夏勇《权利哲学的基本问题》,《法学研究》2004年第3期。

⑤ [英]A.J. M. 米尔恩:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇、张志铭译,北京:中国大百科全书出版社,1995年,第2页。

⑥ 吴英姿:《论诉权的人权属性——以历史演进为视角》,《中国社会科学》2015年第6期。

⑦ 刘敏:《诉权保障研究——宪法与民事诉讼法视角的考察》,北京:中国人民公安大学出版社,2014年,第29-30页。

⑧ [法]让·文森、塞尔日·金沙尔:《法国民事诉讼法要义》(上册),罗结珍译,北京:中国法制出版社,2001年,第101页。

权,是诉权作为普遍性基本人权的必然要求,因而,法院及法官应当裁判,且不得拒绝裁判。以权利与权力的关系为例,个人放弃“自卫”的权利并转让给国家,作为个人服从国家权力的“回报”,诉权的自由行使具备正当性,即国家(社会共同体)中的任何人都享有将权利纠纷诉诸法院寻求救济与保障的权利。就实然层面而言,随着诉权宪法化与诉权国际人权化逐步成为世界法治发展的潮流,“法官不得拒绝裁判”所体现的对诉权的司法保障实现了从应然向实然的转化。同时,该保障不仅在于强调对公民权利纠纷之裁判结果的司法保障,更体现为在整个诉讼程序中对诉权的司法保障,即诉权的司法过程保障。具体而言,依照诉讼程序的阶段化构造,“法官不得拒绝裁判”原则中的司法保障分为三个方面的内容,即:在立案与受理阶段,“法官不得拒绝裁判”强调对公民起诉权的司法保障;在程序审理阶段,“法官不得拒绝裁判”强调对公民获得实体裁判权的司法保障;在实体审理阶段,“法官不得拒绝裁判”强调对公民获得公正裁判权的司法保障。实然层面上对诉权作层次性解构,使得“法官不得拒绝裁判”不再是一项悬在空中的司法理念,突破了固有的仅体现为对公民起诉权利的保障,抑或是仅强调对裁判结果的保障的观点。如此设计,有助于“法院不得拒绝裁判”真正成为一项司法原则,在辅之以体系化具体规则的基础上,能够使诉权得到切实有效的司法保障。

三、“法官不得拒绝裁判”原则的形成路径

“法官不得拒绝裁判”原则的形成依托于国家权力的生成与运行、公民权利的行使与保障以及两者之间的内在平衡。单一逻辑下形成的“法官不得拒绝裁判”原则存在与既有法治理念相冲突的固有缺陷,即单一国家权力生成与运行逻辑下的“法官不得拒绝裁判”原则容易走向极端的法条主义,单一公民权利行使与保障逻辑下的“法官不得拒绝裁判”原则容易陷入司法万能主义和法律虚无主义。

(一) 国家权力生成与运行逻辑下的“法官不得拒绝裁判”

国家是人类社会产生并不断迈向自由进程中不可或缺的重要公共组织。国家对人类社会发展的作用以国家权力为核心内容和基本前提。但是,国家权力具有天然扩张与异化的属性,故国家权力须进行科学化的配置以防控权力异化,从而更好地实现对人类社会发展的推动作用。

在单一的国家权力生成与运行逻辑下,“法官不得拒绝裁判”大致遵循着“国家权力→司法权→法官裁判”的形成路径(参见图1)。具体来说,首先,基于防止权力异化的实践需求,国家权力分工为包括司法权在内的多项具体国家权力。纵观世界法治发展现状,无论采取何种国家权力配置模式,司法权都是一项重要的具体国家权力形式。其次,司法权是一项兼具权威性和终局性的裁判权,在司法实践中体现为“法官裁判”。鉴于司法与审判的内在关联,“司法权往往被直接称为司法裁判权(或司法审判权)”^①。如前文所述,裁判权并非由司法独享,在倡导多元化纠纷解决的时代背景下,行政裁决、仲裁等都属于裁判权的具体形态。但是,在诸多裁判权中,司法权具有终局性,且更具有权威性。形而上的司法权作用于人类社会的发展,须在法官的主持下依照诉讼法律规范和诉讼程序发现案件事实并作出裁判。是故,司法权在实践中体现为“法官裁判”。最后,“法官不得拒绝裁判”由法官裁判推导而来。一方面,从语义学上讲,“不得拒绝”具有双重否定之意涵,即表示肯定。也就是说,法官裁判,即指法官不得拒绝裁判。另一方面,从国家权力运行的积极层面上讲,司法权及法官裁判(权)应当扮演着人类自由与人类社会之“助推器”的角色,在此意义上,法官裁判应当包含“法官不得拒绝裁判”的意涵。

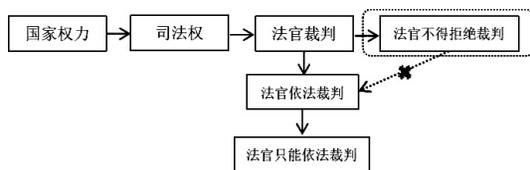


图1 国家权力生成与运行逻辑下的“法官不得拒绝裁判”

^① 陈瑞华:《司法权的性质——以刑事司法为范例的分析》,《法学研究》2000年第5期。

但需要注意的是,单一国家权力生成与运行逻辑所形成的“法官不得拒绝裁判”实质上是对国家权力双重属性中“善”的属性的极度仰赖,即“法官不得拒绝裁判”形成的基础,是假定国家权力、司法权及法官裁判(权)必然会作用于人类自由和人类社会的发展。但是,国家权力扩张与异化的属性天然存在,且无法因为其“善”的强大而根本性地退出。也就是说,司法权及法官裁判(权)推导出的“法官不得拒绝裁判”并非坚不可摧,实际上还伴随着“法官拒绝裁判”的情形,且该情形无法克减。进一步说,单一国家权力发生与运行逻辑下所形成的“法官不得拒绝裁判”无法真正成为司法责任的归责内容。

在司法实践中,依此逻辑所形成的“法官不得拒绝裁判”无法在个案裁判中产生实质性效果。长此以往,在司法裁判过程中,法官裁判会严格地坚守“依法裁判”,陷入“法官只能依法裁判”的旋涡,成为一个极端的法条主义者。学理上“法条主义”存在两种解读:一种认为“法条主义”属于中性词,法律职业是无法摆脱“法条主义”的,一个好的法律人必然会带有一些“法条主义”倾向^①。即便是“反法条主义的法律实用主义者也常常会使用法条主义作为其韬略之一”^②。另一种则认为“法条主义”属于贬义词,往往意指思想僵化、固化,即极端的“法条主义”倾向。在司法领域,极端的法条主义倾向,是指具体案件的承办法官只服从实证法,实证法缺漏的情形下法官即拒绝裁判。在“法官不得拒绝裁判”无法对法官裁判作出实质约束的情况下,法官具有作为“一般人”趋利避害之本性,且科层制下的法官“缺乏对自然和社会科学知识的了解”以及“缺乏对其他行当甚至其他法律部门的了解”^③，“只能依法裁判”，陷入极端的法条主义。如此，“法官不得拒绝裁判”将沦为一纸“空文”，一句“口号”。

(二) 公民权利行使与保障逻辑下的“法官不得拒绝裁判”

“人的自由与解放”是马克思主义政治社会哲学的核心命题。在《经济学手稿》中,马克思以人的自由为标准将社会形态分为三个阶段,第一阶段为“人的依赖关系(起初是完全自然发生的),是最初的社会形态”,第二阶段为“以物的依赖性为基础的人的独立性”,第三阶段为“建立在个人全面发展和他们共同的、社会的生产能力成为从属于他们的社会财富这一基础上的自由个性”^④。其中,第三阶段的社会形态本质上是一个“以每一个人的全面而自由的发展为基本原则的社会”^⑤。在马克思划分的第三阶段社会中,倡导个人享有其作为“人”的所有权利,且可以自由行使。在这一人类社会的理想与目标达成之前,需要国家这一“过渡性”社会公共组织的存在和推进。“(国家)永远不会占用整个人类在其活动和历史发展中理所当然拥有的权力,即为了整体而牺牲个人的那种权力。”^⑥而在个人权利可以自由行使的共产主义社会尚未达成之际,国家扮演着推进和实现这一理想与目标的角色,与之相对应,个人需要让渡一部分权利和利益给国家。在社会冲突解决中,个人放弃“自卫”的权力并转让给国家,作为个人服从国家权力的“回报”,诉权的自由行使具备正当性^⑦,即国家(社会共同体)中的任何人都享有将权利纠纷诉诸法院寻求救济与保障的权利。这即为公民权利行使与保障的法治逻辑。

在公民权利运行与保障逻辑下,“法官不得拒绝裁判”大致遵循着“公民权利→诉权→法官不得拒绝裁判”的形成路径(参见图2),即“法官不得拒绝裁判”由诉权作为一项普遍的、基本的公民权利推导而来,是个人权利与利益暂时让渡给国家后国家应当承担的责任与义务。但是,在单一的公民权利行使与保障逻辑下,法官裁判(权)是“法官不得拒绝裁判”的下位概念,即因为法院及法官不得拒绝当事人的纠纷之诉请,所以法官应当裁判。也就是说,在具体的个案审判中,法官裁判权的行使

① 参见苏力《法条主义、民意与难办案件》,《中外法学》2009年第1期。

② See Richard A. Posner, *Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, 2003. 转引自苏力:《法条主义、民意与难办案件》,《中外法学》2009年第1期。

③ [美]理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京:北京大学出版社,2009年,第6-7页。

④ 《马克思恩格斯文集》(第八卷),北京:人民出版社,2009年,第52页。

⑤ 《马克思恩格斯选集》(第二卷),北京:人民出版社,2012年,第267页。

⑥ 《马克思恩格斯全集》(第四十一卷),北京:人民出版社,1982年,第394页。

⑦ 参见周永坤《诉权法理研究论纲》,《中国法学》2004年第5期。

受到“法官不得拒绝裁判”原则的强力控制。

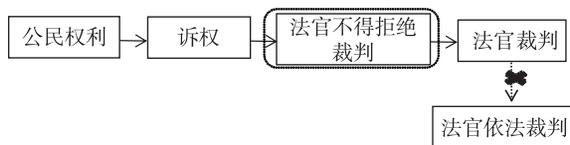


图2 公民权利行使与保障逻辑下的“法官不得拒绝裁判”

若依此逻辑,司法实践中法官裁判极其容易走向极端的“司法万能主义”与“法律虚无主义”。具体来说,一方面,囿于“法官不得拒绝裁判”原则的强力控制,面对公民的诉讼请求,法院及法官将没有任何余地地进行审理和裁判。基于司法有限的属性^①,司法无法化解所有的纠纷。另一方面,法院及法官在具体的案件裁判过程中,为了贯彻“法官不得拒绝裁判”的精神,将陷入“法律虚无主义”的危机。即法官将抛开司法的功能定位,无论纠纷是否有实证法规定,抑或是司法是否能够有效解决纠纷,都极其容易挣脱理性作出裁判。对于现阶段人类社会的发展而言,上述两种倾向和危机实际上都背离了法治国家建设的初衷和目标,长此以往,人类社会可能会倒退到原始社会阶段,人与人之间通过野蛮的“血亲复仇”“同态复仇”等方式解决冲突与纠纷。

(三) 两种逻辑合力下的“法官不得拒绝裁判”

通过上文分析发现,单一逻辑下形成的“法官不得拒绝裁判”都存在与既有法治理念相冲突的固有缺陷,即单一国家权力生成与运行逻辑下的极端法条主义,单一公民权利行使与保障逻辑下的司法万能主义和法律虚无主义。笔者认为,“法官不得拒绝裁判”原则应当提倡作相对性解读^②,只有在国家权力与公民权利两种逻辑合力下,所推演和形成的“法官不得拒绝裁判”才能与既有的法治理念互恰,从而助力并推动一国司法,乃至世界法治的持续发展。

在国家权力与公民权利双重逻辑下,“法官不得拒绝裁判”的生成及运行大致遵循着“‘法官裁判+法官不得拒绝裁判’→法官依法裁判→法官应当依法裁判→……”的路径(参见图3)。如此逻辑下的“法官不得拒绝裁判”在具体司法审判过程中体现为法条主义与法律实用主义的统一,即法院及法官对依法裁判和裁判社会效果的双重追求。在两者的逻辑顺位上,应以依法裁判为第一追求,只有在实证法存在未明文规定、不明等缺漏的情形下,法官才可以创设非一般法律规则的方式对个人进行裁判,解决公民之间的权利纠纷,进而实现定纷止争的社会效果,是为司法社会功能的实现^③。

“法官不得拒绝裁判”对法条主义和法律实用主义的双重追求,可从诉讼程序推进和裁判依据选取两个方面展开。一方面,法院及法官依照具体的诉讼法律规范,如民事诉讼法、行政诉讼法等,依法推进诉讼程序的发展,始于当事人的起诉行

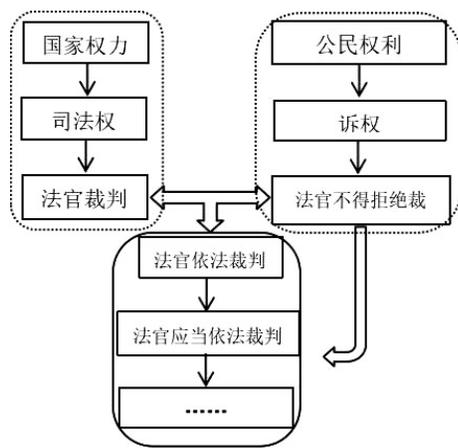


图3 两种逻辑合力下的“法官不得拒绝裁判”

① 现代司法有限性的主要理由有:(1)司法权力范围有限,态度谦抑,不得逾越法律规则;(2)遵循消极被动原则,尊重个案当事人优先于尊重社会利益,不主动干预社会生活;(3)司法资源有限,无法像行政权那样具有广泛的强制性权力;(4)对抗制程序使司法成为成本最昂贵的纠纷方式;(5)司法要保持对社会领域中一些基本规律和现象的遵从,比如在教育学术案件中,司法对教育和学术的遵从,在医疗卫生等涉及技术性问题的判断时,也要保持这种遵从的态度;(6)司法主体必须遵循职业主义原则,俗称精英主义,法官只是少数人。参见孙笑侠《解决人案矛盾必须确立司法有限主义》,《人民法院报》2016年11月6日。

② 参见范伟《“法官不得拒绝裁判”原则的逻辑再造:从绝对性到相对性》,《政法论坛》2021年第1期。

③ 参见孙笑侠《论司法多元功能的逻辑关系——兼论司法功能有限主义》,《清华法学》2016年第6期。

为,终于司法裁判的作出及送达。其中,在诉讼法律规范存在缺漏的情形下,依照最有利于保障当事人诉讼程序权利的标准来推进诉讼程序。另一方面,就裁判依据选取而言,首先考虑依据实证法作出裁判,当实证法出现缺漏的情形,可以依据实证法的立法目的,对条文作出解释再进行适用和裁判。在前两者皆无法解决的情况下,法院及法官可通过创设非一般法律规则的形式,对当事人提起的权利纠纷作出裁判。换言之,“法官不得拒绝裁判”下的司法裁判,应当以依法裁判为原则,即法条主义优先;在法条主义不能的情况下,法院及法官才能通过其他途径推进诉讼程序,作出司法裁判化解权利纠纷,实现定纷止争的司法功能。

四、结语

作为一项源于西方的法谚型司法原则,“法官不得拒绝裁判”晚近出现在我国司法实践中,且存在于裁判文书的说理部分,一定程度上表明其具有成为我国司法原则的可能性。在回应上述现象的理论研究中,法理基础厘清和形成路径探明是基础性和本体性前置问题,是“法官不得拒绝裁判”原则本土化发展的重要前提。就法理基础而言,“法官不得拒绝裁判”原则以纠纷解决为目标,既是国家权力配置下司法权定位的内在要求,也是公民权利配置下诉权保障的应有之义。就形成路径而言,在相对性逻辑框架下,“法官不得拒绝裁判”原则的形成依托于国家权力的生成与运行、公民权利的行使与保障以及两者之间的内在平衡。展望未来,“法官不得拒绝裁判”原则本土化发展,需要立足于我国法治文化传统和法律规范体系,兼顾学理解构、改良与司法实践经验提取,使其能够贴合并作用于我国司法实践,助力于公民权利的司法保障。

(责任编辑 刘英)

著作权使用声明

本刊已许可中国知网、万方数据库、中文科技期刊数据库(重庆维普)以数字化方式复制、汇编、发行、信息网络传播本刊全文。本刊支付的稿酬已包含各数据库著作权使用费,所有署名作者向本刊提交文章发表之行为视为同意上述声明。如有异议,请在投稿时说明,本刊将按作者说明处理。

《东南大学学报(哲学社会科学版)》编辑部