



宋远升 / 著

# 法官论

法官既是在比喻中居住的神圣人，也是现实社会中的社会人，还是受个性因素影响的自然人。然而，其主要角色却是秉持法律的法律人。《法官论》以法官历史画卷作为开篇，以法官建构中的几对关键冲突作为主线，并以法实用主义、冲突理论以及多维分析理论作为法官论的框架。本书旨在透视法官自身以及法官制度运作的规律，以更好地明确法官在诉讼中的角色，为司法权运作的冲突寻找理论根源，也可对法官职务管辖权与国家干预之间进行合理定位，为规范法官与国家的关系以及司法权的有序运行提供法律实用主义可行的解决方案。



法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

宋远升 / 著

# 法官论



法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

法官论 / 宋远升著. —北京:法律出版社,  
2012. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3387 - 7

I. ①法… II. ①宋… III. ①法官—研究 IV.  
①D916. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 064701 号

法官论

宋远升 著

责任编辑 杨红飞

装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 10 字数 240 千

印次 2012 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 财税出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

---

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

---

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3387 - 7

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

法官是在比喻中居住的神圣人,是现实社会中的社会人,也是受个性因素影响的自然人,然而,其主要的角色却是秉持法律的法律人。法官历史源远流长,对法官的研究也是皓首穷经也不能完成。在《法官论》中,宋远升博士以法官历史画卷作为开篇,以法官建构中的几对关键冲突作为主线,并以法律实用主义、冲突理论以及多维分析理论作为主要分析工具,在不太大的篇幅里,颇具匠心地为我们展示了法官的真实面目。

最高人民法院立案庭庭长 姜启波

古今往来,公正是人类的价值追求和司法的永恒主题。古希腊哲学家亚里士多德曾说过:“理想的法官是正义的化身。”因此,世人总是期待着法官应是具备先进的法治理念、精湛的司法能力、深厚的法律素养、高尚的法律道德,充满睿智、一身正气的群体。宋远升博士在长期研究的基础上,回溯并梳理了古今中外有关法官的概念、原则、制度,从理想与现实的分析中,对当今中国法官建设与发展做了有益的探索。他的《法官论》一书,是一本专门聚焦于“法官”的专著,在国内同类著述中尚不多见,是具有一定见地、亮点和意义的。

上海第二中级人民法院副院长、  
审判委员会委员、一级高级法官 徐松青

如果说法院是法律帝国的首都,那么法官则是该首都的正义之神。真正权威、公正的司法,需要法官手握独立、专业、良知、审慎和程序正义之剑,方可实现。远升博士在对理想法官的美好愿景中,对法官的现实作出了客观的分析,并且将法官面目通过多维视角一一展现,并提出制度性建构思路。立意深远,行文优雅,可以算是一本佳作。

中国刑事诉讼法学会副会长  
复旦大学法学院教授 谢佑平

在实施法治的过程中,法官扮演着最为重要的角色。作为公平正义的守护者,法官这一职业群体负载着社会的诸多希望,因而其身份、权力、行动也被备受人们的关注。或许正是基于这个原因,宋远升博士将法官作为其研究对象,以一种宽广的学术视野,为我们展现了法官的职业逻辑和伦理、社会角色与功能、以及法官的行为艺术和权力运作方式,并提出了中国法官的制度化建构问题。毫无疑问,《法官论》为我们深入认识法官这一职业群体之于法治社会的意义,可以提供重要的帮助。

东南大学法学院教授 周少华

## 序 言

本书是一部以法官为研究对象的法学著作。作者运用社会科学的研究方法,从历史与现实、西方与中国、理论与实践等多个不同的角度,讨论了法官的职业定位、社会功能和制度建构等问题。正如作者所说,“法官是在比喻中居住的神圣人,是社会关系中的社会人,是受个性因素影响的自然人,然而,其主要的角色却是秉持法律的法律人”。

本书对五对贯穿于法官制度建构的冲突关系作出了全面的分析。这五对冲突主要指法官职业主义与伦理主义的冲突、法官多元角色的冲突、法官自身权力与外部权力的冲突、法官的立法行为和司法行为的冲突以及法官的自主与约束的冲突。这五对冲突构成了法官职业最关键的部分。通过考察这些冲突的规律及根源,为我们展现了法官在现代政治社会的真实角色,为司法权的有序运行提供了一种可供选择的解决方案,为中国法官现代化提供了一种可能的新思路。

通读该书,我认为作者在法官研究方面取得了一



些制度关注的理论突破。这主要表现在：首先，作者考察了法官职业的冲突及其内在动因，也分析了“法官职业管辖权与国家权力的冲突”、“司法职业共同体的自治性现实和冲动与国家对社会进行控制的本能相冲突”以及“法官本职职能与包括政治人、社会人、诉讼人、宗教人、自然人角色之间本能的冲突”。其次，作者从社会学的角度研究了法官的职业特性，并重新论证了司法独立的价值。在作者看来，法官基于诉讼职业场域的内在发展会自发形成自主性，这是法官在诉讼职业场域自主性的内在因素，而作为法官自主性外在原因的技术理性，又会推动法官诉讼职业场域的发生和发展。最后，作者研究了法官多元角色的特性、冲突以及这种多元角色对于法官的影响。其中，角色对于法官的最大影响，莫过于这些多维角色对于法官本职职能的篡夺。在承认法官天生弱点的前提下，应当对其进行内部和外部约束。

在分析法官角色和功能方面，该书有不少全新的论述。而在研究方法探索方面，该书也有诸多可圈可点之处。例如，对于法律实用主义方法的运用，使得作者能够独辟蹊径，得出一些新的体会。正如作者所说，“法律实用主义是一种努力以思想为武器促成更有效行动的、以未来为导向的工具”。作者不仅有这样的认识，而且将这种方法运用到自己的研究之中。又如，作者也运用了社会学上的冲突理论，认为“冲突是法官的本质特征，表明了法官自身的一种不均衡状态”。通过运用冲突原理，我们可以更加客观地看待法官存在的问题，更加理性地剖析问题的症结。

本书的作者宋远升，曾在华东政法大学和复旦大学学习，先后获得法学硕士和法学博士学位。他还远赴比利时根特大学进行深造，获得了该校的法学硕士学位。他现于华东政法大学任教，并任《青少年犯罪问题》杂志的编辑部主任，主要研究方向为刑事诉讼法和司法制度。宋远升博士钟情于法学研究事业，笔耕不辍，取得了丰硕的研究成果。迄

今为止,已经在各类法学期刊发表论文 70 余篇,并出版多部个人专著。他的论著不仅逻辑性较强,而且语言优雅,具有较强的文学色彩。在我看来,宋远升博士绝不仅仅将法学研究作为谋生的手段,更是从中发现了乐趣所在。这是最为难得的境界。

在《法官论》一书行将出版之际,我既为他取得的学术成果感到欣慰,也愿意将他的研究推荐给法学界同仁。希望他一如既往,潜心向学,逐步形成自己的研究风格,不仅追求更大的学术影响,更要对中国的法律改革奉献智慧和思想。

陈瑞华

2012 年 4 月 29 日

# 目 录

## 第一章 法官的历史建构 001

### 第一节 西方法官产生的历史解释与逻辑 001

一、作为大众诉讼人的早期社会的法官形态及  
发展 002

二、“三支两元”法律体系下西欧中世纪时期的  
法官 008

三、西方现代法官产生的权力逻辑与核心理念 012

### 第二节 文化视野中的中国传统法官的历史解构 024

一、中国传统法官、职业法官与法律职业共同体 024

二、儒家文化与传统法官裁判 029

三、传统法官司法独立异象的文化作用 031

四、传统法官司法行为转型的文化背景 035

五、“清官”作为传统法官的文化符号及其历史  
传承 038

## 第二章 法官的职业逻辑 040

### 第一节 结构视野中的司法职业主义 040

一、职业、职业化与司法职业主义 041

二、司法职业主义的结构以及生长的次序 045

- 三、制度司法职业主义 049
- 四、以技艺理性为主线的程序司法职业主义 053
- 五、司法职业主义的文化价值理念 057
- 六、司法职业主义的功能 060
- 七、司法职业主义的自我管制和国家干预 063
- 第二节 实用司法伦理主义 066
  - 一、伦理、职业伦理、司法伦理主义 066
  - 二、司法伦理的二阶结构 070
  - 三、职业主义对德行型伦理的冲击 072
  - 四、司法伦理的两难推理及相对性 075
  - 五、功能性理解司法伦理：实用司法伦理主义 079

### 第三章 法官的多元角色 083

- 第一节 法官的政治性角色 084
  - 一、政治的多重含义 084
  - 二、政治中的法官和法官的政治性 087
  - 三、法官的政治性类型 090
  - 四、在法条主义和政治态度理论之间 092
  - 五、法官的政治性与中立性 094
- 第二节 从乡土社会到市民社会：乡土法官的社会性角色及其转型 096
  - 一、市民社会、乡土社会以及乡土社会型法官的两种社会性 097
  - 二、当乡土社会型法官遭遇乡情 101
  - 三、实用主义、法律实用主义与乡土社会型法官的裁判艺术 104
  - 四、法官职业神秘主义、职业神秘性及乡土社会型法官的大众化 106

|                        |     |
|------------------------|-----|
| 五、乡土社会型法官的角色转型:起点还是终点  | 108 |
| 第三节 法官神圣人角色以及“神圣”情感的信仰 | 112 |
| 一、法官“神圣”的层次以及位阶        | 112 |
| 二、因宗教教义或宗教性而赋予的法官神圣性   | 113 |
| 三、作为被设计出的法官神圣性         | 116 |
| 四、因法律的客观真理性而神圣的法官      | 119 |
| 五、对法律以及对法官的“神圣”情感      | 121 |
| 六、法官的理性与法官的信仰          | 124 |
| 第四节 法官角色的冲突            | 127 |
| 一、法官角色冲突的根源            | 127 |
| 二、位于冲突中心的法官法律人角色       | 132 |
| 三、法官角色间冲突的层次及模式        | 134 |
| 四、法官角色冲突的归结            | 138 |

#### **第四章 法官司法、造法的功能与界限 141**

|                  |     |
|------------------|-----|
| 第一节 法官司法的多维向度及超越 | 142 |
| 一、行为主义的司法        | 142 |
| 二、作为职业行为的司法      | 146 |
| 三、作为衡平艺术的司法      | 150 |
| 四、超越司法:司法精神与社会共识 | 153 |
| 第二节 法官造法的两难冲突与边界 | 155 |
| 一、作为成长中的立法者的法官   | 155 |
| 二、逻辑理性、经验理性和价值理性 | 160 |
| 三、法官造法的行为分析      | 163 |
| 四、法官造法的边界        | 166 |

## 第五章 法官的场域性权力与配置性权力 169

### 第一节 法官的场域性权力 170

- 一、法官作为场域权力的被动者 170
- 二、法官场域性权力的强弱类型及向度 173
- 三、法官场域性权力的脉络以及趋向 180

### 第二节 法官的配置性权力及其冲突 182

- 一、司法权的内涵与面目 183
- 二、司法权的本源身份 189
- 三、作为司法权核心的自由裁量权 193
- 四、司法权与外部权力冲突的两面性 199
- 五、司法权与外部权力冲突的效果与界限 203

## 第六章 法官的自主与约束 207

### 第一节 法官的司法职业及诉讼独立性 208

- 一、司法职业主义以及独立的样态 208
- 二、法官作为诉讼程序主导者和裁量权决定者 212
- 三、场域、技艺理性与法官诉讼职业的独立性 215
- 四、作为法律职业共同体成员的法官 219
- 五、作为国家委托代理人的法官 220

### 第二节 法官的程序性约束 223

- 一、法制的程序化与法官的程序性约束 223
- 二、程序是法官角色设定的舞台 226
- 三、横向分权式约束与纵向审级式约束 228
- 四、法官的技术性程序约束与人性化程序约束 232
- 五、法官制裁的司法程序化与制裁对象的形式化 236

## **第七章 中国法官的多维分析与建构 240**

### **第一节 多维分析理论的建构与中国当代法官 241**

#### **一、作为背景知识的综合法学 241**

#### **二、多维分析理论的知识构造与运作机制 245**

#### **三、多维分析理论与中国法官 252**

### **第二节 法官的幻象和实像 258**

#### **一、在比喻中居住的理想型法官的幻象 258**

#### **二、现实中法官实像的悲歌 262**

#### **三、能动地理解法官角色 266**

### **第三节 中国法官的制度化建构 268**

#### **一、法官场域性权力结构的基础性重构 268**

#### **二、制度性司法职业主义的选择 270**

#### **三、法官的程序性约束 274**

#### **四、中国法官造法的沉默化以及制度化选择路径 279**

#### **五、实用司法伦理的规则性构建 282**

## **主要参考文献 285**

## **后记 301**

## 第一章

### 法官的历史建构

历史是现代事物的孵化器,法官则是这个孵化器中值得一书的人物。或多或少,或者从表象或者从内里,我们都能从现代中回溯关于法官的过去的概念、原则、制度的遗迹。可以说,很多关于法官的内容都是内在传统而外表现代的。如果忽视对法官历史的考察,无论是西方还是东方的法官,无论是和现代意义上一致的表达还是行使法官职务者,那么也就是忽视一种值得珍视的过去,一种被经验定格的往昔。这都会为现代提供一种线索或者启示,这不仅体现在法律之上,也体会在精神等更高级的追求之中。

#### 第一节 西方法官产生的历史解释与逻辑

法官在西方司法制度史上是一个不可或缺的角色。从古希腊、古罗马最初形态的大众诉讼人,到中世纪时期教会法官作为控制教俗两界的力量,再到现



代独立法官的形成,法官的历史就是法律历史的缩影。历史“事实俱在,但它们数量无穷,照例沉默不语,即使一旦开口又往往相互矛盾,甚至无法理解”。<sup>①</sup>这就使得历史解释成为一种沟通现代,并使现代与传统相互对照的技术和理论。而所谓的历史解释就是在一定原则下的对过去历史事实的理解与阐释。历史是一个客体(subject,即已经发生的事实)及对这个客体的叙述分析过程。<sup>②</sup>通过对历史中存在的史实或资料的分析,可以对法官形成的历史作出一种可能性的解释,并在过去和现代之间进行历史重建,发现法官产生的“硬核”部分,以寻找西方现代法官产生的最本质的历史根基。

### 一、作为大众诉讼人的早期社会的法官形态及发展

私力救济和同态复仇是早期社会纠纷解决的特征。在蒙昧状态中,民众的一切活动首先都出于最基本的需要。同态复仇是纠纷发生时的基本反应,而不存在制度性的解决方式。如果发生被伤或被杀等案件,最初只是相信受害人家属私力救济的震慑,在受害人家属力有不逮的情形下才寻求集体的民主力量。在希腊荷马时代(公元前1100年~公元前800年),“没有为保证人身和财产安全的审判、执行或惩罚的公共机制。对谋杀的制裁只能采用受害人家属的复仇,完全在任何关于权利或纠纷的公共框架之外运作”。<sup>③</sup>如果选择通过部落民众审判的方式解决,也只是接受同类人的裁判,这些裁判人也只是大众诉讼人

① [美]柯文:《在中国发现历史:中国中心观在美国的兴起》,林同奇译,中华书局2002年版,前言第41页。

② Norman J. Wilson, *History in Crisis. Recent Directions in Historiography*. Upper Saddle River: Prentice Hall, 1999. 转引自侯学华:“历史解释与美国宪法史学流派”,载《西安交通大学学报》(社会科学版)2005年第4期。

③ [美]波斯纳:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第124页。