

学校编码: 10384
学号: 13620120153348

分类号 _____ 密级 _____
UDC _____

廈門大學

博 士 学 位 论 文

中国法官多面性之研究

——以科层型程序下的法官定位为基础

A Research on the Multi-faceted Chinese Judges

Based on the Position of Judge in the Bureaucratic Procedure

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: 2016 年 6 月

论文答辩时间: 2016 年 月

学位授予日期: 2016 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2016 年 6 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈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其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月

厦门大学博硕士学位论文摘要库

内容摘要

在全面深化改革的当下中国，司法改革的推进需要克服众多的障碍。法官制度的完善即是其中重要的一环。科层型司法程序下，中国法官被赋予多面角色，迫切需要找准定位，以免出现角色紧张及冲突。在对法官及法官群体的立体剖析中，对法官不同层面特性均予以关照的目的在于，希望从外部环境到内里思维，从整体“法外因素”到局部“法内因素”对法官产生的合力之角度进行多维探讨，以期对法官及法官制度的未来发展有所助益。

论文从介绍政治因素影响下的法律程序类型入手，效仿达玛什卡教授“独尊政治因素的限定分析方法”，将司法与政治之间的关联以更单一、直观的方式展现出来，并由此分析和定位中国的权力组织类型。同时，结合中国法律程序的主要特征，借用达玛什卡教授的法律程序类型化的方法，指出中国的法律程序大体可归类于科层型程序，进而概括出科层型程序下的中国法官之总体样貌：地位失衡中的权力者与职责错位中的裁判者。

为了更具体地诠释中国法官的定位，论文对中国法官的既有面相进行了历史解构与现状描摹。通过梳理与比较，以西方法官为对照，结合中国传统法官的样貌分析，指出传统法官、职业法官与法律职业共同体的基本属性和内在要求。随后，针对法官身兼权力者与裁判者的实况，先以法官权力为对象，分析讨论了中国法官享有的场域性权力、配置性权力、递延性权力，探讨法官作为社会控制者与权力制约者的权力者面相；接着，再从案件裁判入手，分析讨论了中国法官纠纷解决职责的增强以及规则确立职责的错位情况，探讨法官作为纠纷解决者和规则确立者的裁判者面相。

作为论文的最初目的以及最终归宿，对中国法官多重面相的探讨，意在对中国法官制度提出完善建议与改革设想。有鉴于此，基于冲突多样性以及中国法官多面角色之前提，结合当下的司法改革背景，论文着力从法官员额的确定、陪审制的适用、法官遴选的改良等方面提出意见与建议，希冀为中国法官的未来发展提供一种可能的进路。

关键词： 多面性； 科层型程序； 法官定位

Abstract

Deepening reform of China, judicial reform needs to overcome numerous obstacles. Perfecting the system of judges is very important. Under the bureaucratic procedures, judges should have a clear understanding of what they should do as they are bestowed multifaceted roles. In the three-dimensional analysis of the judge, the author takes the characteristics of the judge in different aspects into consideration, aiming at extensively exploring the cooperation made by the judge from external environment to internal thinking, from the whole "extrajudicial factors" to the local "factors within the law"; hence, a desirable path for the future development of judges and the system of judiciary is expected.

This Thesis describes types of proceedings under the influence of political factors, and follows the example of Professor Damaska "exclusively political method of limit analysis", between justice and politics associated with a single, intuitive way to show it, and analyze and define the powers of China organization type. Meanwhile, combined with the main characteristics of China's legal procedures, use Professor Damaska's method of the type of proceedings, pointed out that China's legal procedures can be categorized in bureaucratic procedures and summarize choke overall appearance of Chinese judges under the program: the Power men in Imbalance and the Judges which are in the dislocation of responsibility.

For a more specific interpretation of the position of Chinese judges, this thesis describes the history and current situation of China's judges. By sorting and comparison, compared with Western justice, combined with analysis of the Chinese traditional judge's appearance, noted those traditional judges, professional judges and the legal community's basic properties and internal demand. Subsequently, from the origin of the power of judges, analyze and discuss the field power of a judge, the power of configuration, the deferred authority, and discuss the faces of judge as social control and power restriction. Then, starting from the cases, discussed the China's dispute resolution responsibilities of judges grows and dislocation of the rule establishing responsibility, in order to overcome the judge's dilemma as the controller of social and power.

As the original purpose of the thesis as well as the final destination, the discussion on the multiple faces of the China judges, is intended to put forward a

proposal of Chinese judge system and its reform. For this reason, conflict based on diversity and premises of the multifaceted role of judges in China, according to the current judicial reform, determination of paper from the post of judge, judge selection improvement, application of the jury, the judge's responsibility and the guarantee of its observations and recommendations, hope for the future development of Chinese judges provides a possible approach.

Key Words: The Multiple Faces; Bureaucratic Procedure; The Position of Judge

目 录

导 言.....	1
一、研究的背景与意义.....	1
二、研究的内容与方法.....	4
第一章 科层型程序影响下的中国法官概述.....	7
第一节 来自达玛什卡教授关于政治与法律关系阐释的启示.....	7
一、技术性地单独“尊崇”政治因素.....	8
二、对科层型程序与协作型程序的剖析.....	10
三、对该模型的简要回应.....	13
第二节 科层型程序下的中国法官.....	16
一、科层制组织的固有属性.....	17
二、地位与角色.....	18
三、法院及法官的定位.....	20
四、法院及法官面临的挑战.....	25
第二章 中国法官之既有面相——历史解构与现状描摹.....	31
第一节 中国法官之历史解构.....	31
一、比较映照视野中的西方法官.....	31
二、文化传承视野中的中国法官.....	33
第二节 中国法官之现状描摹.....	42
一、当前法官角色失调现状.....	43
二、法官角色失调的原因与影响.....	48
第三章 中国法官之权力层面——作为权力者的法官.....	53
第一节 作为社会控制者的法官.....	53
一、场域与权力.....	53
二、法律场域中的权力结构.....	57
三、法官与社会控制.....	60

第二节 作为权力制约者的法官	63
一、法律与权力.....	64
二、法官的场域性权力.....	66
三、法官的配置性权力.....	68
四、法官的递延性权力.....	70
第四章 中国法官之行为层面——作为裁判者的法官	73
第一节 作为纠纷解决者的法官	73
一、转型时期的纠纷解决.....	74
二、“司法为民”与“案结事了”	76
三、法官与纠纷解决.....	77
第二节 作为规则确立者的法官	82
第五章 中国法官定位之矫正	86
第一节 法律理性的回归——矫正之起点	87
一、多样性的冲突及其解决.....	88
二、科层型程序的影响.....	89
三、法律理性的延展.....	90
第二节 员额制的试行与陪审制的扩张——矫正之尝试	95
一、员额制的试行及评析.....	96
二、陪审制的扩张及评析.....	97
第三节 遴选制的改良——矫正之重心	98
一、法学教育制度之修正.....	99
二、司法考试制度之优化.....	107
三、法官遴选制度之重构.....	116
结 语.....	127
参考文献.....	131
后 记.....	161

CONTENTS

Preface	1
Section1 Research Background and Significance	1
Section2 Contents and Methods of the Study	4
Chapter 1 An Overview of Chinese Judges	7
Subchapter1 By reference and Inspiration of Professor Damaska	7
Section1 Technically “respect” the Political Factors Only	8
Section2 Analysis of the Bureaucratic and Collaborative Procedures.....	10
Section3 Brief Responses to the Model	13
Subchapter2 Chinese Judges under the Bureaucratic Procedure	16
Section1 The inherent Properties of Department Organization.....	17
Section2 Position and Role	18
Section3 The Position of Courts and Judges.....	20
Section4 The Challenges Faced by Courts and Judges.....	25
Chapter 2 The Existing Face of Chinese Judges	31
Subchapter1 Chinese Judges from the Perspective of Cultural Heritage	31
Section1 Western Judges from a Comparative Mapping Perspective	31
Section1 Chinese Judges in the Perspective of the Cultural Heritage	33
Subchapter2 Status Portray of Chinese Judges	42
Section1 Current Situation of Judges ' Role Imbalance.....	43
Section2 Cause and Effect Analysis of the Judges ' Role Imbalance	48
Chapter 3 The power of Chinese judges---Being a Power	53
Subchapter1 As a Social Control of Judges	53
Section1 Field and Power	53
Section2 The Field of legal Power Structure	57
Section3 Justice and Social Control.....	60
Subchapter2 As the Power of the Judge	63

Section1 Law and Power	64
Section2 The field power of Judge	66
Section3 The Configuration of Powers of Judge	68
Section4 The Ductility Handed Power of Judge.....	70
Chapter 4 The Conduct of Chinese Judges---Being a Judicator.....	73
Subchapter1 As the Solvers of the Dispute Resolution.....	73
Section1 Transition of Dispute Resolution	74
Section2 "Justice for the People"and "End of the case"	76
Section3 Justice and Dispute Resolution	77
Subchapter2 As the Setter of the Rules.....	82
Chapter 5 Improvement of the Position of the Chinese Judges	86
Subchapter1 Based on the Legal Rationality Premise.....	87
Section1 The Resolution of the Diversity of Conflicts	88
Section2 The Demand of the Bureaucratic Procedure	89
Section3 The Extension of Legal Reason	90
Subchapter2 Pilot of Quota System and Application of the Jury System	95
Section1 Analysis on the Quota System	96
Section2 Analysis on the Application of the Jury System	97
Subchapter3 Improved Selection of Judges	98
Section1 Perfection of the System of legal Education.....	99
Section2 Judicial Examination System Optimization.....	107
Section3 Reconstruction of the System of Selection of Judges.....	116
Conclusion	127
Bibliography	131
Postscript	161

厦门大学博硕士学位论文摘要库

导 言

法官能为民主做什么——民主的推进者与民意的承载者

一、研究的背景与意义

法官缘何重要？由美国学者德沃金的精彩比喻中可见一斑：“法院是法律帝国的首都，法官是法律帝国的王侯”。王侯不精干，则法律帝国势必会有倾覆的危险。“真正的法治是法官参与其中的法治”。^①在世界范围内，纵观西方国家的法治发展历程，许许多多的法官凭借其智识、精力和勇气，呕心沥血地为法律帝国筑基垒石，添砖加瓦。当然，在这个宏大的持续不断的法律帝国构建及加固过程中，由于人缘、地缘、法统等众多因素的影响，法官们的作用不可能完全相同。但法官们及其他法律人为西方法治的形成与发展所作出的贡献却是举世公认的，这已然成为共识。^②与此相对应，在各个领域力求发展的中国，如果想要在法制工作良好的基础上，完善法治，那么重视法官的作用自然也就成为了不可回避的问题。然而，在中国，问题的关键不仅在于应不应该重视法官的作用，还在于我们应当如何发挥并且保障法官发挥其应有的作用。在这个最终目标的指引下，我们不妨透过现象看本质，从中国的法官形象入手，审慎考察中国的科层型法律程序的特征与辐射影响，进而探寻中国法官群体发展的未来进路。

司法是法治社会永恒的主题。法官群体作为司法权运行中最重要主体因素之一，承载着社会公众关于公平与正义的美好意愿，担负着以其司法角色的履行而不断推进一国民主与法治的进程的重任。世人总是期待着法官应是一个秉承先进的法治理念、发挥精湛的司法能力、彰显深厚的法律素养、弘扬高尚的法律道德，睿智且充满正气的群体。^③这种要求本无可厚非，但我们也许更应该关注到，法官，不仅仅是居住于神圣法律殿堂中的“法律人”，他们同时也是居住于凡人俗世中的“普通人”、“社会人”。他们既要公正中立无偏倚地秉持法律，又难

^① 梁迎修. 法官自由裁量权[M]. 北京: 中国法制出版社, 2005. 2.

^② 例如，美国赫赫有名的马伯里诉麦迪案、切诺基印第安人迁徙案、霍恩案、阿姆克姆案、布朗案、关塔那摩囚犯案等，都在美国推进民主的历史上留下浓墨重彩的印迹，参见[美]斯蒂芬·布雷耶. 法官能为民主做什么[M]. 何帆译, 北京: 法律出版社, 2012. 48-49.

^③ 如果有足够信任度的话，民众总是希望身担公平正义职责的法官群体能够倾听他们的心声、受理并裁断他们的诉求，在此意义上，称“法官是民意的承载者”一点也不为过。

免受法外社会因素、个体自身因素等的影响。因此，法官并非单属于法律世界的“平面人”，而是属于法律世界与俗人社会的“立体人”，对法官的研究，应尽可能立足于中国的司法现实，尝试通过分析法官工作中所呈现的不同层面、扮演的不同角色来观察中国法官职能之定位和变化，多维度探讨和剖析法官职能发挥与多面冲突交织下的复杂环境、法官所面临的困境、产生的冲突及冲突背后深刻的体制性原因。如此，则理应更能贴近地描摹出法官群体的真实样貌，并对中国法官群体的未来发展及其对中国司法与法治建设之作用提供更好的建言和指引。

“法律发展的历史表明，法治的实现一般涉及两个方面的因素：一是外部法律规则的因素；二是实施法律的人的因素。”^①正因为法官这一职业群体承载着社会的诸多希望，故其身份地位、权力、行为、心理等方面也备受人们的关注。在国内已有的对法官的专门研究中，就笔者目力所及的范围，^②主要集中于法官的选任制度、培训制度、保障制度、惩戒制度等专项研究。^③在国外，关于法治、司法以及法官的研究非常丰富，尤其是英美国家，对法官及法官制度的讨论，业已形成了从法理基础架构到具体制度设计的一系列较精深的理论，因此，西方国家的学者对法官以及法官制度的研究，较为丰富多样。典型如《法官如何思考》（理查德·A. 波斯纳）、《司法过程的性质》（本杰明·N. 卡多佐）、《美国最高法院》（罗伯特·麦克洛斯基）、《法官能为民主做什么》（斯蒂芬·布雷耶）等等。

综上可知，国内外既有法官研究的特点在于：既有对法官制度作局部或整体的单一的专项制度研究，同时也不乏对法官制度进行多学科的诸如政治学的、经济学的、文化学的、心理学的等方面交叉的立体多维分析研究。那么，在这种研究已经如此深入的情况下，本文写作的意义到底何在？

笔者斗胆以为，法官及法官制度这个论题的持久性和延展性是写作意义仍可存在的基础支点。特殊使命的存在，使得法官群体身上总是闪耀着神秘的光芒。但这个神秘的群体并不真的是“不食人间烟火的天界上仙”，因为司法实务永远

^① 张榕. 事实认定中的法官自由裁量权——以民事诉讼为中心[M]. 北京: 法律出版社, 2010. 3.

^② 以中国知网资源总库的使用为例，当然还包括中国国家图书馆的资料等简略梳理等。

^③ 在学位论文方面，则主要是集中于法官制度中的某一方面进行分析。例如，笔者以“法官”作为题名，对博士论文资源进行精确匹配的搜索，虽然出现了 30 篇的论文，但这些文章的论题主要集中在探讨法官制度的某一具体层面，没有进行综合式的立体分析。以近三年的学位论文为例，主要有《中外法官管理制度比较研究》（2010），《刑事法官的证据调查权研究》（2010），《司法判决是如何生产出来的》（2010），《论法官的主体性》（2011），《法官素质养成研究》（2011），《庭审话语中的法官身份构建》（2012），《我国法官权利保障研究》（2012），《国际刑事法院法官裁量权研究》（2012）。

也不可能脱离得了俗世社会。因此，法官既是“法律人”、又是“普通人”，他们的肩上肩负着常人难以效仿的责任与角色担当：既要秉持法律公正，同时亦要融合于普通民众的生活之中；既有职业的特殊性，亦有着普通人的基本社会属性；既要遵循法律的公平正义、依法行事的要义，亦必须在法有缺漏的边角处善用良心和理性进行自由裁量。在这种个异性与普适性的对立中，出现了让一个需要特定超脱状态的群体联结纷繁复杂的俗人社会的局面，这当中所产生的冲突与反差如何协调，将是一个经久不衰的话题。更有甚者，如同社会的进步和变迁一样，社会管理的任务是无止境的，法官制度的发展和优化也一样，因此，国内外丰富的理论和经验恰好可为我们提供助力，方便我们“遍采众长，择优借鉴”。

同时，尽管关于法官的研究为数者众，然而，从时间上看，法官制度的历史源远流长，未来亦变化无限；从地域上看，法官的现状各国迥异；从影响因素上看，同一时间同一区域的法官作为会有所差异，而不同时间不同区域的法官作为却有可能出现惊人的相似。凡此种种，不胜枚举。因此，对于法官的研究是经久不衰的。有鉴于此，源于对法官及法官制度的兴趣心与关注度，兼及对其在一国不同权力组织类型影响下呈现出的不同样态的可分析性的仔细考察，笔者发现，与西方法官具有明晰的司法官属性的情况不同，当今的中国法官定位十分模糊：在公开身份上，法官毫无疑问是法律人（司法官），依法享有司法权，是法律的代言人；在具体行动中，法官却又兼具行政人性质——法院的人力、物力及财力均掌握在同级政府手中，法院内部也采取行政化管理模式，法官们既要接受法院这个行政科层式组织的管理，又要经常配合同级政府完成其所交托的行政事务，因此，科层制组织给予法官的压力十分巨大；在法律适用时，法官常常发现无法可用，或是法律“多头规定”令其无所适从，或是发现法律规定与社会文化习俗产生激烈的冲突，判决执行效果奇差，但为了响应“司法为民”、“案结事了”的号召，只得扭曲地适用法律。因是之故，法官游走在“法律人”、“行政人”与“社会人”之间，定位不明，司法态度扭捏，做得越多，人们越是不满意，进而导致司法公信低迷，司法权威旁落，甚至，就某种程度而言，司法权也因此整体式微了。

有鉴于此，笔者斗胆以为，现有的研究还可以往前一步，清醒认识到现今中国的复杂样态，面对不断激化的社会矛盾以及由此映射在司法实践的各种冲突，针对担负实现具体公平正义任务的法官陷于定位模糊的困境，应有一种系统改造

的决心和勇气，从妨碍法官准确定位的各种因素入手，萃取出主要的影响因子，加以较深入的分析并提出相应的可行建议与设想，从而对法官及法官制度的发展有所裨益。

通过努力，笔者希望能在以下几个方面为法官群体及法官制度的研究打开另外一些“透视之门”：(1)在方法上借鉴和效仿达玛什卡教授的“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，独尊政治因素”的“技术处理法”，将法官自身的素养养成与外部的职业属性作为统一体放置于“中国式的科层型法律程序”中进行考察，并就法官的多面性特征，在法官发展的历史解构、现状描摹、权力者属性以及裁判者宿命等层面进行立体剖析；(2)继续一种对法官进行多维度检视的思路，从法官扮演的法律人、行政人、社会人的多重角色以及角色之间的冲突与融合进行叙写与描述；(3)以当下正着力进行的司法改革方略为依据，从试点改革区域的具体方案入手，观望与审视司法改革的具体措施之运用效果。但愿经此努力，能为中国法官及法官制度的未来发展蓝图的再设计提供进一步的思路参考和路径指引。

二、研究的内容与方法

必须承认的是，法官的定位与评价见仁见智。且不论中西方法官的形象具有差异，即使是同一国度，人们对法官的认知也各有不同。由于作用于法官身上的因素多种多样，因此呈现出差异无可厚非。尽管如此，但倘若法官给人们的印象是不确定的，变幻莫测的，那么人们对于法官以及法官身后所代表的法律及公平正义的印象也极有可能是褒贬不一的，这对力图建构或实现法治的我国来说并不是一件幸事，而更严重的是这种更多呈现出负面评价的状况折射出人们对法官及法律权威的不信任。这种不信任状态之于法治建设来说，就像多米诺骨牌一样，牵一发而动全身，极有可能危及法治的根基。因此，有必要描绘并透视中国科层型程序下的法官的既有面相，分析其面相背后的各种影响因子，思考消除不良因素的可能与代价，进而提出完善法官制度的建言。

对于研究对象而言，适当的分析方法往往能揭示出更多真实的“面相”。鉴于法官群体的独特性，本文试图采用以下方法对中国法官的多重面相进行研究。

Degree papers are in the “[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)”.

Fulltexts 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.