

【司法制度】

员额制之后：法院人员分类构成评析

刘 忠

【摘要】新时期对于法律之治的重视,通过对法院的持续扩编进行体现。对于法院编制扩大,决策层主要使用中央政法编制单列和干部身份为手段进行管控。但是,地方各级法院通过对书记员和法警的临时聘任等手段进行编制内部的腾挪,导致法官实际编制激增。另由于助理审判员任命机制的改变和法院内工人编制的历史存在和事业编制的扩编,干部机制被瓦解。员额制通过职位分类,压缩了过于庞大的法官编制规模。但是,援引美国联邦法院使用临时聘任的法官助理和书记员等做法,并未达到“去行政化”的目的,隐蔽的科层制反而可能会造成更大的弊害。

【关键词】政法编制;干部;分类;临时聘用;科层

【作者简介】刘忠,中山大学法学院教授,厦门大学法学院党内法规研究中心研究员,法学博士。

【原文出处】《华东政法大学学报》(沪),2020.6.88~105

【基金项目】本文系2020年国家社科基金一般项目“当代中国政法改革中的机构职权配置”(项目号20BFX032)的阶段性研究成果。

组织体内人员的分类构成,不是制度大局之外搁放在边陲角落的琐细问题。^①以何种分类方式设计法院人员的构成,对于建设司法裁决的可接受性,较之实体法、程序法和其他宏观构建而言,是更具有决定性的前基础设计。

2014年开始启动法官员额制改革,目的之一是消解法院肿胀,其二更在于对法院人员构成进行再分类。黑格尔说:“密纳发的猫头鹰要等黄昏到来,才会起飞。”其意欲表达的是:一个进程,只有在结束之后,才会看得更清楚。^②2017年7月,占最高人民法院(以下简称“最高院”)全院编制总数的27.8%,共367名员额法官产生。^③以此为标志,员额制改革在全国基本完成,由起始—进行—结果构成的进程已大致显现。

站在进程“之后”,分析因此具有了后见之明(hindsight)的可能。在思想史研究中,后现代、后结

构主义等的“……之后”(post),不是一个时间序列的标示,而是一种超越、反思。^④本文名为员额制“之后”,即是将“员额制”的实际发生、对策提出和推进过程作为一个对象,进行评价。本文对于法院内部人员分类,以员额制为分期界限。虽名为“员额制之后”,但是员额制发生的逻辑线索埋在“员额制之前”,对“员额制之前”重新叙事,是洞悉“员额制之后”的人员分类为何以如此方式出现的逻辑前件(antecedent)。因此,讲好“员额制之前”的人员分类故事,对讲述者是最重要的要求。

联结“员额制之前”与“员额制之后”的逻辑纽带,是“案多人少”这一传统司法命题中的“人少”是否成立。为此,本文首先对中央政法编制和传统法院人员分类方式“干部—工人”类别区分这两项制度如何在法院内部被抽空,进行厚描。通过细致绘制员额制真实的发生历程,对部分法院如何通过一

些隐蔽方式,实际突破中央政法编制和干部制度的做法进行钩沉。对此历程的细述,展示出员额制对法官数量的重设,是回复到中央政法编制为法院配备审判员、助审员的初始规模。员额制寄予更大厚望的另一个内容,即通过效仿美国联邦法院实行的聘任制法官助理和审判辅助人员来实现法院的“去科层化”,却出现了未预期的结果。

一、员额制之前中央政法编制被抽空

传统公共治理政策内,对某项事务给予重视,手段之一是增加主管该事务工作部门的人员数量。1978年后,决策层逐渐将大量原由计划体制内的同一上级、单位、街道社队负责解决的经济、社会问题都纳入法律之治,相应匹配措施是增加法院等机关的人员编制。“文革”后第一次全国司法工作会议,中共中央即提出给法院增编。^⑤1982年走私等问题严重,中共中央部署打击经济领域犯罪,措施之一亦为挑选干部加强政法等部门工作。^⑥继农村改革之后,1984年开启城市经济体制改革,中共中央相应部署“调整干部结构”,要求从各单位抽调干部,充实加强政法等部门。^⑦经过九次大规模增编,法院编制从1978年5.9万人,到2007年增加到33.9万人,扩展了5.7倍。

对此,中共中央主要采用两种机制进行管控。(1)1982年中共中央将法院等政法四机关的编制从国家行政总编制中划出来,设为中央政法编制,进行单列。历次给各政法机关增编补员时,都明确具体数额和所给的政法机关。在层级上,排除了地、市、县区一级的管理,“实行统一领导,中央和省、市、自治区分级管理”^⑧。(2)1988年设立国家编制委员会,1991年改为中央编制委员会。2018年之前编委主任都由总理担任,编办主任为正部长级。即使县区基层法院的增编补员,由中央编办主管。

编制的意义,由中共中央规定可见:机构编制管理工作在中央编委统一领导下,实行分级管理。各级编委的常设办事机构,既是党委的工作部门,也是政府的工作部门。机构编制实行“一支笔”审

批制度。凡涉及职能调整,机构、编制和领导职数的调整,都要严格按照审批程序,报经机构编制部门审核后,提交机构编制委员会或党委、政府审批。只有在机构编制部门审核同意设置的机构和核批的编制范围内,人事部门才能核定人员和工资,财政部门才能列入政府预算范围并核拨经费,银行才能给予开设账户并发放工资。^⑨相较于1954年和1979年两部法院组织法所规定的:“各级人民法院的人员编制和办公机构由司法部另行规定”,这两项由中央编委进行规模总量控制和专设机构统管措施的出台,由于权威度极大提高,(1)较大程度上遏制了法院负责人通过无序、超编进人谋取利益;(2)减少了意图寻租者询价的可能;(3)禁绝了地方政府挤占、挪用中央给政法机关下达的编制,使新增编制能真正注入对应的政法机关内。

这一机制在1992年之后被撬动。随着市场化方向的加深,商业、物资批发流通领域的国企,以及计划经济年代管理经济的大量机构,迅速弱化或被撤销。在地方上,行政执法机关和司法机关成为热门,法院又很快超越行政执法机关成为炙手可热的部门。有特殊门路的人员,安排子女亲属进入公检法机关,尤其是法院,需求持续旺盛。要进入法院,在当时,主要有四个途径:干部调入、公开向社会招考、军转干部和学生分配。这一时期,进入法院最便捷的方式是学生分配。按照最高院1985年的规定,“把吸收干部由调配制改为招考制,进入一律通过考试录取”,但是分配的大学毕业生、研究生除外。^⑩所以,普通高等学校毕业学生分配入法院被视为是“直通车”。然而,需求拉动供给改革,在旺盛的需求下,普通高等学校学历教育的内容和质量发生了剧烈变化,高考制度开始局部松弛,学历获取难度降低,较多人通过分数较低的定向培养、委托培养等方式进入中专、大专及大学。有特殊关系的人,先获取中专以上学历,再凭借关系由地方人事部门直接以学生分配,通过“直通车”方式安排进法院。1999年高校开始大规模扩招,继而研究生

扩招之后,各层次的学历大坝渐次被冲垮。通过不断提高普通高校毕业生学历这一壁垒,作为管控进入法院的模式近乎崩解。

但是,由于法院的编制规模在1988年之后即由编委严控,持续进入编制达到上限后,罕有人有能量能让中央编办为之定向增编。面对庞大的进入需求,部分地方法院使用对编制构成进行腾挪的方式进入。借用的政策裂隙是中央政法编制单列时一个空白规定。1982年单列中央政法编制,在宏观构成上将各政法机关的干部,从国家行政总编制中划出,进行的是大类别区分,对各机关内部人员比例配置未进行再次设定。在法院内部,助审员以上人员、法警、正式在编的书记员,各占多大比例,实际由各法院掌控。1983年的一个正当性根由,则为法院利用此政策留白提供了机会。

1983年邓小平与刘复之“七·一九”北戴河谈话后,全国部署严打。其间,彭真就严打中人员不够等问题致信中央政法委书记陈丕显:“须请各级党委立即从机关、企事业单位抽调大批干部,协助公、检、法各部门抓好这项工作。”^⑩严打期间,法院借调了大批临时人员,以书记员名义参与办案。由于1983年启动的严打,分为三个战役,历时三年,政法机关被允许有大批临时人员的印象,逐渐在决策层和社会公众心目中沉淀。这即为法院合法聘用临时人员的历史端口。

就书记员这一岗位而言,在法院工作中,庭审和询问、讯问记录以及日常琐事办理,必不可少。而且在组织人事手续上,书记员不涉及领导干部职务和审判权合法性授予,因此无须报请组织部和人大审批,由法院自行聘任。在允许临时聘用法院人员这一政策开口之后,部分法院采用各种方式聘任临时人员,腾挪出的中央政法编制用于增进有关系的各种人员,主要方式有以下三种。

第一种,从社会招募聘任书记员,以签订1~3年的短期劳动合同方式成为临时聘用人员。因为不占用中央政法编制,数量多少由法院内部决定,

不需报批,不需编制、人事部门的增编计划以及办理工资手续。这种做法在2000年获得最高院认可,而且明确扩大至法警。最高院通知:“为解决目前基层人民法院书记员力量不足问题,可以招聘速录员承担庭审记录工作。”“试行部分司法警察聘任制,缓解基层人民法院警力不足的困难。”^⑪合同制书记员、合同制法警的出现,导致法院实际编制的隐性增加。此种隐性增编的后果,通过简单的量化计算可清晰地显现出来。一个200名政法编制内干部的中级人民法院(以下简称“中院”),助审员以上140人,其中在刑事、民事、行政、执行各业务部门的有90人,在办公室、政治部、行装处、老干处、机关党委等综合部门工作的有50人;另有书记员42人和法警18人。通过临时聘用人员的方式,法院重构编制比例,原来书记员名额占用的42个政法编制全部用于助审员以上法官;对18个法警编制,除法警支队长、政委等2人为中央政法编制以外,^⑫其余16个编制也用于法官。经过如此操作,法院内部实际又新增58名法官。

书记员、法警的编制先后以腾挪的方式移转并被迫认为合法之后,激励了各地法院深挖编制替代品,表现出第二种隐性增编的方式就是工勤外包。原本,法院办公场所、院落每日的卫生清洁,都由审判人员兼理,这是“干部参加劳动”政策的一个表现方式。^⑬所以,像任何机关一样,法院每天早晨开门第一件事是办公室卫生清扫,每两周还有全院的卫生扫除。一个200人的法院一天8小时工作时间,按平均每天0.5小时的工勤工作量计算,折算为单个人,为12人左右的工作量。晚近,先是高级别的法院,继之各基层法院,这些活动全部外包给物业公司。法官编制再次实际增加。

法院编制隐性增加的第三种方式是借用事业编制。事业编制,原本适用于医院、学校等以社会公益为目的的机构,由财政供给经费,并不从事国家管理职能。由于各级编制机构对于行政编制人员增编管控极为严格,为解决人员不足问题,法院

利用由地方编制机构负责控制,较之中央政法编制管理宽松得多的事业编制方式进入。1998年时,最高院内设机构17个,机关行政编制仅638人,直属事业单位就有9个。20世纪90年代之前,原本仅最高院有事业编制单位,包括国家法官学院前身的全国法院干部业余大学(简称“业大”),以及人民法院报社、出版社、中国应用法学研究所等。这一做法逐渐向下蔓延,各高级人民法院(以下简称“高院”)也多将业大分校改设为省法官学院,许多高院创立了面向本省发行的刊物。^⑤进而,高院的法官学院又为中院设法官学院分院提供了证成。此后,四级法院又都设立了机关服务中心。

事业编制再次实际增加了法官的编制总量。此前法院业大的教师、机关服务保障等部门工作人员都是正式法官编制。一个中等规模人员的中院,此前至少有10~20人从事相关工作,增设了事业编制的法官学院、机关服务中心后,该部分职能剥离,该10~20人的编制用于法官岗位。

通过合同制聘用的书记员、法警和事业编制人员,潜含的增加法官编制,导致法官编制隐蔽膨胀。以首善之区北京市的数字可窥一斑。按时任北京高院院长慕平公开的数据:北京法院政法行政编制6303人,其中具有法官职称4168人,占66%;另有事业编426人,与法官比例为10:1;聘用制人员1900人,与法官比例为10:4.5。^⑥

二、干部、工人区分被消解

前文所述的1982年中央政法编制单设和1991年中央编委的设立,制度目的是严控严管政法干部总量,关键词是两个,一个是干部,另一个是数量。因编制腾挪导致的法官编制数量隐性增加,只是导致干部总量管控制度被侵蚀的表象之一。为绕开中央政法编制管控,法院通过司法解释权对助审员进行的微妙改动,将干部制度也实际松动。

将人员区分为干部和工人,是列宁主义政党的基本内部治理方式之一。中共高度认同的干部标

准是季米特洛夫提出的四条标准:无限忠心、与群众有密切的联系、在复杂的环境中独立决定方向的能力以及遵守纪律的精神。^⑦只有在这四个方面都经受了考验或符合条件,一个进入革命队伍中的普通人,才能被任命为干部。法院审判员、公安的重要警种,担负“刀把子”重要职责,因此必须由符合以上四个条件后,被列入“干部”身份的人才能担任。^⑧

在革命渐远的常规化时代,干部身份的获取主要是三种方式:(1)通过中考考入中等专业以上学校或通过高考考入中专、大专、本科学校;(2)各级政府通过公开招考的方式录用干部;(3)当兵入伍,在部队提干,担任排长以上军官。军官和地方干部都是国家干部,只是工作的专业领域不同,所以从部队到地方名为“转业”。

干部与工人的区分,是一种人员身份的区分类别,与是否在工厂工作无关,也不意味着干部就是科长、处长。直观的形式标准为是否纳入国家组织人事部门的干部序列管理。这界定了以下三种情形:(1)非国家录用干部身份者,不管在党委、政府机关,还是在法院、检察院工作,身份类别都是“工人”;(2)一个排长以上军转干部、中专以上毕业的学生,即使分配至工厂车间内从事一线生产,但是在人事管理序列内的身份是“干部”,而不是工人;(3)具有“干部”名义的人,比如担任法官或机关、医院的科长、主任,如果未经人事部门正式批准为录用干部,在人事管理体制内仍然是工人,此即谓“以工代干”。

20世纪80年代后,选拔干部“四化”中的学历标准成为硬指标后,在部队提干也基本只有考军校一种方式。获取干部身份的三种方式实质上融为一种方式,即考试。在高考精英化时代,考取中专以上学历,极为稀缺。要取得干部身份进入法院者,主要求诸另外一个较低难度的方式,即参加干部的社会招考。从1982年开始,按照劳动人事部的要求,法院在编制定员以内补充干部,除干部调

配和军转干部、大中专毕业生之外,可以从社会上统一招考。但考试层级较低,县级人事部门即可进行。^⑩1987年最高院规定从社会上招收干部,由高院统一部署,统一出题,公开招考,人员报省法院审核同意后,再交由人事部门审批。^⑪有特殊门路,能越过日渐提高的壁垒限制,进入法院者较此前减少。因此,20世纪90年代之前法院进人的基本模式是:助审员和法警资格获取,通过干部身份控制;干部身份获取,靠考试控制。但是,各级法院都实际有一定比例的工人,原因有两个。

其一,各级法院都有一些事务性工作,如警车司机、文印人员等。这些岗位的客观需求,导致各级法院与党政机关一样,都保有一些工人编制。其二,法院有一个历史遗留的“以工代干”问题。1979年12月召开的全国人事局局长会议曾明确,“今后一律不再搞‘以工代干’。”^⑫该通知表达的含义是:1983年以前旧有的以工代干人员,承认和接受,只是不再扩大。这也为法院保留有一部分工人留下了制度漏洞。

对法院进行扎根的研究,会查知当代法院“家产制”^⑬色彩的一个表现。2014年机关公车改革之前,各级法院的院长、副院长都有专车司机。这些司机的身份多是临时聘用人员。在服务多年后,院长、副院长转任、升职之前,都会为自己的司机解决一个工作名分。由于以“高考—学历—干部”为轴线的管制壁垒完全无法逾越,转而采用一个简便的方式,即借用历史遗留的“以工代干”和客观需要所允许保留的工人编制。这样一个来自法院内部隐蔽的因素发力,与另外一个制度变化贴靠在一起,使得干部和工人的区分差异实际被抹平,此即是对助审员职位任命程序的调整。

当代政治思想认为,法官对各种越轨、犯罪人,有褫夺身份、财产直至剥夺生命的终局裁断权,因此不但要对有此种裁断权的法官进行严格资格限制,而且要对赋予他人担任法官资格的授权者进行严格限制。有权赋予某个人裁判权的只能是主权

者。在人民主权取代王权的观念形成后,赋权者被归为人民。在非直接民主的制度下,即由民意机关行使。在美国,三级联邦法官由联邦参议院投票批准任命。在中国,审判员由同级人大常委会表决任命。对于助理审判员,只是充当辅助、协理的帮办、协助者,并没有司法裁断权。因此,没有被国家权力机关纳入关注、审议、批准授权范围。但是,助审员毕竟襄赞司法枢机,为对法院人事任命进行制约,1954年《法院组织法》规定法院助审员由上一级司法行政机关任免。1959年司法部被撤销后,谢觉哉建议助审员由本级法院自行任免。1979年法院组织法沿用1954年的规定。1983年司法改革时,司法部主管的法院司法行政工作再次交回法院管理。

在1983年前,法院呈请任命审判员,需要将记载有被提请人员的政治面貌、干部履历等信息的材料,报送同级人大常委会审批。任命助审员,要将相应材料提交上级司法行政机关。被提请人员如不具有国家录用干部身份,任命即不具有基础条件。无须就助审员任命提请任何第三方机关审批任命后,法院握有完全的决定权,将不具有干部身份的“工人”任命为助审员,不再有障碍。此后,法院再利用司法解释权,将这一制度裂隙进一步掏大并给予合法化,成为容纳灰色利益的一个空洞。

1983年,浙江高院向最高院请示“关于助审员可否作为合议庭成员并担任审判长问题”。对此,最高院1957年有一个函复:“由院长或者庭长指定某一临时代行审判员职务的助审员担任合议庭的审判长,也不是不可以的。”^⑭最高院沿革此例,进行了同意批复。^⑮此后,工人编制的助审员承办案件,与干部编制、经人大常委会任命的审判员一样,独立办案,在裁判文书上署名代理审判员或审判长。至此,助审员成为法院“工人”进行身份挪移的旋转门(revolving door)。^⑯制度通道打通之后,不具有国家录用干部身份的人,地方法院都可安排进入“旋

转门”刷新。

在晚近,编制和人事部门对法院工人编制的管控日益严密。时下,法院内工人编制人员在许多法院基本消失。法院之所以取消“以工代干”,是因为具备了更好的替代品,这即是前文已述及的事业编制。事业编制人员被本院任命为助审员在各地都较为普遍。2002年《法官法》修改实施。海南高院请示业大、法学研究所等事业编制的干部,通过考试、符合任职条件,可否任命或提请任命法官职务。最高院答复:属于事业单位编制的工作人员不能任命或提请任命法官职务。^④在执行中,这条答复被扭曲理解为虽然不能被提请任命为法官,并不是不能被任命为助审员,只是不具有五级法官的职称。

先前研究者对于法院“案多人少”的判断及员额制发生的研究,较少注意到法院内部腾挪人员构成和“旋转门”所导致的法院编制隐性增加。察觉到这一被隐藏的因果关系,对于认识员额制的真实发生,提供了锋利的切口。由此切口可见,中央政法编制被抽空及“干部—工人”制度被消解,是法院人数激增更隐蔽的原因。如何建立优良的法官准入和管理制度,即成为司法改革的中心议程之一。

三、促动职位分类的内部紧张关系

早在20世纪80年代,政治学研究者就提出职位分类,认为“职位分类被称之为现代人事制度的基础和出发点”,“职位分类可以成为改革中国干部管理体制的突破口”。职位分类的具体做法被分解为“人定岗、岗定责、责定额、额定分、分定奖”。^⑤1987年中共十三大报告提出“现行干部人事制度仍然存在一些重大缺陷,主要是:‘国家干部’这个概念过于笼统,缺乏科学分类”。2000年中共中央再次要求“形成符合党政机关、国有企业和事业单位不同特点的、科学的分类管理体制,建立各具特色的管理制度”。^⑥

以医院为分类管理的样板。医院人员分为三

个类别:医生、医护人员、行政人员,晋升序列完全不同。(1)医生序列:医士、医师、主治医师、副主任医师、主任医师。不同医生职称,对应不同的学历梯次和实践资历。行政职务上是科室副主任、主任、副院长、院长。(2)护理序列:护士、护师、主管护师、副主任护师、主任护师。行政职务是护士长、护理部副主任、主任。(3)行政人员。医院有各种辅助人员,如会计出纳、救护车驾驶、水电气暖维护技术人员等。在医院担任会计,职称序列是助理会计师、会计师、副高级会计师、高级会计师,职务序列是副科长、科长、副处长、处长。

三个序列类型的职称、职务不能转换:主任护师的薪资可能高于主治医师,但是主任护师不能在资质序列上要求转轨降格为主治医师或牺牲行政职务,从护理部主任转为普通主任医师。在处方权上,只有医生才可以给病人开处方,护士做到了主任护师,管理职务上担任了护理部主任,医院会计在职称上达到高级会计师,并担任了医院财务处长,分管后勤的副院长,也不能代替刚拿到资格的年轻医生为简单如感冒的病人开处方。如果主任护师要转当医生,须从医生轨道的起点开始重新做起,要符合医生的学历专业、资质。此前的主任护师经历和护理学历,成为沉淀成本。对于新轨而言,既往学历和资历对于医生资格的认定,不再有资质认定形式理性上的意义。

以医院为知识原型的分类,影响了法院人员分类设计。法院人员分类体制意图实现三个目标。(1)将直接参与审判相关的人员,与从事综合保障服务的行政人员分开;将直接参与审判业务相关的人员,再区分出法官和审判辅助人员法官助理、书记员;对每个法院法官的数额进行明确限定。(2)法官晋升序列为:法官(一至五级);高级法官(一至四级);大法官(一至二级);首席大法官。法院内从事综合保障服务的行政人员,非领导职务晋升序列为:副主任科员、主任科员;副调研员、调研员;助理巡视员、巡视员。领导职务晋升序列为:科长、

副科长；副处长、处长；副局长、局长；副部长、部长。审判辅助人员中的法官助理和书记员分别建立自己的晋升序列，如一级书记员、二级书记员；一级法官助理、二级法官助理。(3)在法官、审判辅助人员、行政人员三个序列之间建立屏障，不可以转换。

但是，在法院，始终未能如医院一样，建立严格的人员分类壁垒和不同的职务晋升序列。在审判序列和非审判的政务序列之间，一直可以自由切换。原因在于，首先，裁决烟火人间俗世纷争的法学，知识门槛较低，远未如脑科、心脏科外科大夫与护士之间知识技能要求差距之大。此外，是法院有意为之，因为更多非审判序列的职务，有利于法院实现晋升激励。如刑一庭副庭长转任办公室主任，民二庭副庭长转任行政装备处处长，是中层副职升正职，也为下派到下一级法院任院长提供了平台。所以，虽早在2001年，修正《法官法》时即规定制定了法院“人员编制内员额比例的办法”。该条十几年未被执行。原因不在于外部，而在于与法院自身的利益抵触。

晚近办公技术的跃进式变革对法院工作效率的提高，将法院编制的冗赘问题凸显出来。计算机、互联网、扫描仪、语音识别文字转换软件等，在办公中的应用，大幅节省了文书起草、传递所发生的过程时间，对于司法效率的提高，超过了任何制度设计观念论者提出的原理、主义。

其一，法学理论、法律典籍中都不注意的一个微观因素，对于诉讼期间占用有极大影响，即法律文书的制作。技术变革前，判决书、调解书都是手写。如当事人上诉，另需向上级法院写审理报告。诉讼参加人提交的各种文书，无法叠加，必须重写抄录入审结报告、判决书等文书。手写各种文书耗用了办案人极大的精力。学界常诟病法院判决书删繁就简，“不说理”，在手写文书时代，不堪其累是诱致因素之一。其二，承办人写完判决书稿本，要送打字室排期打字。部分复杂、重大等案件，要报庭长、主管院长审阅签字批准。院庭长阅读、辨识、

校改不同人在方格稿纸内手写的司法文书，极为耗费心力。打字室排期，又因负荷工作量不同，从几天到一个月不等。初稿打印后，承办人与原稿审核校对，再将校对稿送打字室排队，如是往复至少两三次，待确定无误后，再送文印室排期印刷。其三，基层法院多设有派出法庭，派出法庭需回院本部加盖印章。对于必须加盖院章的文书，限于路途、精力等因素，往往凑齐若干起案件后，隔一段时间到法院本部盖一次印章，造成诉讼周期加长。其四，各种询问笔录、庭审记录，需要大量人员手写记录，对于人工需求极大。

随着办公用电脑价格降低，在法院中迅速普及，各地法院逐渐建立了局域网办公自动化系统，以上因素被迅速克服。

其一，诉讼参与者提交的文书，均可以叠加，无须重新制作。不管是民事案件原被告还是刑事案件公诉人、辩护方，向法院提交文书时，都会被要求一并提交可读写的电子版。承办人在制作判决书时，对“原告诉称”/起诉书指控、“被告辩称”/律师辩称部分，直接复制、粘贴，“经审理查明”部分，也基本通过“复制”迅速完成，仅“本院认为”和“判决如下”部分，有少量需要承办人思考的文字，通过打字迅速完成。各种图文识别软件普及后，无须当事人提交word文档，法院即可迅速完成各种文字的读写。

其二，各种法律文书，通过办公自动化系统送审、报批。签批后，承办人直接在线发送文印室印刷即可。此前冗长的排队打字、排期印刷时间全部节省。即使未建立网络办公自动化系统的僻远法院，以清爽的打印稿当面送批，然后校改、打印，时间成本大为降低。

其三，在印章使用上，许多法院建立了电子印章，凭本人的密码和授权，远程登录即可操作。如上海一中院一年需加盖印章25万余份，使用电子签章系统后，书记员工作负担减轻，也缩短了办案期限。如没有电子印章，最高院2015年之后在六

个城市设立的巡回法庭,在操作上即困难极多。如使用带数字编号的七个公章,即会在视觉上强化七个最高院的感觉。

其四,各种语音识别生成文字程序广泛使用,生成的电子文档仅需书记员进行较小工作量的文字校准。各种询问、讯问笔录,尤其是此前烦冗的庭审笔录制作成本降低。

通过这种还原到法院审判流程的分子化构成层面,细致的铺叙科技对于法院编制构成的变量意义,使得继续以“一双手、一支笔、一张纸”的手工时代决定的办案速率,作为维持法院编制根据的主张,极难再成立。部分研究对员额制的比例进行批评,所基于的理由仍是法院“案多人少”,此即是未将技术变革纳入制度设计变量。^②在实际因果关系上,办公、法庭审理科技技术的进化,只是为法院人员构成的变革提供了一个可能,真正将法院分类改革扳机扣动的是无限制的人员扩张和机构增设,导致法院内部人员的反向激励,导致法院中高层自身对利益的隐忧。因为此前法院机构增设,主要采用功能的平行裂变方式,方式有两种。

其一,抽拽出部分事权,另设为新机构。法院设立之初,各审判庭自行立案、执行,先是(1)从诸审判庭中,拆出一个告审庭。(2)“告审分立”,告诉职能拆出,单设为立案庭;申诉职能拆出,单设为审监庭。(3)“审执分立”,执行从诸审判庭中拆出,单设执行庭。(4)执行庭升格为执行局,下设三到四个执行处、庭。(5)以加强信访推行信访法治化为由,再将立案庭一分为二,立案一庭负责立案,二庭负责信言访。(6)审监庭“审监分立”,审判流程管理职能拆立出为审管办,事后监督职能设为审判监督庭。

“综合口”各机构与“业务口”有类似机构扩展过程,以最高院为例:1978年仅有办公厅、司法行政厅、政工组三个机构。1979年增设研究室,1983年增设老干部办公室,1985年创立业大(1997年改为国家法官学院),1986年设立人民法院出版社,

1990年设立政治部(又下设组织人事部、法官管理部、宣教部、警务部四个副厅级机构),1991年设立中国应用法学研究所。1991年撤销司法行政厅,分设计划财务装备局和技术局。2000年,改设立为司法行政装备管理局、机关党委、离退休干部局和机关服务中心。2007年增设司改办,2013年设新闻局。

其二,简单的裂变。主要是以地域、案件类型、审级等为根据,增设审判庭,扩容增编。如在最高院,民庭拆分为民一到民七庭;刑庭拆分为刑一到刑五庭;行政庭拆出赔偿办。

这两种方式裂变,都是平行进行,在同一级法院,新机构和原机构规格相当,是对原机构职权的分化,这意味着每一次裂变,对既有的审判庭,都是一次双重削弱:(1)不管是按地域划分,还是按刑事罪名、民事案由划分,原来相对权力厚重的审判庭,被拆分为若干庭,都碎化了权力,每个庭寻租能力下降,既有权力被稀释、减损;(2)同时意味着新增了一个与原审判庭职级规格相当的机构,新庭室的庭长、副庭长、审判员成为此前审判庭人员在对等职级提拔时的竞争者。因此,每次拆分、增设庭室,都会挫伤既有庭室人员的积极性。

对于法院的利益相关者而言,如何改变这种平行式裂变,代之以既能解决法院因时间性、空间性变化对人员的追求,但同时又不搅动既有利益格局,成为员额制扳机被扣动的真实原因。

四、作为员额制改革关节点的审判辅助人员

员额制在2015年被启动,其核心内容有二:(1)减缩法官数量,确定新的法官比例为整个中央政法编制人数的39%;(2)建立法官、审判辅助人员、行政人员三个序列,三个序列平行。员额制前,全国有211990法官,2017年7月各级法院完成员额法官选任工作后,共遴选出员额法官120138人,实际占中央政法专项编制总数的32.8%,近9万人未入额。时下,已经可查知员额制改革的积极结果有三。(1)逆转了法院四十年编制持续上扬的进程,消

解了具有独立办案资格法官冗赘所造成的一些积弊。(2)通过员额制这样一个新名义,将1982年中央政法编制建立和1983年法院组织法的原旨含义,进行了重申,将法官序列的人员比例固定化。(3)法院内部历来有业务口和综合口之分,员额制将三个口子的转换通道(试图)塞住,行政人员与法官、审判辅助人员今后各走各的序列,不能转换。

从法院利益角度看,(1)院长、副院长和党组成员以及中层干部,除少数之外,基本进入员额,法院内最有话语权阶层的利益得到固化;(2)方向向下纵向续加审判辅助人员,较之此前平行裂变,法院中高层人员既有利益份额被稀释的忧虑消散。

在如何具体设置纵向续加的审判辅助人员时,美国联邦法院的法官助理制度被选中。这成为员额制改革的关节点,也成为在员额制之后评价其制度实效的中心。法官助理(law clerk)是美国联邦法院的临时聘用职位,经费由国会纳入法院预算拨付,但具体人选由法官自己拣选确定。美国联邦最高法院第一个雇佣助理的是1881年被任命为大法官的霍瑞思·葛磊(Horace Gray)。葛磊也是州或联邦法院系统内第一个雇佣助理的法官。1864年,作为曾经最年轻的法官,34岁的葛磊任职麻省高等法院。日后任联邦最高法院大法官的布兰戴斯(1916-1939年),从1879年到1881年为葛磊担任助理。^③按照1981-2017年出任联邦第七上诉审法院法官的波斯纳提供的材料:美国联邦上诉法院和地区法院每位法官,分别雇有5个和4个司法助手的配额,在这个数额内,可以选择法官助理和秘书的任何组合。许多上诉法院法官都有4位法官助理加1位秘书,有些法官有5个助理,将秘书省去。^④

以此为模板,最高院早在“一五纲要”中即提出对法官助理和取消助审员进行试点。“二五纲要”要求推进人民法院工作人员的分类管理,逐步建立法官助理制度。2015年“四五纲要”将之全面铺开,要求“拓宽审判辅助人员的来源渠道,探索以购买社会化服务的方式,优化审判辅助人员结构。”合同

制法官助理、聘任制书记员的方式,重塑了法院内部构造,改变了中国的机关内部治理方式。

目前,法官助理部分是临时聘用人员,少部分是原来的助审员退身转为“员外”,或新考入的毕业生。但政法编制内的“员外”,只是过渡期的临时安排,它系出于决策层对法院的照顾。相较于此前的党政机关改革,员额制改革极为温和。对比1998年中央直属机关、中央国家机关改革,采用的是“拆庙赶方丈”方式,向机关之外分流50%。此次未入额的原中央政法编制内法官,依然保留身份。新员额名单下达,或递补员额,都从“员外”中递补,2018年11月最高院第二批入额40人,即为原法官助理。这是旧人旧办法,员额制之后新招募的法官助理则为新人新办法。那么,待编制内“员外”化解完,如何解决法官的初始进入?这关涉到干部选任制度的基础问题。

作为武装夺权的革命党,共产党淬炼出了不同于西方政体下的人员使用方式,这一体制对于干部初始进入和官员晋升需要的政治忠诚度和工作能力提出了不同的要求,形成的具体选任、使用机制要求由低到高,在职务所需不同的年限内,逐次识别、逐步考验。表现为两点。

其一,传统中国社会散漫的小农经济下的青年,一般不被直接吸纳入军队。如红军时期,新征募的农民先到赤卫队,再到补充团、独立师,再到野战部队。中共高层不断提及的一个教训是1934年9月,博古等认为扩大红军要经过少先队、赤卫队和地方武装阶段,给扩红带来了消极影响,直接由新兵组建了红八军团、少共国际师等部队。这些部队均在长征初期、湘江战役时溃散。^⑤其二,新人员被要求在被赋予轻重职责不同的岗位上逐级锻炼、考验,才能成为干部。先从士兵开始,在连队中经过一两年行军、宿营、打仗、筹款,被吸收入共青团;经受了战场考验,具有了较好政治意识和纪律性后,被吸收为党员;其中优秀者又被提拔为班长。作为班长,学会如何团结、组织自己的一班人成为

一个集体,会进行简单政治工作,经历更长时间对敌斗争中忠诚度的识别,会被再提拔为排长。如此逐级提升。从农村根据地进城后,革命年代认为成功有效的人员选拔体制被应用于各个领域。^③

干部选择制度的影响和方式,由运动员选拔可获得形象的认知。担任过红二军团军团长和八路军120师师长的贺龙,1952-1966年间,先以西南军区司令员,后以政治局委员、副总理、中央军委副主席身份,同时任国家体委主任。^④期间,运动员的选拔规程,表现出与红军赤卫队地方武装主力红军的方式一致。可观察到的实践做法是:各中小学建立校运动队,在地市一级设业余体校。各年级的运动尖子,进入校队,校队中优秀的青少年体育苗子,选拔到市业余体校;体校训练几年后优秀的青年,再选拔到省体工大队;各省体工大队训练后的更优秀者,遴选录取到国家队。较之体育产业化后的俱乐部,这一方面带动了群众体育运动,另一方面拔擢出优秀人才。金字塔式的干部遴选制度在这一图式中具象地展示出来。

由于革命岁月渐远,时下干部标准不再是对敌斗争中的考验,在相当程度上,演变为学历专业化资格等内容,但在分类构成上,组织法对于法院内部的干部构成,依然是按照时序考察、逐级晋升,大致的晋升序列是:书记员→助审员→审判员→副庭长→庭长→审委会委员、庭长→下级法院院长→专委党组成员、副院长→党组副书记、常务副院长→院长。员额制之前,一个初进入法院的学生、转业干部,多先从书记员做起,一段时间以后转为助审员,接序晋升。这其中的关节点是助审员。因为任何人员分类设置,在进入某一个人员序列后,即只是一个循资历、业绩等因素而正常晋升的过程,最重要的节点是在初始边界上设定的人员壁垒。1995年、2002年《法官法》规定的法官,从助审员起算,基层法院初任助审员为五级法官。作为制度节点的助审员被取消后,法官的初始进入成为议题中心。

这只是制度内容。对制度评价是看结果的。合同聘用制临时法官助理、书记员的合法化大规模使用,可以窥测出设计根据是在人力成本上,搬用市场导向的劳动力可变成本投入机制,即:在先前常设的政法编制体系下,案件多时,编制不足;案件少时,人员闲置,导致一方面财政非必要支出过大,另一方面,过剩的司法供给会催生、催化更多的司法需求,从而人为扩大可诉性。如果法院仅常态保持少量精英法官,案件涌入较多时,以短期合同方式,多雇佣一些临时法官助理和书记员;案件少时,仅保留最低限度的法官助理和书记员,其余人员合同到期自然解除不再续聘,从而最大程度地减少财政负担。

将法院视为一个微观经济学中的厂商,衡量收益,固然必要,但这一制度所导致的审判非预期劣化,则可能将其微观收益抵消尽净。仅就未建立公务员编制的书记员、法官助理序列,继续实行临时聘用书记员、法官助理这一点,已被法院认识到的制度负外部性有二。(1)因缺乏编制身份保障,对优秀人才无法构成吸引,大多数优秀法学院学生只是将做临聘法官助理、书记员作为刷履历、积累司法经验的一个台阶,合同期满即走。人员频繁变动,知识技艺无法积累、传递。(2)法院许多案件涉密、涉隐私,而保密制度依赖于知情者个人对未来长期利益预期而产生的自我约束,而临聘人员流动速度过快,导致法院对案件保密监控困难。

这些只是极为次要的方面,对司法有更大伤害的是以下三种情形。

其一,松动了学界历来看重的正当程序理论。正当程序理论的一个原则是直接、言辞。但是法官、合同制法官助理、临聘书记员,职责界限不可能如书面设定的那么清晰,许多法官将决定权之外的所有事务都压给助理、书记员。由于法官不亲历,对于有助于形成准确心证的大量信息,并未感知。表面上法官签字,实际是在助理给定的证据、事实范围内决定,主从关系以隐蔽的方式颠倒。在一些

法院内,这被称为“法官助理专政”。

其二,临时聘用人员成为“避雷针”和“防空洞”。法官并不容易架空,合同书记员和法官助理只承担事务性工作,裁断的关节要点由法官亲自掌控。但诉讼和司法裁断,有大量隐蔽信息难以为外界查知,无论如何细致的实体法和程序法规范都无法完全禁绝。因此一方面建立收益损失预期和稳定的晋升激励,对法官进行诱导,另一方面通过人大、纪委监委、检察院进行监督。临聘人员,作为非国家工作人员,既实际在权力场之中,但又完全不在制度约束结构之内。部分案件中滥用职权、徇私枉法,原本系出于法官,但外部难以查知真实信息。一旦事发,临聘法官助理、书记员即被甩出来担责,实际责任者法官的责任消弭于无形。对背责的临聘人员,以解除合同、开除为处罚,向媒体公布。事情稍平息,为其推荐一个优质律所、公司法务工作,利益反而优化。

其三,部分法官和临时聘用人员建立了事实上的非预期通谋。部分临时聘用人员会在工作细节处以沙漏方式获取私利,对此,法官无力监控,或有意放任。这在帝制时期衙门构成下已有海量研究。帝制时期,地方官“不亲自治事,行政工作是掌握在幕僚(师爷、胥吏)之手。”^⑧瞿同祖细致描述了州县衙门中的四种佐助人员:书吏(含帖写)、衙役、长随、幕友。^⑨在功能对上,时下合同聘用制书记员和法官助理,与帝制时期州县衙门中的书吏和衙役相当。孔飞力使用了一个颇具贬义的意译“官府跑腿的”(government runners, ya-i),并评价说:作为地方上的跑腿,在别人看来地位不高,要干很多既令人厌又低人一等的地方上的杂务,比如送递传票,“他们薪俸微薄,不得不通过向同自己打交道的百姓讨取‘规矩钱’来过活。有些衙役甚至不在官府名册上,因为他们太穷,所以不得不作为编外人员而依附于人。他们根本没有薪俸,而只能在众人头上讨食。”^⑩

这造成了严重政治后果。康雍乾时期,总人口

翻了一倍以上,但并未相应扩大地方官僚机构,而是雇用了大量不在编的胥吏,“这批人工作繁重,但却很少被人看得起,他们通过直接向纳税农民收取费用及杂税来过活。这种制度为权力滥用打开了大门。”^⑪2016-2017年,有关部门选取了12个样本法院,合同制辅助人员在全院人员的占比,除东莞中院、绍兴越城法院分别为35.79%和37.35%之外,其余10个都在40%以上,其中东莞市第二法院占53.4%、成都武侯区法院占53.05%。^⑫大规模的临聘人员对于法院内部治理,提出了与帝制时代的胥吏现象同样的问题。

近年来,部分研究认为法院“案多人少”、法官“5+2”“白+黑”,导致法官大规模流失,因此必须提高法官待遇。但一次次减负增薪,都是落在法官身上;工作负担一次一次增加,是落在临时聘用法官助理和书记员肩上。时下,员额法官薪资大大超出同级党政干部,工作负担却大为减轻。作为临时聘用法官助理、书记员、法警,不是公务员,不在行政编制内,更不在中央政法编制内,收入微薄,作为编外人员依附于人,地位不高,做各种杂务。在自我评价和社会评价上,始终不高。如何走出孔飞力所描写的帝制中国时代曾出现的弊政,是员额制之后,制度再设计需面对的主题之一。

五、隐蔽的科层

临时聘用人员成为正式制度一部分后所带来的法官初始进入、干部构成形态变化、人员管理的复杂性等,只是一个方面。以美国为制度样板,通过“购买社会化服务的方式”施行合同制法官助理、聘任制书记员的方式,对于研究者希冀的去行政化,也不仅未消解,实际以另一种更隐蔽方式加深。

所谓去行政化,是“去官僚化”、去科层化的含蓄指代。实际所指,一是以个体主义的方式设计法官裁判,尽弃案件审批;二是减少位阶层级。

其一,对于前者,传统上中国法院,案件裁判的决定方式,大致是五种:(1)常规案件,承办人签发决定,工作方式是承办人带一两个助理和书记员;

(2)普通复杂案件,承办人提出意见,合议庭讨论;
(3)普通重大案件,承办人提出意见,提交庭长,庭长核准签发;(4)部分案件,承办人认为属于较重大、疑难、复杂案件,提出意见呈批,庭长亦只是复核,庭长转请主管院长签发;(5)部分案件,主管院长与院长会商后,认为属于“重大、疑难、复杂的”,提交审委会决定。

即使考虑到四级法院案件受理类型的差异,前两种方式,总体也占了法院案件的绝大多数。学界所谓的去行政化,其中一个内容是希望在所有案件中实现第一种、最多是第二种方式,即(1)法官一人决定,工作方式是法官带一两个助理和书记员,构成为“决定者—事务辅助者”;(2)对于重大、疑难、复杂案件,由合议庭成员或审判长联席会议决定,如同美国联邦最高法院由九位大法官集体会商参加的“九司会审”(en banc),构成为“决定者—承办者和辅助者”。

但是,细致拆解美国联邦最高法院的工作方式,发现中国法院传统上的裁判决定方式与美国联邦最高法院,只有称谓上的不同,并无结构差异。

在美国联邦最高法院,每个大法官都雇有法官助理、秘书、书记员,大量的具体工作,包括证据事实认定、法律查找、心证的得出、文书写作、裁判结论作出,实际都是辅助人员担当。作为局内人的波斯纳法官说:“无论联邦法官还是各州法官的大多数现代司法意见都是法官助理撰写的,法官只是这些司法意见的名义作者,就像‘荷马’是《伊利亚特》和《奥德赛》的名义作者一样。”波斯纳曾任布伦南大法官的助理,读了他的一些司法意见,印象深刻,后来才知道布伦南最好的司法意见都是他先前一位名叫丹尼斯·里昂斯的法官助理写的。^④这并非个案,而是制度常态。

从实际由法官助理操刀担纲决断的案件实际比例来看,美国联邦最高法院每年受理超过9000件申请调卷令和上诉申请的案件,这些案件由常青藤法学院初出茅庐的年轻助理们进行审核,给出建

议,剔除那些毫无价值的案件,最后只有70~80件能得到法院的充分注意。将联邦最高法院大法官的裁决视为“神喻”的99.1%案件当事人,实际连真神的尊荣都未看到就被盖棺论定。

在法官办案的组织构成上,有研究者对中国法院的承办人制度进行批评。究其原因,承办人制度出现,是因为不同人之间的思维不能在头脑中嫁接、粘贴、复制,不管多么复杂的大案都必须有一个人完整的具体阅卷、思考,提出意见,此即为承办人。中国台湾地区称为“受命法官”,简称“受命”。在美国联邦最高法院,承办人名义上即是判决书中代表法院发表意见的法官,实质上是法官助理。学界之所以提出中国法院的去行政化,其中一个原因是从“直接言辞原则”出发,批评中国法院的庭长、院长、审委会在没有亲历庭审,没有以言辞方式聆听当事人倾诉、阅读案卷,从而不可能有完整心证的片面条件下即作出裁判结论,“审者不判、判者不审”。这一批评实际的所指是承办人与决定者分离的机制。

将美国法官助理与法官的实际关系与中国法院比较,两者都是“决定者—事务辅助者”或“决定者—承办者和事务辅助者”的二元结构,只不过具体填充物不同,在中国是“庭长—承办法官”,或者“主管院长—承办法官”,或者“审判委员会—承办法官”,在美国联邦最高法院是“法官—法官助理”。而且,较之美国,在问责机制上,中国决定者与承办者还承担共同责任。^④

其二,对于去行政化目的第二个内容的消解科层,效仿美国建立的法官助理,亦未如研究者的期待,反而是一种改劣。之所以成为制度改劣,原因在于制度移植选择美国法官助理时,未注意到美国法官制度所由发生的体制死结,在中国都不构成困难。

第一,法官年龄。以2010年为计算节点,美国163位联邦上诉法院在任法官,平均年龄为62.2岁;632位在任联邦地区法院法官,平均年龄为59.9

岁。9位联邦最高法院大法官平均年龄为64岁。^⑫刚去世的金斯伯格女士87岁。历史上极负盛名的霍姆斯大法官60岁时被提名就任,91岁卸任。作为古稀、耄耋老人,这些法官或疾病缠身,或年迈精力严重不济,开庭即打瞌睡。^⑬实际一切工作只好仰仗助理。

中国法院的外部制度供给状况与美国完全不同。在中国,20世纪80年代以来推行干部年轻化,1979—2018年法院组织法规规定担任法官的年龄为23岁。作为副部级的院长、最高院副院长最高任职年龄为63岁;正部级的最高院常务副院长为65岁。其他厅局级以下法官达最高任职年龄60岁退休,副处级以下的女法官55岁退休。2017年最高院首批367名员额法官,平均法律工作经历22年,平均年龄47岁。2016年,北京市三级法院2363名员额法官,平均任职年龄11.9年,平均年龄只有40.6岁。^⑭因此,在身体政治上,两个制度体系内容完全不同。

第二,政体无奈。美国联邦法院法官助理制度,主要是因美国政体束限所滋生出来的无奈之物。法官数量,在其他政体下,只是一个编制构成多少的行政事务。在美国,联邦法官尤其是联邦最高法院编制的变化,是一个重大政治问题,是意图支配联邦最高法院和美国政治各势力之间一个生死较量场地。美国三个分支中,总统任期四年,最多连任两届,参议员六年,众议员两年。联邦法官没有任期限制,因此所有总统都希望尽可能将自己的政治知己和同一个战壕里的战友,任命到这个不受任期限制的岗位,以期待在自己身后,还能继续将自己的利益贯彻下去。因此,在利益高度多元化、多样化的美国,联邦法官任命,遂演化成需要各种政治代理人“大炮上刺刀”的厮杀。对于政治任命者而言,对自己能掌控的人事任命,历来都秉承一个原则:人选必须与自己立场一致,不换思想就换人。因此,在谁的总统任期内增加或减少联邦法官数量,就能改变时下和未来很长一段时期

法院的意识形态。

由此,联邦最高法院一人增减,在美国都是重大政治震动。1790年美国联邦最高法院初始成立时法官数量为6人,1807年增加到7人。杰斐逊派的共和党人取消联邦党人1801年通过缩减大法官人数的法律,是第一次试图影响联邦最高法院。麦迪逊、门罗、亚当斯当政时,都曾表示:国土面积扩充后,需增加联邦最高法院规模,但国会一直拒绝答应。直到1837年,才增加至9人。内战期间的1863年,大法官数量增至10人,直接理由是在西部建立了第十个巡回区,这让林肯获得了第四次任命大法官的机会,让亲联邦大法官占据多数。1866年,反对安德鲁·约翰逊总统重建政策的势力,将联邦最高法院大法官从10人减到7人。1871年,当格兰特当选总统后,国会才又将联邦最高法院大法官人数恢复为先前的9人。^⑮1937年罗斯福面对不配合“新政”中心工作的联邦最高法院,提出人事重组计划,试图将9人增加到15人,未果。^⑯

增减一人,对各政治派系的资源损耗既然如此之大,面对案件增长,确实需要增加办案人员时,只好另寻他路。方式有四。(1)将更多工作内容抛给律师,以“谁主张权利谁提供证据”为根据,对此负担转移进行合法化。(2)采用鸵鸟战术,将大量案件推之门外不予受理。如前述,每年超过9000件申请调卷令和上诉的案件,仅受理不到80件。(3)允许各种变通。时下美国刑事案件,超过90%通过辩诉交易进行^⑰,内在因果关系之一即是法官供给严重不足。^⑱(4)由平行增补转而改用纵向续加,这即催生了作为临时雇员的法官助理创出。

由上可见,除了法官多年迈,精力不济之外,二百多年来以单个计数进行法官增减较量的司法政治所导致的数量“不及”是法官助理产生的另一个重大原因。而在中国法官数量供给只是一个行政性事务,从来不构成美国式的政治主题,反而是法院始终呼吁“案多人少”要求增编导致实际办案的法官数量增长过度,从而“过犹不及”。之所以在

法官高龄、体制无奈之下,美国联邦法院选择了合同制法官助理、书记员、秘书,是北美殖民地的法律人依循了先前宗主国的律师体制而表现出的路径依赖。

在联邦最高法院,如哈伦(Harlan)大法官所说:九个大法官就是九个律师事务所。^④哈伦这种说法极为恰当,一方面,每个大法官,都如同一个律所合伙人,手下由法官助理(law clerk)和各种名义的法律助手(judicial adjuncts)及秘书等协助联邦大法官办案的辅助人员,类似于律师事务所。另一方面,许多大法官原本出身律师,律师长期养成的工作习性难以变化,将在律所工作时的方式带入。

大法官,不管是由联邦上诉法院位置被拔擢,还是州最高法院法官被提升,许多人法学院毕业后的初始职业是律师。在律所,先当助理,熬至合伙人,开始当老板。作为合伙人,主要事务是开拓案源,除了首次会见客户以及与客户交费进行博弈等事项需亲力亲为以外,其他事情,包括证据调查、案卷阅读、事实梳理、法律适用检索、出庭等,都由助理律师、律师助理担任。

浸润于这种制度已久,即成为一种身体惯习无法弃离,当作为律师被遴选为法官,已离不开这套自己必须仰赖的扶助工具,一切事务性工作亲力亲为,完全不适应。因此,法官助理、秘书、书记员、报告人等辅助人员即结构性生成。前述在州法院系统和联邦法院系统中第一个雇佣助理的霍瑞思·葛磊,其本人1849年从哈佛法学院毕业后,即在一个律所做助理,到1851年成为执业律师。^⑤30年后,葛磊到联邦最高法院当法官时,雇用法官助理的做法,只是复制了他在律所时的工作方式。时下,美国三级联邦法官的总数量为855人,在联邦上诉法院任职36年的波斯纳说:“大多数法官严重依赖助理,不仅是法律检索,而且是撰写法官的司法意见;实际上,如今还亲自撰写——有别于修改(有时修改甚多)法官助理的司法意见初稿——司法意见书联邦法官数量可能不超过10位。”^⑥

将美国联邦最高法院每个大法官称为一个律师事务所,这一类比,更是显明地指出了联邦最高法院的内部管理方式,与律所合伙人与被雇佣人员之间关系的一致。

美国法官体制的构造由律师业所塑造,而北美律师业经由宗主国英国,舶自中世纪欧洲的行会制度。西欧封建晚期,发育出皮革业、酿酒业、制鞋业等各种行会。行会将本行业设置为封闭的体系,手段之一是通过设置进入壁垒,维护既有利益者的独占精英地位。在内部身份地位上,划分了师傅、帮工、学徒的分层。^⑦在律师事务所内,名称更换为合伙人、助理律师、律师助理。但是,限制方式一样,即面对稀缺的案源,严格限制竞争,只有合伙人才能独立结案,其他人只能归于合伙人名下从事事务性工作。联邦法官的助理、秘书和各种事务辅助人员与法官的关系,与法官在律所工作时候雇用的助理律师、律师助理,具有同构关系。

由此所致,在联邦法院,每一个法官与自己的法官助理、秘书、书记员和各种服务于大法官的辅助人员,不是同事(peers),更不是政治上无贵贱之分的“革命同志”,而是法律服务市场上老板和雇工间的雇佣关系。法官助理、秘书、书记员由法官个人自己选用。早期,如律师合伙人一样,是法官自己掏腰包付酬劳给助理。虽然时下,人员经费由国会拨付,但这些法官助理、审判辅助者与法官,是个人人身依附关系,作为私人雇佣的劳动者,是法官个人的包衣、附庸。因为选谁、不选谁,是否续聘,具体的人选去留,全凭大法官个人好恶决定。^⑧因为身份限制,这些法官助理、秘书、报告人,永远不可能如员额制前中国政法编制的书记员、助审员一样,能清楚地看到、数着自己事业的台阶,会在不久的将来与现在的法官成为平起平坐者。

由上可见,在中国既不存在法官普遍高龄,更不存在法官数量任命争夺的政治较量,却移植美国联邦法院的临聘制度,这导致先前中国法院的内部管理形态被改变。

在中国法院,因人员数量多,需分层治理。传统法院管理方式下,同一审判庭的庭长—副庭长—普通审判员—助审员—书记员,上下虽有命令服从关系,只是基于群体管理所生发的一种内部层级梯次。由于所有人员都是中央政法编制内的国家干部,在人员资格上,彼此是“只有分工不同,并无高低贵贱之分”的“同事关系”。下对上,有相当的反向制约关系,具体表现如下。

(1)按照干部选任规定,庭长要向全庭述职,普通干部对于庭长进行评议,如果庭长做事严重不公,派驻纪检监察组和政治部收回的无记名测评表上,评议差,在提拔时,“群众公认度不高的,不得列为考察对象”。^⑤(2)一个审判庭是一个党支部,庭长担任党支部书记,根据“民主集中制原则”,许多事务要由党支部集体讨论。^⑥副庭长、审判员、助审员、书记员,如果是法院正式政法编制的党员,都平等参加党支部会议,有表决权。在无记名投票和接受党委组织部、本院政治部干部考察谈话、征求意见时,敢于表态、发声。(3)书记员,作为国家干部,是纳入中央政法编制的公务员,统一分配或招录进入法院,非基于庭长、审判员的个人雇佣,更不是某个法官的附庸。(4)审判庭内人员关系并非雇佣和被雇佣关系。对正式中央政法编制身份的书记员、助审员而言,他们心里清楚,自己随时间推移会一步步在台阶上晋升,一定会晋升到助审员、审判员,有足够实力并十分优秀,还会担任庭长、副院长。而老审判员、副庭长、庭长基于各种考虑,多会对年轻书记员、助审员保持一种同志式尊敬和“政治爱护”。(5)从普通干部、书记员职务,晋升到助审员、审判员、副庭长、庭长,往往在多个部门之间转换,在多个庭室岗位历练。究竟到哪一个庭室工作,主要由党组、政治部决定。提任助审员、审判员,由法院党组决定,书记员与任何一个法官、审判长都没有人身依附关系。

但是,引入美国的临时聘用法官助理,来试图去除中国法院的科层,(1)未将科层去除,只是转化

为美国形态,以隐蔽方式更牢固的存在;(2)不仅科层以隐蔽方式更顽固的存在,而且此前中国法院审判庭中“同事”形态的内部治理机制,在转化为美国形态后,也彻底崩解,尤其是“下制上”的反向制约关系消失。这样两个结果,实际导致法院内部治理改劣。

六、结语:改革再出发

员额制,改变了积久而成的法官实际规模膨胀的积弊,也改变了多年以来的一个观念方向。此前,一种控制性话语形态认为只有为法院增编、提升职级,才被认为是促进法治,只要法院减人、减编,就认为是法治虚无思想回潮。直到晚近以来,美国三级联邦法官总共八百多人的精英规模,为研究者周知,才改变了先前的观念。小规模、精英化,开始成为中国司法改革的新典范,2014年法院实行员额制的做法,也不再被批评。但是,美国联邦制二元司法结构。离开50个州庞大的三级法院系统,和根本不在正式法官之列的更加庞大的乡村、县镇治安法官的支撑,尤其是对案件事实认定一锤定音的陪审团,联邦法院时下的程序、运作方式和构造即不可能实现。以美国联邦最高法院内部构造为典范,为中国基层法院派出法庭、县区基层法院、中院、高院和最高院,进行齐一式内部功能组织设计,显示出对美国司法复杂性认识的不足。此外,美国联邦最高法院,作为联邦和州总共51套司法体系的复合主权制国家内的最高法院,其政治功能担当更与单一制国家内的中国四级法院具有极大不同。1960年,美国联邦上诉法院法官职位是68个,联邦地区法院法官是241个,2012年分别是179和667个,42年内分别增长了163%和177%。^⑦首席大法官数量不变。这也从法官员额角度,提示了仅在美国联邦司法三个层级所具有的复杂性。

本文以员额制叙事主题的发生、提出、应对为对象,立于后见位置进行评析,从而对于相关制度逻辑有一个完整的过程图式,对员额制之后新制度

变动,也更易获得一个清晰判断。

在员额制减编成效刚实现未久,有学者提出的方案是增设候补法官,代行法官职务。^⑤这一新对策为获得证成,在依据上诉诸候补中央委员制。这只是一语词上的比附,在制度内核上无实质性相似之处。因为司法之治,是与政治决断不同的两种治理制度。在政治上,设立各种候补机制,首先是基于政治安全考虑。如1945年8月,中共七届一中全会选举的五位中央书记处书记中的毛泽东、周恩来赴重庆谈判,为防不测,行前增选彭真、陈云两人为候补书记,与刘少奇、朱德、任弼时留守延安,以便“书记处还有五人开会”。^⑥候补中央委员制度,更是一种政治设置。(1)中央委员,由党的全国代表大会选举,出于代表广泛性考虑,选举中央委员的党的代表分布在全国各地,由此,召集一次大会成本巨大。(2)委员会制的核心内容是:一人一票;“中央委员会全体会议须有大多数中央委员出席,方得开会。中央委员会的决议,以到会委员的多数通过而成立。”^⑦过对同意的计算,以人数上的多数决,获得合法性。(3)为防止由于战争、病故及其他意外原因导致特殊条件下中央委员缺失过多,无法保证投票决定产生所要求的多数合法性,从而导致政治困局。因此,党代会召开时同时选举产生一批候补委员,一旦中央委员有缺,依序候补。所以中央委员按姓氏笔画排列,而中央候补委员按得票多少排列。相较之,法官是独任审判或个人承办、合议庭合议,不实行代表制,不实行委员会制。两者的牵强类比,立下可见。

类似做法,在域外虽在日本有判事补^⑧,但时下学界对此职位的规则、运作、实效、制度予境,都缺乏详细了解。反而是在中国司法体制下,即使不提清末捐纳购买候补道之腐化,仅由前文所述“员额制之前”,中央政法编制和“干部—工人”区分被抽空的过程(助审员→代审判员→审判长;工人→助审员),已经可见这一策论之弊害。助审员如果

以候补法官名义复归,那么2017年完成的员额制,即不再是一个制度改新。在具体的、细致的操作层面上,如何安排法官的初始产生,如何设定法官助理、书记员的编制成分和晋升梯次序列,应是法院内部改革再出发时的新目标。^⑨

注释:

①[古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第122页。

②[德]黑格尔:《法哲学原理或自然法和国家学纲要》,范扬等译,商务印书馆1961年版,第14页。

③罗书臻等:《从严选任高素质法官落实司法责任制改革——最高人民法院推进司法责任制等综合改革试点工作综述》,载《人民法院报》2017年7月4日第1版。

④[美]道格拉斯·凯尔纳等:《后现代理论——批评性的质疑》,张志斌译,中央编译出版社2001年版,第37、38页。

⑤《中共中央批转〈第八次全国人民司法工作会议纪要〉的通知》(中发[1978]32号),1978年6月12日。

⑥《中共中央批转〈广东、福建两省座谈会纪要〉的通知》(中发[1982]17号),1982年3月1日。

⑦《中共中央办公厅、国务院办公厅转发关于调整干部结构和政法部门增加编制两个文件的通知》(中办发[1987]18号),1987年11月3日。

⑧《中共中央国务院关于省、市、自治区党政机关机构改革若干问题的通知》(中发[1982]51号),1982年12月7日。

⑨《中共中央办公厅、国务院办公厅关于进一步加强机构编制管理工作的通知》(厅字[2002]7号),2002年8月30日。

⑩任建新:《政法工作五十年——任建新文选》,人民法院出版社2005年版,第168页。

⑪《彭真年谱》(第5卷),中央文献出版社2012年版,第211页。

⑫《最高人民法院印发〈关于加强人民法院基层建设的若干意见〉的通知》(法发[2000]17号),2000年8月13日。

⑬之所以支队长、政委、副支队长仍然由中央政法编制内的法院干部担任,原因在于:(1)刑事案件被告人需要从看守所押解到法院开庭,在庭审时需要值班,职责重要,不能完全交由临时聘用人员担当;(2)支队长、政委、副支队长是中层干部,这为普通法官的晋升,提供了职位,也为下派到县区法院院长、副院长提供了平台。

⑭《中共中央国务院关于各级干部参加体力劳动的决定》,载《中央政治局北戴河扩大会议文件汇集》(中发(58)764申),中央办公厅机要室印发,1958年9月20日,第66页。

⑮如江苏高院的《审判研究》,天津高院的《天津审判》,四川高院的《四川审判》等均为正式期刊。

⑯《北京高院院长慕平:5年流失500余法官》,载《新京报》2014年3月12日第A10版。

⑰《在共产国际第七次大会上——1935年8月2日至13日》,载《季米特洛夫文集》,解放社1950年9月版,第191、192页。

⑱中央组织部等《关于户籍、刑事、治安民警改为干部的通知》(1979年8月6日),人事部等《关于司法、交通民警改为干部的通知》(1980年12月31日)。

⑲劳动人事部关于制定《吸收录用干部问题的若干规定》的通知,1982年9月29日。

⑳《最高人民法院关于印发任建新副院长在全国法院工作会议上的讲话的通知》(法办发[1987]14号),1987年6月18日。

㉑中央组织部等《关于整顿“以工代干”问题的通知》(中组发[1983]2号),1983年2月12日。

㉒[德]韦伯:《中国的宗教》,康乐等译,广西师范大学出版社2004年版,第95、96页。

㉓《最高人民法院关于第二审法院的助审员可否担任合议庭的审判长问题的复函》,1957年8月22日。

㉔《最高人民法院关于助审员可否作为合议庭成员并担任审判长问题的批复》,1983年5月25日。

㉕[美]罗杰·H.戴维森等:《美国国会:代议政治与议员行为》,刁大明译,社会科学文献出版社2016年版,第398、

458页。

㉖《最高人民法院关于人民法院事业单位的工作人员能否任命或提请任命法官职务的批复》(法[2002]4号),2002年1月17日。

㉗《职位分类与干部管理体制》,载《王沪宁集——比较·超越》,黑龙江教育出版社1989年版,第89页。

㉘《深化干部人事制度改革纲要》的通知(中办发[2000]15号),2000年6月23日。

㉙从历史的因果性出发,本文仅略述员额制之前的一些技术。

㉚Todd C. Peppers, *Courtiers of the Marble Palace: The Rise and Influence of the Supreme Court Law Clerk*, Stanford University Press, 2006, pp. 43-45.

㉛[美]理查德·波斯纳:《波斯纳法官司法反思录》,苏力译,北京大学出版社2014年版,第47、48页。

㉜《杨尚昆回忆录》,中央文献出版社2001年版,第103页;《郭化若回忆录》,军事科学出版社1995年版,第145页。

㉝《中国共产党红军第四军第九次代表大会决议案》(1929年12月),载《中共中央文件选集(五)》,中共中央党校出版社1990年版,第810页。

㉞李烈主编:《贺龙年谱》,人民出版社1996年版,第522-579页。

㉟[德]韦伯:《经济与历史;支配的类型》,康乐等译,广西师范大学出版社2004年版,第166页。

㊱瞿同祖:《清代地方政府》,晏锋等译,法律出版社2003年版,第65-191页。

㊲[美]孔飞力:《叫魂:1768年中国妖术大恐慌》,陈兼等译,上海三联书店2014年版,第19、20页。

㊳[美]孔飞力:《中国现代国家的起源》,陈兼等译,生活·读生·新知三联书店2013年,第21、22页。

㊴最高人民法院司法改革领导小组办公室:《新时代深化司法体制综合配套改革前沿问题研究》,人民法院出版社2018年版,第260、261页。

㊵[美]理查德·波斯纳:《各行其是:法学与司法》,苏力、邱

遥堃译,中国政法大学出版社2017年版,第35页;[美]理查德·波斯纳:《波斯纳法官司法反思录》,苏力译,北京大学出版社2014年版,第11、28页。

⑪《天津市审判业务文件及办案规范汇编(1992-1996.8)》,天津市高级人民研究室编,1996年8月,第19-26页。

⑫[美]李·爱泼斯坦等:《法官如何行为:理性选择的理论和经验研究》,黄韬译,法律出版社2017年版,第355页。

⑬ Bob Woodward & Scott Armstrong: *The brethren inside the Supreme Court*, Simon and Schuster a Division of Gulf & Western Corporation, 1979, p. 391.

⑭北京高院院长杨万明:《北京市高级人民法院工作报告——2017年1月18日在北京市第十四届人大第五次会议上》。

⑮ David M. O' Brien, *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, 11th edition, W. W. Norton & Company, Inc., 2017, pp. 158, 348.

⑯ William E. Leuchtenburg, *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, Oxford University Press, 1995, pp. 82-162, 213-236.

⑰[美]罗伯特·麦克洛斯基:《美国最高法院》,任东来等译,中国政法大学出版社2005年版,第190页。

⑱[美]乔治·费希尔:《辩诉交易的胜利——美国辩诉交易史》,郭志媛译,中国政法大学出版社2012年版,第173页。

⑲ David M. O' Brien, *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, W. W. Norton & Company, Inc., 11th edition, 2017, p. 130.

⑳ The Supreme Court Justices: *Illustrated Biographies*, 1789-

1993, edited by Clare Cushman, *Congressional Quarterly* 1993, p. 233.

㉑[美]理查德·波斯纳:《各行其是:法学与司法》,苏力、邱遥堃译,中国政法大学出版社2017年版,第3页。

㉒[美]罗伯特·达恩顿:《屠猫狂欢》,吕健忠译,商务印书馆2016年版,第94-110页。

㉓[美]杰弗瑞·A. 西格尔等:《美国司法体系中的最高法院》,刘哲玮译,北京大学出版社2011年版,第233页。

㉔《党政干部选拔任用工作条例》(2002年7月9日),第24条。

㉕王冬香:《刑事简易程序审判改革历程——刑事独任法官手记》,中国人民公安大学出版社2007年版,第229页。

㉖[美]理查德·波斯纳:《波斯纳法官司法反思录》,苏力译,北京大学出版社2014年版,第46页。

㉗《坚持问题导向目标导向吸收司法改革最新成果》,载《人民法院报》2017年4月29日第2版。

㉘中央文献研究室:《陈云传》(上),中央文献出版社2005年,第402页。

㉙《扩大的中央第六次全会关于中央委员会工作规则与纪律的决定》(1938年11月6日通过),载中央书记处编:《六大以来——党内秘密文件》(下),人民出版社1981年版,第206页。

㉚[日]松尾浩也:《日本刑事诉讼法》(上),丁相顺译,中国人民大学出版社2005年版,第35、36页。

㉛“五五纲要”对法官招录、法官助理、聘用制书记员管理等提出了新的要求。《人民法院第五个五年改革纲要(2019-2023)》,法发[2019]8号,2019年2月27日。