

司法之理性与技巧

四川省成都高新技术产业开发区人民法院 编



SIFA ZHI LIXING YU JIQIAO

人民法院出版社

司法之理性与技巧

S I F A Z H I L I X I N G Y U J I Q I A O

四川省成都高新技术产业开发区人民法院 编



人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法之理性与技巧/四川省成都高新技术产业开发区人民法院编.
—北京: 人民法院出版社, 2007. 3

ISBN 978 - 7 - 80217 - 450 - 4

I. 司… II. 四… III. 司法 - 研究 - 中国 - 文集 IV. D926 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 030953 号

司法之理性与技巧

四川省成都高新技术产业开发区人民法院 编

责任编辑 兰丽专
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010)85250571 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 684 千字
印 张 35
版 次 2007 年 3 月第 1 版 2007 年 3 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 450 - 4
定 价 87.00 元

版权所有 侵权必究

编辑委员会组成

主 任 王 平

副 主 任 杜玉成 李陈抒 刘 旭 罗延中
王 平

委 员 (以姓氏笔画为序)

王 琦 王 戈 肖 宏 杨 力
李降兵 罗祖岷 罗为民 周 斌
党 军 龚桂莲 曾耀林 喻建华

执行编辑 肖 宏 罗祖岷 陈 力

知愈进 行愈达

有道是知者行之始，行者知之成。

自一九九六年建院以来，高新法院人都有这样一个心愿，就是将自己行进在司法能力建设道路上的经验、做法中有积极意义的东西总结并提炼出来。行进者，所遇、所为、所思、所想也。积累多了，自然就会有喷薄欲出见诸于文字的冲动。于是“积水成渊”，才有了连续八载集结出版的调研文集，才有了法官随笔与快评。这本《司法之理性与技巧》文集也正是收录了我院自建院起十年来的部分优秀调研论文所成。可以说，这是一个很长过程的积淀。

书名是很有意思的。我以为，但凡理性，往往是同衡平、和谐思维方式联系在一起的，是同对人生和社会的深刻领悟联系在一起的，所以理性是司法之“道”；技巧则是在制度的构建和观念的培养之外，对法律实用技术的运用结晶，可谓司法之“术”。从因果论讲，理性和技巧统统是认识的结果，是司法智慧的不同表现形式。翻阅本书清样，在“司法管理”、“司法改革”、“司法焦点”、“司法调查”、“司法技巧”的结构布局中，七十余篇心血文章虽不尽是“咳唾皆珠玉”，但它们或精于本而以道为本，或守于道而以本御事，无不通进着表源于真实生活的细致入微的观察，以及对司法本质的探究和精辟理解。从而技巧增进了理性，理性提升着技巧。

十年表，高新法院人一直就有以调研促管理、以调研精审判、以调研强素质的传统。在人人一支笔的样体调研格局下，作为一道已打上特

色烙印的法院风景，调研活动，与其说是一种工作方式，不如说是一种生活方式、生活态度。无论是司法之“道”，还是司法之“术”，都得益于这种生活方式、生活态度所独有的严谨、求索和使命感。而这，又亦是“为万世开太平”所必须。当然，我无意于任何对法律职业“神圣化”意义上的拔高。只是在想，这本文集的出版若仅仅聊作十年来“笔墨的纪念”就可惜了，毕竟是“致知在格物、格物而后致知”的佐证。秉承“识大局的思想意识，高学历的专业知识，零错案的办案质量，居前位的办案效率，善总结的调研能力，会电脑的现代技能，善表达的语言能力，拔优良的评鉴结果，无不廉的事件发生，受嘉奖的工作绩效”的法官素质十标准，在锤炼“让党放心、让人民满意、对法律负责”的司法队伍的历程中，我们已习惯于欣然享受调研带来的乐趣。每每有自己的文章变换为铅字见诸于报刊杂志，那种感觉，尤如登顶之后，“长风浩荡，苍松劲石，一览无余。极目远眺，苍茫群山，不见首尾”。此时，那位跋涉者悠然地点上一支烟，细细回味这攀登的愉悦——无论这一路是阳光普照还是雨雪风霜。

十年来，高新法院人始终奉行“思想强人、人才强院”的治院理念。“强”是工作方法，“思想强人”就是要求干警在工作中思辨，不断更新和完善自身思维方式、知识结构和工作思路；“强”也是工作态度，必须勤研法理、钻研业务，掌握履职所必需的法律知识和技能，必须为履行司法职责付出足够的精力、耐心和毅力。而在建院伊始，法院党组即敏锐地意识到调研活动“以正确的舆论引导人，以高尚的精神塑造人，以优秀的作品鼓舞人”与法院治院理念的不谋而合，极具前瞻性地提出将调研工作打造为彰显法院要体水平的载体和履示法官综合素质的平台，努力营造会院干警参与的浓烈氛围。十年中参与调研活动的干警比例达100%，累计编发调研论文近400篇，被上级法院、各类期刊采用200余篇次，其中国家级刊物采用30余篇，并且有80余篇次调研材料在各级各类学术征文比赛中获奖，连年被省、市法院评为调研工作先进集体。

十年来，高新法院人在提升审判质效、干部素质和推进法院改革等方面，高度重视以调研的创新思维和方法产生的系列成果推动整体工作向更高层次发展，同时，与时俱进地调整功能定位，优化法院调研辅助决策的能力。创造性地将调研活动与我院工作成果评审制度相结合，对提升工作质效，或对科学决策启发思路有积极价值的调研成果均给予正面肯定和激励；与我院干部素质提升达标制度相结合，将法官调研工作的优劣作为评价其综合素质、影响职级晋升的一个重要因素加以考察。经过数年坚持，调研活动完成了从单纯“服务审判工作”到“赞襄党政决策”的角色转变和自我超越。近年来，积极回应经济社会度展的系列专题调研为今后法院进一步发挥能动性提供司法服务启发了新的思路。

漫漫十年路，风雨育芳华。十年来，我们一批自信的、现代的、有思想的、廉洁的法官已经在法治舞台上崭露头角，真切地践行着“公正司法、一心为民”。韩非曾言“奉法者强，则国强”，“能去私曲就公法者，民安而国治”。此语对于当前法院调研工作之意义可谓一语中的。正所谓知愈进，才能行愈达。我想，在加强法官职业能力建设的今天，居前位的调研工作已经成为提升司法能力、培育职业品质的必然要求，司法之“理性与技巧”的分量也必将题来越重。

四川省成都高新技术产业开发区人民法院院长



二〇〇七年一月

目 录

知愈进 行愈达	王 平 1
---------------	-------

司法管理篇

试论法院管理的现代化

——基于法官作为理性人的层次需求	王 平 1
------------------------	-------

试论司法服务的“现代化”	王 平 11
--------------------	--------

内涵·模式·判断

——维议开发区法院管理	王 平 杜玉成 22
-------------------	------------

构建法治之上的和谐社会

——以司法公正为终极目标的法院全局工作的思考

.....	王平课题组 31
-------	----------

对高新调研模式的思考和总结	王 平 39
---------------------	--------

基层法院管理的核心要素研究

——从可持续发展的角度	杜玉成课题组 44
-------------------	-----------

法院的审级功能差异与法官司法能力建设的区别化对待

——基于对中国法官教育培训模式的反思	王 平 55
--------------------------	--------

中国司法转型期的法院管理转型

——兼对司法行政权与司法审判权在法院内部分离

管理的论证	肖 宏 65
-------------	--------

基层法院审判管理改革：从机构重整到机制重构

——对成都高新区法院“两个中心”审判运行管理

模式的调查和思考	曲 艺 80
----------------	--------

对法院人才结构现状及发展的分析与思考	郝静宇 96
--------------------------	--------

试论电子信息技术在法院工作中的应用	曾丽英 114
-------------------------	---------

人民法院突发事件的预防和处置	谢朝炜 121
----------------------	---------

司法改革篇

对实施聘用制法官助理制度的调研报告	王 平 127
-------------------------	---------

论柔性诉权及多元化纠纷解决机制下的立案工作	王 平 135
-----------------------------	---------

实现决策的程序正义

- 对审判委员会回避制度的考量 曾耀林 144
- 多元化纠纷解决机制下的法院诉前调解工作 王 琦 149
- 论我国法院调解制度的重构 何 进 154
- 我国法院附设 ADR 的构想
- 以调解制度的反思为背景 龚桂莲 160
- 调查令制度研究 李 衡 徐永红 174
- 建立执行申请权登记制度之设想 王 戈 180
- 浅论案件管理与审判制度的现代化 党 军 186

司法焦点篇

创新激励与司法跟进

- 法院工作回应提高自主创新能力的司法举措 王 平 190
- 不仅仅是均衡
- 法院规制司法资源分配排挤的分析论证 陈 力 202
- 从司法既判力与再审程序之关系看司法公信力之维系 仇金玛 213
- 浅论民事诉讼审前准备程序之完善 杜玉成 王 平 221
- 试论我国民事诉讼审判对象的确定 吴 晋 龚桂莲 228
- 民事立案程序研究 党 军 236
- 民事诉讼中建立强制律师代理制度之探讨 曾耀林 243
- 论瑕疵证据的几个问题 杨 澍 249
- 民事审判实践中的法律思维问题
- 从一起民事案件的审理思维分析 徐永红 258
- 劳动争议案件的证明责任 王虹曦 张嘉庆 268
- 离婚案件中处理按揭房屋若干问题初探 李 亚 272
- 浅谈网络游戏账号与虚拟财产的法律保护 王卓宇 罗 柯 282
- 试论盗赃物的法律适用 李 衡 289
- “车撞狗”案的若干法律问题探讨 曾耀林 293
- 伦理价值、法律价值与市场价值的和谐
- 市场经济条件下患者隐私权保护的基点 肖 宏 299
- 公司法人人格否认理论及执行案件中对其适用问题
- 的探讨 夏 伟 310
- 从对刑法司法解释主体问题的探索看法官释法的
- 必要性及其效力 杨 婕 318

“伞域保护”式的刑事被害人救助制度

——从本土建构的角度	陈 娜	326
“先刑后民”原则的反思与重构	李 衡	334
试论刑事人证排除规则	周 斌	341
刑事诉讼法再修改与人权保障	陈 洪	350
特殊防卫权立法的合理性与适用原则	严 枫	356
论执行程序中的参与分配	何 进	362
走出民事执行认识的误区	陈 刚 邓祥全	366
浅析执行通知书制度	张秀峰	372

司法调查篇

成都高新区全面推进城乡一体化进程中征地拆迁存在

的问题和完善建议	刘旭课题组	375
----------------	-------	-----

多元视角下的民事再审

——对成都高新区人民法院申请再审案件和进入 再审案件的调查	刘旭课题组	387
--	-------	-----

从民事诉讼程序运作透视司法效率在基层法院的实现

——基于对一审民事案件审理周期的调查	肖 宏	398
审理群体性纠纷案件的调查与思考	曾耀林	416

由民事调解结案案件比例下降反思审判方式改革的得失

——对以调解方式审结民事案件的分析	罗祖岷	423
-------------------------	-----	-----

民事诉讼举证责任分配和推进的运行状况分析及思考

.....	龚桂莲	429
-------	-----	-----

对企业员工典型经济犯罪的调查报告	李陈抒课题组	436
------------------------	--------	-----

游走在理想与现实间的罚金刑

——对成都高新区人民法院 2002~2004 年罚金刑 适用与执行情况的调查	肖 宏	443
---	-----	-----

对执行裁判权和执行实施权规范运作的调研报告

.....	王平课题组	457
-------	-------	-----

对“阳光+理性”执行模式的调研报告	王 戈 何 进	468
-------------------------	---------	-----

对法官助理制度两年运行的调查报告	龚桂莲	479
------------------------	-----	-----

对加强基层人民法院纪检监察监督工作的思考

.....	杨 力 郝静宇	485
-------	---------	-----

司法技巧篇

董事会不召集定期和临时股东会时公司股东召集请求权

- 与召集权应受到法律保护
——钟娅玲、钟雨明、王米捷诉四川亚联高科技有限
责任公司股东权纠纷案 肖 宏 魏 忠 491
- 企业的经营自主权不能损害消费者的知情权和自主选择权
——姜士民诉成都红天鹅火锅文化有限责任公司服务
合同案 肖 宏 徐永红 498
- 调整合同违约损害赔偿的比例应本着违约赔偿的补偿性
和间接损失的可预见性规则
——上海富田空调冷冻设备有限公司成都分公司与四川
鼎天(集团)有限公司安装工程合同纠纷案
..... 龚桂莲 王 俐 503
- 非道路交通事故中大中型旅游客车司机应有更重的安全
注意义务
——漆素云、陈应周诉温刚银、四川省运输公司成都
第一分公司人身损害赔偿案 曾耀林 508
- 对新闻后续报道缺失侵犯名誉权的法律认定
——刘华珍诉上海新泰隔热膜有限公司、四川质量
报社、陈夕钢名誉权案 徐永红 512
- 住户被盗物业管理公司未尽到注意义务的应承担赔偿
责任
——曹世兰诉成都水仙物业管理有限公司侵权案 程为清 518
- 适用公平责任原则平衡正当新闻监督权与个体合法权益
的冲突
——成都全味轩味业有限公司诉《成都商报》社、
成都市产品质量监督检验所侵犯名誉权纠纷案
..... 曾耀林 522
- 商业秘密应具备必要最小限度秘密性与新颖性的信息
——胡学民、黄晓雷侵犯商业秘密案 张 霄 罗为民 528
- 心智解结
——陆某诉武警某医疗单位人身损害赔偿案调解
之体会 曾耀林 534
- 规则内的自由
——对六起案例的调解心得 徐永红 540

试论法院管理的现代化

——基于法官作为理性人的层次需求

王 平

一、引言：选题、研究方法及其他

（一）关于选题

自法院肇始，无论中外，其打击犯罪和调处民事纠纷的基本司法功能大都一致。故无论古今，法院为实现其基本司法功能总要采取一些具有司法特质的管理手段。譬如，法院办案总须审理，于是便要产生一套审理程序，为了让法官遵循审理程序，便要产生一套管理法官的办法。又如，无论古代中国强调的“五声听讼”，抑或当今西方法院实践的“直接言词原则”，在强调法官的“亲历性”方面均具有共同性，由此也产生出强调法官遵循“亲历性”原则的管理规范。换言之，法院管理的司法化，自古有之，否则法院的基本司法功能无以运转。只不过从总体而论，随着社会进步，法院管理的司法化程度更高。因此，在当下如火如荼的法院改革进程中，与其探讨自古有之（只不过程度要低得多）的司法化问题，不如因应当下社会的现代化特征，探讨法院管理的现代化，似乎更具针对性，则现代化的法院管理，当然包括司法化的要义，故本文以法院管理的现代化为选题。

（二）关于研究方法

法院管理现代化问题，煌煌巨哉。研究者可作多视角、广路径的探讨。倘若均衡用力，面面俱到，一则笔者智识、笔力不逮，不足为此，一则人云亦云、文章空泛，不愿为此。故本文只能从一个角度切入，小题大做，庶可深入。关于研究角度，笔者认为要坚持两个原则：其一是要从主体论转向对象论。现代管理学认为，“从管理对象而不是从管理的主体出发来思考组织（单位）决策，是现代组织管理学的基本方法。”^① 因此，打破长期以来从院长角度而不是从法官角度来研究法院管理的惯例，是本文研究方法的一个突破。而且，法院管理，大而言之，不外案件、法官二事，而归根结底，案由人断，故法院管理的核心，实为对法官及其他工作人员（为行文方便，以下均称法官）的管理。由

① 兰云光：《组织行为法》，复旦大学出版社1982年版，第6页。

此,我们确定以法官的角度切入。其二,要坚持从实然出发而不是从应然角度出发。对法官的探讨,惯常的做法是将法官当作一个符号、一个《法官法》中合规中矩、知识通达、情操高尚的“圣贤”来探讨。由此论及法院管理,必然是从应然的法官到应然的制度,其空泛不实,最为误入。因此,我们切入的法官是作为理性人的法官,是作为具有普遍性和正当性需求的法官。在文中,我们导入了经济学中的“理性人”概念和马斯洛的“人的五个需求层次理论”,即指每个人的行动,在一定约束条件下都在追求利益的最大化。其实马克思对此早已论述:“人们奋斗所争取的一切都同他们的利益有关”。^① 这种利益,既有物质方面的(如法官有为稻粱谋的一面),又有精神方面的(如公正断案两造俱服所带来的满足感、职业尊荣等)。正如自利不是利己一样,理性人只是强调法官理性的选择,并不是就降低了其作为国家司法权代言人的职业诉求。这是需要特别说明的问题。正如著名学者汤因比先生说的那样:“不要神圣,不要神秘,将人物安放在历史的基座上才可能把握真实。”^② 笔者认为,针对法官的实然状态,提出法院管理现代化的设想,这是一种规范的研究范式。

(三) 文章结构和内容

本文在第二部分从一般意义上探讨了法院管理现代化的构成要件,这五个构成要件对第三部分的建构具有指导意义。在第三部分,将法官还原为“理性人”,具有普遍意义上的五个需求层次,围绕这五个需求层次,提出了对应的法院管理现代化的大致框架。在结语部分,基于中国现实的法治语境,说明本文关于法院管理现代化的大致思路,只是相对合理的,而不是也不可能是最优的,由此表明我们对法院管理的务实态度,由此也决定了我们在建构现代化法院管理框架时所采取的是相对合理主义的方法论。

二、话语分析:什么是法院管理现代化

法院管理现代化,中心语词是“现代化”。现代化作为一个概念是与近现代西方文明特别是起源于欧洲的工业革命密不可分的,因此,现代化研究肇源于西方。从卡林内斯库到哈贝马斯,从哈维到福柯,对此都有深入的研究。在林林总总的研究成果中,我倒认为法国思想家利奥塔对现代化的概括对本文论题具有一定的借鉴意义。他认为,现代化主要包括以下要点:(1)坚持理性主义;(2)高扬主体至上的原则;(3)线性的社会进步史观。^③ 在此基础上,笔者将从一般意义上探讨法院管理的现代化,而这将对基于法官作为理性人的层次需求所提出的现代化思路起到指导作用。

① 《马克思恩格斯全集》第一卷,转引自曹建明主编:《公正与效率的法理研究》,人民法院出版社2002年版,第41页。

② [英]汤因比:《历史研究》,郑晓红译,商务印书馆1983年版,第11页。

③ 潘小娟等主编:《当代西方政治学新词典》,吉林人民出版社2001年版,第371~373页。

(一) 以法官为本——法院管理理念的现代化

利奥塔在概括现代化要点时，之所以特别强调“高扬主体至上”的原则，是因为高扬人的自由和作为主体而得到解放可以说是现代思想发展的一个里程碑，也是现代工业社会生产力获得极大提高的理论资源。而且，这种张扬人本主义的思潮在世界范围内得到认同并逐渐渗入各个领域。美国管理学者皮亚杰深有感触地说：“在人类的历史上，还从来没有像今天这样尊重人之本性，倡扬个性自由。这是大众的福音，当然，这也是评价一位管理者是否具有现代意识的试金石。”^①相应地，以法官为本也是以人为本思想在法院管理中的必然逻辑结果。从理论上讲，法官是办案的主力，应当在法院居于中心地位。而问题是，长期以来，我国法院管理的职权化色彩极其浓厚，与一般行政机关的“尊卑有序”并无二致。甚至在这方面由于司法机关的半军事化性质而较一般行政机关有过之而无不及。最典型的可以举两个例子：一个是法官的实际地位由于居于院长、分管院长、庭长、办案组长之后，而被最高人民法院原副院长王怀安戏称为“五字辈”干部；一个是法官只办案，院长只断案。即我们所说的“判而不审、审而不判”，而这种现象的民间话语版本是“法官看病，院长拿药”。在法院管理中，只有树立起以法官为中心的强势话语地位，只有深切体察法官内心世界并予以真切的关怀，才可能使法院管理走上现代化的轨道。只有倡导以法官为本的理念，第三部分的构建才有基本的理论依据。

(二) 与规律相随——法院管理内涵的现代化

肖扬院长曾经指出，法院管理的行政化是当前法院工作的一大症结。笔者以为，导致现行法院管理行政化的因素有外部体制的原因，而就法院内部而言，在管理中不尊重司法规律，不以司法规律的合目的性实施决策也是其重要的因素。显然，这与现代化的要求是背道而驰的。利奥塔对“现代化”坚持理性主义要义的概括表明，人是理性思维的存在物，人只有运用理性，才能认识自然和改造自然，促进科技进步和生产力的发展，并最终促成政治结构的理性化。^②人类司法活动源远流长，无论英美法系、大陆法系，还是古老的中华法系，这都积累出许多在司法活动中被反复验证是行之有效的司法规律，这既是人类司法理性的结晶，同时也由于它的普遍性而成为现实司法活动的指南。因此，在法院管理中注入司法规律的内涵正是现代法院管理的一项基本要求。否则，法院管理与其他部门的管理之间就没有内在的区别，这与现代社会分工细化、专业明确的趋势也是不相容的。需要说明的是，注入司法规律内涵并不是按司法规律本身去管理。比如，公认的司法独立性原则，本身并不能成为一种管理手段，但是，作为法院管理者，就是要围绕司法规律的目的性去作制度上

① [美] 皮亚杰：《看不见的手背后——管理学知识分析》，张琦译，四川人民出版社 1986 年版，第 59 页。

② 潘小娟等主编：《当代西方政治学新词典》，吉林人民出版社 2001 年版，第 371~373 页。

的安排，诸如还权合议庭，让法官独立签发文书等，使法院的工作在司法规律的轨道上运转。

（三）随时代创新——法院管理机制的现代化

当今社会，创新观念能为大众普遍接受，一个公司或行政单位多以能够创新为荣。“只有创新才有发展”成为管理学一个很有号召力的口号。问题是，将这样的命题放在法院——一个要求相对保守的机关就容易引起争议（特别是学界）。确实，司法活动具有滞后性和被动性的一面。而当今一些法治国家似乎对法院创新也表现出一种克制态度。笔者认为，应从两方面认识这个问题：首先，创新不是朝三暮四、朝令夕改。按照利奥塔对现代化是“线性的社会进步史观”的解释，“既然理性是至高无上的和无可替代的，那么社会发展必然就是按照人的理性和技术进步逐渐发展的过程，既然人具有高于万物的自主性，那么人类社会历史的进步肯定就是人的主体性逐渐得以表现和逐步获得解放的进步历程。”^①这种进步史观所带来的创新精神正是现代化的表征；其次，相对于法治发达国家而言，我们的法院管理存在诸多问题，需要改革、创新的空间很大。正如美国法学家诺内特和塞尔兹尼克在探讨应对社会变动不居而构建回应型法所说的那样：“制度有必要由目的来引导。目的能够设定批判既存的规章制度的安排，并据此开拓出变革之路。”^②我们周围大量的成例表明，只有建立起一种创新的机制，法院的工作才能有所作为，法院的管理水平也才能在创新中提高。

（四）与科技同步——法院管理手段的现代化

在信息时代，科学技术特别是现代信息技术在法院管理中发挥着越来越重要的作用。正如沃尔夫勋爵所说的那样：“美国的经验已充分表明信息技术在法院案件管理工作中是颇有成效的。通过信息技术，无论身在何处，法官都能获取有关具体个案进展的最新消息，也可以实现对案件的跟踪，对每个案件，信息技术系统都能形成日常提示、进程报告、待决事项以及公告谁将主持下一步工作……”^③这种对在法院管理中运用信息技术的全景式描述，事实上正在运用于我们的工作实践。案件流程监控、法院人事管理、电子卷宗管理、网上无纸化办公等都让我们充分享受了现代技术给我们带来的便捷高效。作为一名管理者，我对此深有体会。在外出差时，我通过手提电脑便能对我院的案件从最初受理到最终解决的每一个环节都了如指掌，对法官一个时期的廉政记录、考绩情况同样一目了然。难以想像，在信息时代，脱离现代科学技术，而用手工作坊式的方式实施法院管理会是怎样一种状况。

① 潘小娟等主编：《当代西方政治学新词典》，吉林人民出版社2001年版，第371～373页。

② [美] 诺内特·塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会》，张志铭译，中国政法大学出版社1999年版，第7页。

③ [英] 沃尔夫：《现代信息技术在法院工作中的作用》，徐秉辉译，载《当代法官》2003年第4期。

（五）以人格感召——法院管理伦理的现代化

世界管理学发展史揭示出了“由人统治——由制度管理——由人治理”这样一条发展轨迹。^①在人类早期相当长的时期，由管理者以主宰者的身份用威权、绝对命令的形式统治。在近现代，特别是进入工业文明时代，强调用制度进行管理。在后工业时代，面临目前严重的竞争压力而对刻板的制度管理产生厌倦后，公众越来越期盼以人性化的方式管理。在日本，这称之为“领导人格感召”^②。其要义是组织的领导者以自身人格作牵引，对该组织产生正面效应。这种感召型领导在商界举不胜举。就法律界来说，从英国的丹宁勋爵到美国历史上著名的霍姆斯、汉德、马歇尔、卡多佐法官以及现在的波斯纳法官，正是以他们丰厚的学识、高尚的人格感召了一代司法者，而同样的，因为个人独有的人格力量，使得他们所负责的法院工作也十分出色。在中国，受纲常礼教的伦理熏染，我们的管理伦理依然是长官作大，是长官命令而不是长官表率。要改变这种现状确实需要很大努力。但我们也可以观察到，在现实生活中，一个法院管理者的个人学识、操守如何，确实决定了一个法院的工作层次。正如培根所言：“权力经过了天才和品德的净化，就成为神圣的东西。”^③在法院管理中，领导者的人格力量是无穷的，这也是判断法院管理现代化的一个重要标志。

三、建构：基于法官作为理性人的层次需求

由人的自然和社会二重性所决定，当我们在研究一个特定人群时，科学的方法是将其实然的一面（实然）和预设的一面（应然）结合起来。事实上，这种“二重性”研究方法在社会学领域取得巨大成就后，迅速成为社会科学研究的一个基本范式。在本文，笔者将引入这种范式，故我们从法官的实然状态（作为理性人的层次需求）出发，再回到应然的结构设想。

（一）“理性人”、“需求层次理论”的导入

“理性人”是“经济人”的派生词汇。“经济人”是微观经济学理论得以建立的假设条件之一，被规定为经济生活中的一般人的抽象，其本性是自利的，其行为合乎理性，即总是在一定约束条件下以追求效用最大化的方式行事。^④在“经济人”基础上，引申出“理性人”，它是一个社会学名词，其核心是“自利”，其行为符合理性。将“理性人”引入法官的研究范畴，可能招致疑问，因此有必要赘言几句：首先，“理性人”的核心是“自利”而非自私，法国哲学家因此爱尔维修认为利己主义是人类的自然特征和社会进步的因素。亚当·斯密发展了这一思想，认为每个人在追求自利的同时，由于“看不见的手”的牵引，

① [美] 米格·扬诺：《后现代管理》，刘明传译，吉林出版社1986年版，第1页、第18页。

② [日] 松下幸之：《我的管理理念》，泰明译，中国改革出版社1986年版，第1页、第18页。

③ [英] 培根：《培根语录》，商国平译，四川大学出版社1992年版，第57页。

④ 杨春学主编：《当代西方经济学词典》，吉林人民出版社2001年版，第169页。

最终促成了社会的进步。^① 这些观点都是在世界范围内被广泛认同的经典命题，其公理性是不容置疑的。其次，“理性人”追求自利必须具有一定的约束条件。比如他为满足生存层次的需求追求物质利益时，总要受到法律和职业道德的约束，并不是随心所欲地追求自利。

理性决定选择，选择满足需求。在这里，我们将首先探讨法官作为人的需求是什么，只有了解法官的需求，才能有针对性地提出制度构建。对于人的需求，社会学家们已经作过广泛深入的研究，但其中还是以马斯洛的需求层次理论最为著名。“由于他的研究非常深入，以致在组织管理，尤其是在文官系统管理中得到最广泛的运用。”^②

(二) 建构：针对马斯洛的需求层次理论，我们相应地提出了建立五个机制

在第二章里我们从一般意义上探讨法院管理现代化的几个构成要件，对这五个机制的建立当然具有宏观上的指导意义。

1. 为稻粱谋——基于法官的生存需求所建立的比较优势机制

无论是东方哲人般的说教——“衣食足而礼仪兴”，还是西方哈姆雷特式的戏剧感叹——“生存是第一位的”，都说明了无论古今中外，对于一个个体生命而言，生存是最根本的，赖以生存的物质基础是须臾不可缺少的。在马斯洛著名的人的五个需求层次理论中，马斯洛首当其冲地将人的生理需求列为第一个层次。从社会学范畴看，人的生理需求主要是指关于人生存的基本物质需求问题，为了不产生歧义，本文将其话语转换为生存需求。人的这种生存需求直接表现为“饥需食、寒需衣、病需治、老需养”，等等。作为一个法官，究其自然属性而言，他与常人并无二致。换言之，法官作为人，其基本的世俗生活决定了其为稻粱谋的最浅层次的职业动因。美国历史上著名的马歇尔大法官有一句名言：“对法官而言金钱绝不是第一位的，但生存却绝对是第一位的。”^③ 基于这样一种需求，法官待遇成了法院院长不得不说的话题。事实上，我相信很多院长为了做到“手中有钱，心里不慌”，稳住队伍，也在这方面动了不少脑筋。问题是，对于绝大多数经济不发达地区而言，在供给体制不变，资源稀缺不能解决的气候下，院长再怎么争取、哭穷也没有用。我倒认为，与其叫穷徒劳，不如从自身力所能及的方面入手。首先是要自己转变观念，也要让法官转变观念，认识到自己在待遇方面所处的“比较优势地位”。我们仔细观察，从来没有听说法官“饥不能食，寒不能衣”的，不过笔者确实遇到过待遇很差的法官。一位西部省份的基层法院院长及其随员统一着一套廉价的运动服，与会者奇怪，院长答曰：“平时只能穿法官服，为了参加这次全国性会议不致太穷酸，由县里特批一点钱买此廉价运动服。”这也算待遇不薄吧。但该院长对其

① 杨春学主编：《当代西方经济学词典》，吉林人民出版社2001年版，第169页。

② 杨百揆等：《西方文官系统》，四川人民出版社1985年版，第270页、第300~301页。

③ 转引自刘鸣：《美国百年法律史》，贵州人民出版社1988年版，第36页。