

学校编码: 10384

分类号 _____ 密级 _____

学 号: 200408055

UDC _____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

法 官 遴 选 制 度 探 析
——从法律理性入手

**A Study on the Judges' Selection System:
Start with the Perspective of the Juristic Reason**

林 毅 坚

指导教师姓名: 张 榕 教 授

专 业 名 称: 诉 讼 法 学

论文提交日期: 2007 年 5 月

论文答辩时间: 2007 年 月

学位授予日期: 2007 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2007 年 5 月

法官遴选制度探析——从法律理性入手

林毅坚

指导教师 张榕教授

厦门大学

厦门大学学位论文原创性声明

兹提交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。
本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

法官遴选制度的改革牵涉到多种因素的变更，典型如政治体制、地区差异、经济因素、利益平衡等。本文将法学教育、司法考试、法官遴选三种制度所涉及追求法律理性这一共同目标提炼出来，在界定理性是关于社会进步、制度进步、道德进步的社会理性的基础上，引用将法律理性区分为法律自身的理性，法律人的理性和法律教育的理性三个层次的分析，将法学教育、司法考试和法官遴选制度的完善统一于法律理性的提升上。除引言和余论外，本文分为四章。

第一章首先介绍了达玛什卡教授采用了一种“独尊”政治因素来分析法律程序的“技术处理法”，点出本文意在效仿此分析方法，论述了法律理性所包含的三个层次在这三种制度上均能体现，从而论证了以法律理性为纽带对三种制度进行讨论的可行性，这也是对本论文的分析方法的交代。

第二章通过对法学教育制度的纵向历史考察和横向比较，指出法学教育制度的发展是一个不断提升法学教育理性的过程，并以此为鉴，对我国的法学教育制度进行反思，指明法学教育制度的完善恰是法官遴选制度的基础架设。

第三章通过对两大法系司法考试制度的概况简介及比较，归结出司法考试应具备的作用，以此裨益我国司法考试制度的改进，并同时指明，司法考试制度的改进体现了法律人的理性的要求，也为法官遴选制度的完善提供一种过程优化。

第四章通过前述法律理性的界定、法学教育制度及司法考试制度的改进，水到渠成地引出法官遴选制度的确立是必要的。在对两大法系法官遴选制度的比较思考的基础上，点明我国法官遴选制度的弊端并提供了可行的改进建议。

余论呼应了引言部分，点出本文“独尊”法律理性的分析模式力有不及的地方，如行政权力坐大、职业归属感淡薄法官、检察官、律师三职业间的流动不良等众多问题依然存在，尚待经过一系列程序的深化设计才可解决。

本文的理论创新之处主要在于效仿达玛什卡教授的分析方法，将本来影响法官遴选制度的因素人为设置成常量与变量的关系，将政治因素、社会环境、利益权衡等视为常量，静态考察法官遴选制度不断完善的过程，并以法律理性为纽带，将法学教育、司法考试制度与法官遴选制度联结起来。

关键词：法学教育；司法考试；法官遴选

ABSTRACT

The reform of the Judges' selection system involves many factors, for instance, political system, district economical level, benefit equation etc. This paper offers a new analytic method that it views the juristic reason as the commonness of the legal education, the judicial exam system and the judges' selection system. Base on the conclusion that the reason is a good change of the society, the system and the social reason, the paper quotes an trichotomy, with which the juristic reason was divided into three parts: the first one is the reason of the law itself, the second one is the reason of the legal men, the third one is the reason of the legal education. According to this trichotomy, it unifies the legal education, the legal exam system and the judges' selection system into a whole goal for the exaltation of the juristic reason.

In chapter1, it points out that this paper would follow the lead of Pro. Mirjan R .Damaska's special analytic method, views the juristic reason as the whole goal for the three systems which related to the judges' selection system and discusses the probability of this unification method.

In chapter2, according to the conclusion of the historical survey and the crosswise comparison on the legal education system, it points out that the improvement of the legal education system is the need for the change of the legal men's juristic reason. Then, efficient manners also are devoted to change the limitation of the legal education system.

In chapter3, according to the improvement of the judicial exam system, and after the comparison of the two kinds of legal system in the world, it realizes that to change the judicial exam system is the process optimizing of changing the judges' selection system. Furthermore, the consummation of the judicial exam system also incarnates the require of the legal men's reason.

In chapter4, based on the conclusion above, it illustrates that the conditions have been prepared, and it is the right time to improve the judges' selection system. Meanwhile, it analyzes the defects of the judges' selection system in china and explains the feasibility of its melioration.

Conclusions are summed up based on the analysis in former discussions. Two key things we should consider and solve beautifully: One is the independency of the

justice; the other is the favor of the occupational emotion. To achieve these it would be a long complex process. Besides, this paper has offered a new perspective on the juristic reason in order to discuss the judges' selection system more expressly. This method also enriches the perspectives of the melioration on the judges' selection system.

Key Words: Legal Education; Judicial Exam; Judges' Selection

厦门大学博硕士

引 言.....	1
第一章 方法交代——法律理性的总要求.....	2
第一节 法律理性延展之前提.....	2
第二节 法律理性之多重规定性.....	3
一、法律理性之内涵.....	3
二、法律理性之视角.....	6
第二章 基础架设——法学教育制度的完善.....	9
第一节 法学教育的历史纵向考察.....	9
第二节 法学教育的横向比较.....	10
一、德美两国法学教育的现状描摹.....	10
二、我国法学教育的现状与反思.....	12
第三章 过程优化——司法考试制度的改良.....	18
第一节 两大法系司法考试制度概况及比较.....	18
第二节 我国司法考试制度的现状与反思.....	20
一、我国司法考试制度的现状.....	20
二、我国司法考试制度的改进.....	23
第四章 制度建构——法官遴选制度的确立.....	28
第一节 法官遴选要义.....	28
第二节 主要西方国家法官遴选制度概况.....	30
一、英美法系国家法官遴选制度概况.....	30
二、大陆法系国家法官遴选制度概况.....	32
第三节 我国法官遴选的现状与制度架构.....	33
一、法官遴选现状.....	33
二、法官遴选的制度重构.....	34
余论：法官遴选制度的障碍.....	38
参考文献.....	40

CONTENTS

Introduction	1
Chapter1 Explanation of the Method: the General Claim of the Juristic Reason	2
Subchapter1 The Precondition of the Expanding of the Juristic Reason	2
Subchapter2 The Multiple Prescription of the Juristic Reason	3
Section1 The Connotation of the Juristic Reason	3
Section2 The Visual Angle of the Juristic Reason	6
Chapter2 Base Construction: the Consummation of the Legal Education	9
Subchapter1 Historical Survey of the Legal Education	9
Subchapter2 The Crosswise Comparison of The Legal Education	10
Section1 The Actuality Description of the Legal Education in Germany and America	10
Section2 The Actuality and Rethinking: on the Legal Education in China	12
Chapter3 Process Optimizing: Improving the Judicial Exam System	18
Subchapter1 General Situation and Comparison: on the Judicial Exam system of the two Legal System	18
Subchapter2 The Actuality and Rethinking: on the Judicial Exam System in China	20
Section1 The Actuality of the Judicial Exam System in China.....	20
Section2 The Improvement of the Judicial Exam System in China.....	23
Chapter4 System Construction: the Establishment of the Judges’ Selection System	28
Subchapter1 The Essentials of the Judges’ Selection	28
Subchapter2 Systems’ Survey of the Judges’ Selection in Main Western Countries	30
Section1 Systems’ Survey of the Judges’ Selection in the Civil Law Countries ..	30

Section2 Systems' Survey of the Judges' Selection in the Common Law	
Countries	32
Subchapter3 Actuality and Reconstruction: on the Judges' Selection System....	33
Section1 The Actuality of the Judges' Selection System	33
Section2 The Reconstruction of the Judges' Selection System.....	34
Conclusions: The Barriers of the Judges' Selection System	38
Bibliography	40

厦门大学博硕

引 言

如果说司法改革是我国法治建设的重要环节的话，那么法官制度就是司法改革的重头戏，而法官遴选制度改革就是法官制度改革的重中之重。但一种制度的变迁，往往涉及到诸多方面的配套调整，就像法官遴选制度改革一样，势必牵涉到政治体制、地区差异、经济因素、利益平衡等众多层面因素的制约，如此一来，改革就变得千头万绪，无从下手。幸运的是，耶鲁大学米尔伊安·R·达玛什卡教授为我们提供了一种可行的分析模式：他在《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》一书中，采用了一种“技术处理法”，将影响法律程序的众多因素之一的政治因素剥离出来进行横比，使得纷繁复杂的各国法律程序的比较变得具体而鲜明起来。这就启发我们，在对法官遴选制度进行分析的时候，也可以试着采用类似的“技术处理法”，在众多影响因素中“独尊”某种因素，进行单线分析，从而得出一个先期的结论，以观后效。在我的设想中，对法官遴选制度进行探讨，主要是从法律理性入手，以法律的多重规定性分别对应于法学教育、司法考试、法官遴选，从而将三者统一在法律理性的框架内，使法官遴选制度在法学教育、司法考试良性运转的基础上得到发展和完善。

第一章 方法交代——法律理性的总要求

严格说来，法官遴选制度的变动是“牵一发而动全身”的改革，牵涉到整个司法改革的其他因素的配套完善。但倘若要将所有因素齐聚一起，通盘考虑，则会因眼界的缭乱反而难以理清头绪。所以本章将试图效仿达玛什卡教授的“技术处理法”，将应然层面的“法律理性”作为思考并讨论法学教育、司法考试、法官遴选制度联结在一起的“纽带”，在法律理性的框架下，论证三者内在统一的必要性和可能性。这同时也是笔者对于本论文的思考方法的交代。

第一节 法律理性延展之前提

“方法”一词，意为“遵循某一道路，即为实现一定的目的，必须按一定的顺序所采取的步骤”。^①“方法论”则是以方法为实践基础，通过对理论抽象而获得的有关方法知识体系的说明。^②方法论重在说明方法在何种程度上具有恰当性，从而为人们思维提供相应的科学基础。因此，方法论将会涉及到研究主体思考问题的角度选择、研究对象范围的确定、研究路径的比较选择、研究手段的筛选和运用等等。当然，笔者采用的这种“技术处理法”也许还未到方法论的层次，也势必带有一定的局限性，因为这种方法只能在众多因素中抽取一种加以研究，即使是在最适宜的情况下，也不能排除因为其他因素的变动而造成分析结果的异化的可能，正如达玛什卡教授评价自己“独尊政治因素”的分析模式时所提及的：“即使是在最适宜的条件下，来自政治领域的决定因素也只能对有限数量的程序现象起作用。”达玛什卡教授既然已知道这种分析模式的有限性，却仍是坚持采用，主要就是因为“政治因素在塑造程序系统的总体轮廓方面扮演着重要角色”，而笔者也认为，思想是行动的先导，故而在从人治走向法治的进路中，先进法治理念的确立并奉行，在指导具体改革时扮演着不是唯一但却是极为重要的角色，所以，与其在纷繁复杂的各种因素中“扑腾”，倒不如有选择地纯化思考角度，这种技术纯化的结果就是：将最大限度地实现法律理性作为法官遴选制度改革的

^①平平.走向解释学的真理——伽达默尔哲学评述[M].北京:东方出版社,1998.18.

^②胡玉鸿.法学方法论导论[M].济南:山东人民出版社,2002.97.

目标，并以法律理性的实现程度作为衡量法学教育、司法考试这两个与法官遴选制度息息相关的制度之完善程度的指标。

至此，读者们也许会质疑：既然法官遴选制度的改革是一个复杂的系统工程，那么这种“技术纯化”会否有失偏颇，失去意义呢？对这个问题，我愿意用达玛什卡教授对质疑其分析模式的读者们的解释作为答案：“难道我们会因为经常饮用的是热牛奶咖啡而忘记纯牛奶和纯咖啡的存在吗？……“我们不能指望这种类型的分析为我们提供它力所不能及的东西：当我们指出一幢建筑是某种特定风格之典范、或者是某些风格之混成品的时候，并不表示我们说出了这一建筑所独有的特性。不过，我们也必须认识到：对个体特殊性的考察，只有在获得了用一般性概念来关照和讨论个体性问题的概念工具之后才可能进行。如果我的分析框架为有助于界定和分析各种程序形式的概念宝库贡献了新的储备，如果它指出了新的、孕育了丰硕成果的考察路线，它所具有的不完备性便是可以容忍的了。”^①同理可证，尽管只用法律理性考察法官遴选以及相关制度，但只要这种分析方法能够提供一定程度的结论作为参考，则这种分析就是有益的，其“不完备性便是可以容忍的了”。正是在这种意义上，以法律理性作为思考问题的落脚点，分析其在法学教育、司法考试、法官遴选制度三者有机结合的过程中发挥“总旨”和“纽带”作用就是可能的了，换言之，作为先进法治理念应有之义的法律理性及其在法治具体制度中的延展就成为可能了。

第二节 法律理性之多重规定性

一、法律理性之内涵

什么是理性，这个问题并没有一个简单明了的答案。一旦提出这个问题，就意味着我们即将陷入漫长而艰苦的辩证思索当中。在哲学的工具书上，理性通常被定义为一种人所具有的探索真理的能力，或达到真理认识的某一认识阶段。^②

^①[美]米尔伊安·R·达玛什卡. 司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序[M]. 郑戈译, 北京: 中国政法大学出版社, 2004. 361-363.

^②张雄. 哲学理性概念与经济理性概念辨析[EB/OL]. <http://www.zisi.net/htm/xzwj/zxwj/2005-11-05-34396.htm>, 2005-11-05/2007-04-26.

在哲学家那里，他们赋予了理性一些什么样的意义呢？里克曼在《理性的探险》一书中探讨了四位理性哲学家的理性观，分别是柏拉图的理性法则、笛卡儿的对确定性的寻求、斯宾诺莎的实在的理性的次序、康德的理性批评。^①里克曼指出：柏拉图的理性法则是“我们只应接受建立在经过彻底地、批评地考察的证据和正当的推理之上的真理”；笛卡儿的对确定性的寻求是“坚决要求证明理性对知识的要求是正当的，寻求达到客观性和确定性的方法”；斯宾诺莎的实在理性秩序是力图把实在的图景描绘为一个统一的并且具有理性结构的系统，以此证明“我们对于普遍知识的渴求和对这种知识是确信的合理性”；康德的理性的批评是寻找知识和道德的普遍原则，这种普遍原则是建立在理性之上的。从这四位哲学家的不同理性观中我们可以发现，理性的内涵由单纯的哲学上的概念逐渐演化成与社会学上的合理性的交融，即由单纯意义上的认知理性发展到社会实证上的实践理性。理性理论的这种发展使得其启蒙了人们思想，促使人们用新的理性理论来看待所发生的新的事物。这应该就是陆自荣先生所指代的“启蒙理性”，即作为社会规范的合理性^②，他认为：17世纪的欧洲哲学是关于认识，关于科学理性、进步观念的哲学，这种关于科学理性和进步的观念在18世纪的法国唯物主义那里被推广到政治制度和道德领域，因此，18世纪的唯物主义哲学的理性是关于社会进步、制度进步、道德进步的社会理性。

曼海姆则在其《保守主义》一书中指出，什么是理性，什么是非理性，实际上是一个关系问题，或者说——这一点必须弄清楚——这两个术语是相互关联的。^③当启蒙主义普遍化和严格体系化的思想流行一时，理性的界限就是那种思想的界限，超出这一界限的每一种东西都被视为非理性。^④当事实如前所说的时候，所谓“理性”，在我们看起来就仅仅是一个名称，而不像是一个概念。当理性主义走过颠峰，浪漫主义相继而起，当两者又相互纠缠，走入现代，随后又进入后现代时代的时候，问题就更复杂了。但也应当指出的是，当代人的讨论比传统的见识有了实质性的进步，哲学理性概念的多视角性已被越来越多的理论工作者加以重视。

^①[英]里克曼·姚休.理性的探险[M].北京:商务印书馆,1996.转引自陆自荣. 哲学理性与社会学合理性之关系[J].上海大学学报(社会科学版),2007,(2):71.

^②陆自荣. 哲学理性与社会学合理性之关系[J]. 上海大学学报(社会科学版),2007,(2):72.

^③[德]曼海姆 1925 年提交给海德堡大学的教授资格论文.<http://image.welan.com/brief/?id=110694&name=保守主义>,2007-4-29.

^④哲学上“理性”的定义?<http://zhidao.baidu.com/question/21122295.html>,2007-4-29.

从以上哲学理性思想史的简略考察中,我们发现,哲学对理性概念的解说有着很大的歧义,它反映着不同历史时期人类对理性概念认知的过程和水平。正因为如此,这种综合多元的解释文本为今天学术界对此概念的深入探讨带来了一定的难度,同时也带来了理解间距的扩大。但从本论文的论述对象——法学教育制度、司法考试制度以及法官遴选制度的三者内在统一上看,主要是从制度上考虑其完善的必要和可能——因此笔者认为,本文所指称的理性,是关于社会进步、制度进步、道德进步的社会理性。

前述这种哲学上的理性概念的不确定性,在法律理性上也重演了。现代法治是现代性的重要内容,法律理性又是现代法治的题中之义,因此,法律理性也因是现代性的一部分而遭受了后现代思潮的猛烈冲击。应该说法律理性是现代性社会在法学领域里的一种思想信念,法律理性构成了现代社会现代性最显著的标志之一。因此,作为现代社会的法律人,势必要在这种立场选择中坚定不移地选择现代性,构建一个理性社会,这是法律科学的理性要求使然,也是现代社会发展的需要。

但法律理性究竟指代的是什么呢?既然理性是个多重层次的概念,指代的是关于社会进步、制度进步、道德进步的社会理性。而我们又在同一语境下讨论“理性”和“法律理性”,那么法律理性所指代的也是一种社会、制度、道德上的进步,也会出现多重规定性。正如有学者所分析的,法律理性可分为三个层次:法律自身的理性,法律人的理性和法律教育的理性。法律自身的理性,主要表现为法律规则的理性,包括价值理性、形式理性和程序理性;法律人的理性主要指的是法律从业者在具体法律实践中展现出来的智慧和能力,包括实践理性、职业理性和人为理性;法律教育理性即法律教育本身的理性化,它担负着法律自身的理性和法律人的理性的培养和沿袭。^①这种定义将法律理性细分为三个层面,分别对应于法律规范、法律从业者及法学教育的进步,是一种比较之后的理性,且三个层次是有机联系在一起的。法律自身的理性和法律人的理性只有充分渗透到法律教育中才能实现法律教育所追求的理性。法律教育的理性也只有在法律自身的理性和法律人的理性当中展现才能得到更彻底的贯彻。

^①王茂庆,法律理性与法律教育[J],华东政法学院学报,2005,(2):22-30.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

廈門大學博碩