

厦门大学法学学术文库



法官角色论

陆而启 著

——
从社会、组织和诉讼场域的审视

*Research On Roles of Judge in the Fields of Society
Organization and Procedure*

School of Law



Xiamen University



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法官角色论

陆而启 著

——
从社会、组织和诉讼场域的审视

School of Law

Xiamen University

厦门大学法学学术文库



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法官角色论:从社会、组织和诉讼场域的审视 / 陆而启著. —北京:法律出版社, 2009. 9
(厦门大学法学学术文库)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9888 - 0

I. 法… II. 陆… III. 法官—职业道德—研究 IV. D916. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 155477 号

厦门大学法学
学术文库

法官角色论——从社会、
组织和诉讼场域的审视

陆而启 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 11.125 字数 286 千

版本 2009 年 9 月第 1 版

印次 2009 年 9 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

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 978-7-5036-9888-0

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

——八十周年院庆与学术文库的诞生

迄今为止,尚未求证厦大法学院是不是距离大海最近的法学院,只知道近得抬眼一望就看见惊涛骇浪,俯身触摸就是温柔的海滩;尚未求证厦大法学院是不是享受阳光最充裕的法学院,只知道所有的教师工作室都是向南面海,从日出东山的那一刻就开始接受阳光的恩赐,即使在黄昏的瞬间,也能收揽最后一缕光芒!

海纳百川,自然会赋予她宽广浩瀚的胸怀;阳光普照,更使她天生充满了博爱与无限生机。厦大法学院就是在大海与阳光的厚爱中悄然迎来了八十周年华诞,更为欣喜的是伴随生日庆典的到来,厦门大学法学学术文库犹如一个新的生命宣告诞生!

翻开厦大法学院八十年的历史画卷,值得回眸和感慨的片段有很多:1926年6月,厦门大学设立法科,下设法律学、政治学、经济学三系。1930年2月,厦门大学改科为院。1934年6月,法学院与商

学院合并为法商学院。1937年底,法商学院中的法科停办。1940年复办法律学系。1950年,厦门大学文学院、法学院合并为文法学院。1953年全国院系调整,法律学系再次停办。1979年法律学系再次复办。1984年12月,法律学系与哲学、政治学与行政学系成立了政法学院。1998年9月政法学院正式更名为法学院。直至2003年11月,才在法律学系的基础上组建了现在的法学院。

从某种意义上讲,厦大法学院的历史就是中国近现代法律发展历程的缩影:她命运坎坷,多次起落于创办、停办、复办的变化之中;她成长曲折,在不同的阶段分别与文学、商学、政治学联姻,以文法学院、法商学院、政法学院的姿态出现。这看似厦大法学院的悲哀,抱憾于以往多年未以能独立的法学院实体和学术形态面世,却无意中塑造了厦大法学院所拥有的海纳百川的气魄与心存千智的人文品格。

古人云:长风破浪会有时,直挂云帆济沧海。告别了沉重的历史,迎来了灿烂的今朝。自1979年厦门大学复办法学专业以来,经过两代法律人二十余年的奋斗,法学院有了长足的进步,特别是进入二十一世纪后,厦大法学院得到飞速发展。秉承“自强不息,止于至善”的校训,坚持以“学术建院、民主治院”为宗旨,法学院在创造民主和谐的工作氛围的同时,更致力于提高科研水平,提升学术品位。厦门大学法学学术文库的建立就是一个良好开端和鲜明的例证。她的问世,不仅是献给法学院八十诞辰的贺礼,更意味着“海阔凭鱼跃,天高任鸟飞”;虽不足回报八十年中为法学院的今天做出卓越贡献的前辈,却能激励为法学院的未来努力开创的新人!

八十华诞,对于自然人来说意味着饱经沧桑,已近暮年,但对于法学院而言,则彰显出丰富的历史和深厚的底蕴,而法学文库的诞生犹如新生的婴儿,代表着新的起点,预示着新的希望。浏览首批出版的学术论著,既有青年教师的锐利创新,又有年长学者的沉稳深邃;既有对于某一学科前沿问题的瞻望,又有对古老法律思想的深刻挖掘;既有对历史线索的回顾与梳理,又有对当今世界范围内重大法律问题的思考与回应。

或许,这套学术论著看起来还有些单薄和稚嫩,可因为每位作者都怀着真诚与谦逊,宽容与执着,倾注心血而著,故而,值得读者们去阅读和品味;或许这套论著称不上是“流诸笔端的天籁”,更难为“无以伦比的杰作”,但我们相信它能够给读者一个清新的感受,学术的交流,思想的碰撞……

我们期待着日益接受大海的熏陶和阳光普照的厦大法律人不断地推出优秀的法学著作,让厦大法学学术文库成为集中、及时展现法学院教师的具有创新性、思辨性、建设性研究成果的学术窗口。

我们期待着学术文库不懈努力追求超越与成功,而非简单的重复与成名。欲求成名相对容易,只要运用现代传播工具,即能声名远播,饮誉一时;而欲求成功,则另当别论,需要卓越的天赋以及孜孜不倦的刻苦追求。

我们期待着厦大法律人在灿烂的朝阳前,绚丽的黄昏中,碧蓝的海水边和细致的沙滩上,还有火红的凤凰花树下,不断激发灵感,永葆创作激情,让大海和阳光见证厦大法学学术文库永远充满希望、富有朝气!

衷心祝福您,蒸蒸日上的厦门大学法学院!

诚挚感谢您,鼎立推助文库面世的法律出版社!

也特别祝福您,明知道我们并不完美,但依然给予厦大法学学术文库鼓励和关注的读者们!

厦门大学法学学术文库编委会

2006年8月18日

自序：“从……到……”的随想

不知从何时开始偏爱上了“从……到……”语式，这一度使自己很矛盾。这个表达套路本身可能没有问题，而成问题的是这种表达式会使人的思维模式化，从而并不能称这种所谓的研究为学术。因为通过一两个或者几个排比的“从……到……”语式，对过往历史“由古到今”的归纳概括可能更多的是粗陋的坐井观天；对现实状况的“自始至终”的描述可能更多的是浮浅的盲人摸象；对未来发展趋势的“从今往后”的展望有时可能恰恰是虚妄的海市蜃楼。

但是，现实世界的纷繁复杂、历史文献的钩沉索隐、实践形式的丰富多彩，如果想尽展全貌、一览无余，这可能无人能及。一个人不可能成为“大全”、“宝典”，对知识材料“贪多嚼不烂”，脑子会被充斥得一塌糊涂，因此学术生活有时堪称一种“减负”活动，何妨抓住一条“从……到……”的粗重绳索跳出苦海，即使那只是一根救命稻草，你也已经知道其价值所在，甚至还能压死骆驼。虽然有可能

偏离了史实、真相和规律,但是,“从……到……”的一句归纳有时会使人觉得抖掉了一身的包袱,从而可能在人类思想史的高山上远足跋涉而轻装上阵,或者在羊肠小道上曲径通幽,还可能收到醍醐灌顶、豁然开朗的效果。如果你发现的观点是误解,道路走不通,怎么办?我以为,此路不通当可另辟蹊径,甚至一条路上走到黑也无可非议,因为路是走出来的……

不管文科的知识有无正确错误之说,一千人眼里有一千个哈姆雷特,自己的理解和偏见并不妨碍敝帚自珍。不过,话说回来,人的认识是要正确反映客观世界的,你的错误不会误人子弟吗?这正是要考虑的。“从……到……”句式的一个突出特点是抓住了事物发展变化的规律,只要事物有发展变化,“从……到……”的句式就可以屡试不爽。不过,因为,人的认识从来不是一步到位的,所以错了也可以从头再来,回头路并非就是坏的,如回锅肉……

接下来我要讨论的不是从头再来的问题,也不是“减负”的问题,学习有时又是一项“加载”活动。一旦你发现了“从……到……”的知识门径,你可能会重组你已经掌握的知识资源,更为重要的是,你在以后的学习中可以不断在这个(稻草)绳上加载新知,使自己的观点和自己都再次变得丰满起来。

还有一段话之前加一个“从……到……”标题,可能说理不透,论证不足,未尽之处只能由读者发挥或者下回填补了。

几句废话,有推心置腹之意,也有自我辩解之旨。

陆而启

目 录

第一章 引论——法官的肩头 / 1

第一节 论题背景 / 5

一、社会变迁背景 / 6

(一)从熟人社会到陌生人社会 / 7

(二)从权力本位到权利本位 / 10

二、制度发展背景 / 12

(一)法律形式的复杂与简约 / 14

(二)法律内涵的确定性与不确定性 / 18

(三)诉讼制度的非对抗制与对抗制 / 21

第二节 论题内涵 / 24

一、角色:连接个人与社会关系的二重结构 / 25

二、法官:沟通法律与社会的中介 / 28

(一)从问题到案件 / 28

(二)从书本到行动 / 29

三、法官角色静态定位 / 30

(一)法官角色的自致性 / 31

(二)法官角色的规定性 / 34

(三) 法官角色的表现性 / 36

四、法官角色动态演绎 / 37

(一) 实现角色扮演的条件 / 37

(二) 角色扮演内在过程 / 38

五、法官的“角色丛” / 39

第三节 研究思路 / 41

一、研究现状与资料 / 41

二、研究方法与内容 / 45

第二章 法官的社会角色 / 50

第一节 公众视野下的法官 / 52

一、权力体系内独立性或者受制性的角色定位 / 55

二、社会治理中的消极性或者能动性的角色行为 / 56

第二节 以权力制约权力 / 60

一、从向国王负责到向人民负责 / 62

二、从公力代言人到人权保护者 / 66

三、从“司法政治化”到“政治司法化” / 68

四、从纠问主义到控诉主义 / 70

五、从法外监督到法内监督 / 73

(一) 政党领导 / 76

(二) 人大监督 / 79

第三节 以道德制约权力 / 82

一、法官良心与法内道德 / 83

二、法官理性与公众怀疑 / 85

(一) 实践理性高于自然理性 / 85

(二) 法官亲历审判、独立裁判 / 86

三、法官责任和法律屏障 / 86

四、法官品行与司法伦理 / 88

第四节 以权利制约权力 / 89

一、决策程序与权利保障 / 93

二、场外民主与场内民主 / 95	
(一) 从耶稣受难看公开审判 / 100	
(二) 从苏格拉底审判看陪审制 / 105	
三、传媒监督与司法独立 / 115	
(一) 冲突下取舍 / 117	
(二) 互动中平衡 / 118	
第五节 结语:法律捍卫者与社会服务者 / 120	
一、法官职业化:“权力”与“能力”的平衡 / 121	
(一) 以少胜多的优势 / 121	
(二) 以柔克刚的秉性 / 123	
(三) 以小博大的追求 / 124	
二、法官专业化:“规则”与“情感”的融合 / 125	
(一) “法网柔情”的规范依据 / 126	
(二) 超越自我的角色塑造 / 127	
(三) 就法论法的保守心态 / 128	
(四) 以心治心的知识储备 / 128	
(五) 非此即彼的思维特征 / 130	
(六) “举一反三”的司法经验 / 131	
 第三章 法官的组织角色 / 134	
第一节 问题:集体与个体的矛盾 / 134	
一、法官职业:从大众化到职业化 / 135	
二、司法权——法院的,法官的? / 142	
三、司法管理:集体自治与个体自律 / 144	
(一) 司法管理权的自治要求 / 148	
(二) “后身份”关系的社团依赖 / 149	
(三) “特别权力关系”的理论突破 / 150	
第二节 身份定位:自治与自律的结合 / 152	
一、我国法官角色传统定位 / 156	
(一) “师傅带徒弟” / 156	

- (二)“升更大的官” / 157
- (三)“一级抓一级” / 158
- 二、法官选任制度 / 160
 - (一)法官选任资格:学历与经历 / 163
 - (二)法官选任程序:选举或任命 / 170
- 三、法官晋升制度 / 175
 - (一)法院人员分类管理 / 176
 - (二)法官逐级选任 / 177
- 四、法官的职业素质 / 182
 - (一)精英化 / 182
 - (二)同质化 / 186
- 五、法官职务保障制度 / 187
 - (一)实现法院预算和编制独立 / 188
 - (二)建立法官的身份保障制度 / 190
- 六、法官考核制度 / 192
 - (一)考核标准:职业化要素 / 192
 - (二)考核机构:委员会方式 / 193
- 七、法官的责任与惩戒制度 / 198
 - (一)责任规定:从分散到统一 / 199
 - (二)惩戒机构:从内部隶属到外部独立 / 201
 - (三)惩戒标准:从错案追究到法官弹劾 / 205
- 第三节 办案机制:审理和裁决的统一 / 209
 - 一、前提问题 / 211
 - (一)案多人少与事务分配的挂钩 / 211
 - (二)功能选择与法官素质的匹配 / 212
 - (三)审判职责与管理职能的冲突 / 214
 - (四)自治与自律的转化 / 214
 - (五)法学研究与司法实践的脱节 / 215
 - 二、审判委员会定案:从会议制到审理制 / 217
 - (一)历史沿革 / 217

(二) 职责检讨 / 219	
(三) 改革反思 / 222	
三、院、庭长把关:从“一岗双责”到审管分离 / 223	
(一) 制度职能 / 224	
(二) 现实状况 / 226	
(三) 改革取向 / 228	
四、上级法院监督:从行政监督回归审判监督 / 232	
(一) 审判监督或行政监督? / 233	
(二) 审级救济与职务监督 / 235	
五、合议庭、法官审判:从行政格局到独立办案 / 237	
(一) 排除行政化因素 / 237	
(二) 提高职业化水平 / 240	
第四节 结语:司法管理与审判独立的互动 / 242	
一、制度改进 / 245	
(一) 法官人事与法官职务监督的分权 / 246	
(二) 法官职务监督与法官惩戒的分权 / 246	
(三) 职务监督不服之救济——设立职务法院 / 247	
二、意愿自觉 / 247	
 第四章 法官的诉讼角色 / 249	
第一节 程序的居中裁判者 / 252	
一、审前程序的诉讼化 / 253	
(一) 起诉之诉讼监督制 / 258	
(二) 不起诉权之诉讼监督 / 258	
(三) 强制处分权之诉讼监督 / 259	
二、审判程序的中立性 / 260	
(一) 两大法系诉讼模式的比较 / 261	
(二) 我国庭审中的法官现实角色 / 266	
(三) 法官角色规范缺陷和实践问题 / 269	
(四) 法官中立的制度完善 / 272	

第二节 事实的无知者 / 276

一、制度角色的悖论 / 278

(一) 事实认知悖论 / 279

(二) 主体责任悖论 / 280

(三) 证明标准的模糊 / 282

(四) 证明时空的矛盾 / 283

二、心理角色的矛盾 / 286

(一) 认知思维 / 287

(二) 判断思维 / 288

第三节 法律的解释者 / 289

一、现实状况：事实发现与法律寻找的艰难处境 / 291

二、法理演进：客观主义与主观主义的尖锐矛盾 / 292

三、司法行为：规则判断与自由裁量的左右摇摆 / 297

四、法律解释：法律规则与法律事实相互迎合 / 300

五、中国的法律解释：传统理路与现代发展 / 304

第四节 小结：程序的力量 / 310

第五章 结语——正义的化身 / 316

第一节 规范：法律是非与道德善恶 / 320

第二节 认知：规范领会与习俗影响 / 325

第三节 实践：各行其是与互动交涉 / 329

后记 / 337

第一章 引论——法官的肩头

“徒善不足以为政，徒法不能以自行。”

——孟子(《孟子·离娄上》)

“我们知道法律体现着正义，但这也要人能正确地运用它。”

——圣保罗(《圣经·圣保罗致提摩太前书》
第1章第8节)

自古以来，法官在社会生活中就扮演着十分重要的角色，而现代社会中法官在不同的时空和具体的场景中同样扮演着不同的角色，这个命题几乎不证自明；虽然，具有多种不同的角色规定性，^①法官的任何一种角色扮演都应是以其体现法律精神的职业化和专业性为底色，但是，正如法律本身不是

^① 例如，在经典作家的马克思主义司法学说中，法官是政治上的独立者而非依附者；法律上的宣示者而非创造者；司法上的中立者而非偏倚者；诉讼中的主导者而非垄断者。参见胡玉鸿：“在政治、法律与社会之间——经典作家论法官的角色定位”，载《西南政法大学学报》2004年第6期。

社会控制的唯一因素一样,^①在这种底色上也不可能排除法官本人或者外界借助法官披着合法的外衣而行“非法”之实。同时,面对政府和社会公众对法官的多重期待,如服务大局,为经济建设保驾护航,实现法律效果与社会效果相统一,法官可能会觉得无所适从。^②“法官”的“角色”太至关重要,诉讼、司法的任何理论发展、实践探索都与之紧密相联。当然,也不可能存在一劳永逸的理论来解决所有的问题。

虽然“法律只不过是社会生活的一个断片;它只能代表社会拘束力的一部分,不能代表社会拘束力的全部。而这种社会拘束力和别的社会拘束力附有连带的关系。”^③但是,在人类把自己托付给多情的“哲学王”统治转而托付给无情的法律统治之后,人类法治的千年理想从来就无法排斥人类的自我奋斗历程。如果说法律程序(制度因素)与法律职业(人的因素)这两个方面对西方走上法治道路起到决定性作用;如果说在政府自上而下的推动与民间自下而上的演进两种力量之外,中国法治进程的第三种力量是法律职业这一独立的共同体所产生的推动力量,^④那么法官无疑是其中的一支重要的决定因素。法官的一个最明显甚至是理想化的角色特点就是在利益主体多元、相互独立的市场经济社会中,无论是在何种讼争之中,法官作为纠纷的仲裁者,应从一元化利益格局下的国家利益、社会公共利益代表中挣脱出来,保持严格中立的立场,通过自己的理性和良知,权衡各种利益,探寻法律精神。^⑤虽然在不同法系中法官的地位稍有差异,社会实践形式丰富多彩和变化反复,但是,法

① 关于社会控制的因素,博登海默简约概括地认为,除了法律以外还有权力、行政、道德、习惯四种因素。

② “Judges are confused”, “It is not that they do not know how to do cases professionally. It is just all these relationships to coordinate. And they also have to weigh consequences.” See Jim Yardley: A Judge Tests China's Courts, Making History, *New York Times*, November 28, 2005.

③ 孙晓楼:《法律教育》,中国政法大学出版社1997年版,第28页。

④ 孙笑侠:《法律人之治》,中国政法大学2005年版,序第1页。

⑤ 易延友:“法官应代表哪家的利益”,载《南方周末》1998年6月26日版。

官被要求超脱纷争而被置于民主法律制度的柏拉图式的“监护人”地位。^①“中国法治发展的核心任务和基础工程乃是催生一个现代的法律家主体结构。司法角色制度在法治发展中的这种优先性长期被我们所忽略了。当前中国司法角色群体的现状具有自身独特的性质,而改变现状的唯一途径就是必须优先发展司法角色的相关制度。”^②

我国司法改革^③正如火如荼地开展着,十届人大曾将三大诉讼法的修改列入立法计划。但是,作为司法改革的关键一环和诉讼法治的一个重要方面,刑事诉讼法治的完善有时可以说是一个皮格马利翁效应的神话构想,^④惩罚犯罪与保障人权相结合,实体公正与程序公正相结合,公正兼顾效率,立足国情同借鉴外国相结合,并尽量与联合国规则接轨以及完备刑事诉讼法典^⑤等以取“中庸之道”或求尽善尽美作为《刑事诉讼法》再修改的基本理念、指导思想已经成为一种共识。但是,这种周全的“中庸之道”忽视了观念冲突的取舍结果因特定时代背景而具有鲜明的倾向性。其“相结合”或者“兼顾”的思路如果不是本末倒置的结论,那么至少也是忽视了观念和制度的促动与联系而难免流于“纸上谈

① 如美国,作为民主法治制度的监护人的大法官们,其权力来源是非民主的,但自由、民主、法治又离不开其权力的使用,尤其是当制度处于“病态”之中时,防止议会制度受制于党派利益的无休止讨价还价和非常状态下软弱无力、优柔寡断。参见徐品飞:“法官应当如何理解宪法?”,载《世纪中国》<http://www.cc.org.cn/zhoukan/guanchayusikao/0205/0205171008.htm>,访问日期,2005年12月12日。

② 程竹汝:“法治发展的逻辑:司法角色制度的优先性——兼论新《法官法》和《检察官法》在中国司法角色制度上的历史性超越”,载《上海社会科学院学术季刊》2002年第2期。

③ 肖扬指出,人民法院司法改革经历了三个阶段,第一阶段是从20世纪70年代末80年代初;第二阶段是从20世纪80年代末90年代中期;从20世纪90年代末开始直到现在。参见陈永辉:“肖扬在最高人民法院特邀咨询员座谈会上强调人民法院司法改革必须符合国情循序渐进”,载《人民法院报》2006年2月23日版。

④ 陆而启:“刑事诉讼法治的困境与出路——一个皮格马利翁效应的神话”,载《法学家》2005年第4期。

⑤ 在《刑事诉讼法》1996年修改时就被提出的指导思想对于“再修改”也是同样准确的万全之策。参见陈光中:“刑事诉讼法修改的指导思想”,载《法制与社会发展》1995年第4期。