

關於構建中國兼職法官制度的思考

崔拓寰*

中國的民事訴訟制度及法官制度存在的一些問題長期無法得到圓滿解決，中國的司法不能完全滿足人民群眾日益增長的司法需求，民事裁判在國際社會認可度不高，在一定程度上影響了人民群眾接近和利用司法。這種現狀促使我們從理論和制度的層面來反思中國法官及訴訟制度存在的內在缺陷。筆者從仲裁和陪審制度對於民事訴訟的啟示進行分析，立足於中國國情並借鑑國外的成功經驗，認為在中國設立兼職法官制度¹是必要的，也是可行的。

一、中國司法的現狀呼喚制度創新

(一) 中國法官群體的整體現狀

儘管中國法治在較短的時間內取得了長足的進步，然而中國的司法狀況與法治發達國家的水平相比，與人民群眾對司法越來越高的期待，仍存在相當大的差距。1999年，一位前最高人民法院大法官撰文，認為當時中國法官的現狀是：數量多，素質差，權力小，待遇薄，地位低。²筆者覺得他的論斷至今尚未完全過時。在法官員額制實行之前，中國法官人數超過21萬人，在司法改革後約為12萬名，數量為世界之最。³中國的法官主要來源於考入法院的公務員，或者調入法院的社會人員，還有一小部分是歷史遺留下來的復轉軍人，這些法官在擔任法官職務之前少有從事其他法律工作特別是律師工作、檢察院工作、法律教學、法學研究工作的經歷。在學歷方面，《中華人民共和國法官法》第9條規定，法官任職最低學歷條件為本科，擔任法官之前應具有的法律工作經歷，根據學歷及任職法院級別的不同分別為1-3年。⁴《中華人民共和國憲法》第126條規定，“人民法院依照法律規定獨立行使審判權，不受行政機關、社會團體和個人的干涉”。中國法律規定法院獨立審判，法律並不承認法官獨立審判。法官的待遇等同於當地相同級別的公務員，法官的晉升比較緩慢，部分欠發達地區的法官待遇相當微薄。

(二) 行政化的法院管理體制

法院的內部管理行政化，法院以黨組為中心進行內部重大事項的決策和法院管理，在縱向實行院長、庭室兩級管理或院長、一級庭室、庭室內設二級科室的三級管理⁵的行政領導體制。院長、庭長是當然的法官，如果他們參加合議庭則擔任審判長。⁶

* 澳門科技大學法學院博士研究生、廣東省珠海市中級人民法院法官

(三) 部分法院案多人少、法官斷層及法官流失問題突出

在大城市法院和東部沿海地區的法院，尤其是基層法院，案多人少矛盾突出，法官工作壓力大。而在部分中西部地區法院，法官斷層問題凸顯。法院並沒有成為法學人才聚集的高地。近年來，法官流失問題在部分地區比較嚴重。

(四) 職業倦怠的法官和質量有待提高的司法供給

職業倦怠是身處職場的人群出現的一種集情緒疲憊、工作冷漠以及無成就感於一體的綜合症候。在中國，法官離職行為的普遍化、法官心理狀況明顯不如普通人群等，可以說明中國法官群體存在較高水平的職業倦怠。⁷ 法官的職業倦怠主要可能來自以下原因：一是案件壓力過大，大部分地區存在案多人少的矛盾，加上全世界少有的相當剛性的審限制度的約束，不少法院的法官忙於結案，往往沒有足夠的時間和精力用於每一個案件的研究和思考，沒有更多時間去做當事人的思想工作；二是目前司法環境不理想，來自當事人和社會的壓力讓法官身心疲憊；三是在行政化的領導體制下，在法院科層體系中，普通審判員是屈居於院長、副院長、庭長、副庭長之下的“五字輩”幹部；四是法官很少在不同法院之間流動，甚至部分法院的法官很少在本院審判部門之間交流⁸；五是法官的薪酬和社會地位都不高；六是法官晉升空間有限；七是創造性司法在中國存在一定職業風險，按部就班、循規蹈矩更有利於法官在體制內的生存和發展。學者指出，法治理念水平、對法治建設前景的信心、實際工作法治化程度等因素對法治工作者的職業倦怠影響顯著。降低體制內法治工作者職業倦怠關鍵在於消除導致該群體認知失調或心理落差的結構性因素，具體措施包括創建符合法治原則的職業環境(如減少行政干預、尊重法治、尊重法治工作者專業自主性及保證司法獨立性)。⁹

(五) 社會認可度不高的司法

中國司法威信不高。從國內角度考察，法院在中國黨政機關面前位卑權輕，民眾對於司法和法官的尊重程度與法治發達國家存在相當大的差距；從國際角度考察，中國法院作出的民事判決在絕大部分發達國家和地區得不到認可和執行，大部分法治發達國家與中國沒有引渡條約。根據《承認及執行外國仲裁裁決公約》(下稱《紐約公約》)，中國仲裁機構的裁決能在《紐約公約》成員國境內得到認可和執行。然而中國法院的裁決國際認可度不高，與中國的綜合國力和國際地位不太相稱，不利於中國公民和法人合法權益的保護，不能很好地適應“一帶一路”建設的需求。

二、仲裁制度對於訴訟制度及法官制度的啟示

一般認為，仲裁具有自願性、公正性、及時性、一裁終局、經濟性、保密性等特點，仲裁裁決對當事人均有約束力。仲裁與訴訟相比較，具有鮮明的特點：其一，充分尊重當事人意思自治，《中華人民共和國仲裁法》第4條明確規定，“當事人採用仲裁方式解決糾紛，應當雙方自願，達成仲裁協定。”仲裁採自願原則，包括自願決定採用仲裁方式解決爭議、自願決定解決爭議的事項、選擇仲裁機構以及在仲裁員名冊中選擇仲裁員。其二，裁決具有法律效力並且可以在《紐約公約》成員國強制執行，《仲裁法》第62條規定，“當事人應當履行裁決。一方當事人不履行的，另一方當事人可以依

照民事訴訟法的有關規定向人民法院申請執行。受申請的人民法院應當執行。”涉外仲裁的裁決，只要被請求執行方所在國是《紐約公約》的締約國或是成員國，如果當事人向被執行人所在國的法院申請強制執行，該法院就得依其國內法予以強制執行。其三，一裁終局，即裁決一旦作出即發生法律效力，當事人對仲裁裁決不服不可以就同一糾紛再向仲裁委員會申請複議或向法院起訴，仲裁也沒有二審、再審等程序。其四，不公開審理，《仲裁法》第 40 條規定：“仲裁不公開進行。”不公開審理可以防止洩露當事人不願公開的商業秘密。仲裁從庭審到裁決結果的秘密性，使當事人的商業信譽不受影響，也使當事人在感情上容易接受，有利於日後繼續經濟往來。其五，仲裁獨立、公平、公正，仲裁是由仲裁庭獨立進行，仲裁委員會聘請的仲裁員都是有相當名望的專家，由專家斷案更有權威。其六，擔任仲裁員任職條件較高，《仲裁法》第 13 條規定，“仲裁委員會應當從公道正派的人員中聘任仲裁員。仲裁員應當符合下列條件之一：(一)通過國家統一法律職業資格考試取得法律職業資格，從事仲裁工作滿八年的；(二)從事律師工作滿八年的；(三)曾任法官滿八年的；(四)從事法律研究、教學工作並具有高級職稱的；(五)具有法律知識、從事經濟貿易等專業工作並具有高級職稱或者具有同等專業水平的。”《中華人民共和國法官法》第 9 條規定的法官任職的學歷和資歷條件為：“高等院校法律專業本科畢業或者高等院校非法律專業本科畢業具有法律專業知識，從事法律工作滿二年，其中擔任高級人民法院、最高人民法院法官，應當從事法律工作滿三年；獲得法律專業碩士學位、博士學位或者非法律專業碩士學位、博士學位具有法律專業知識，從事法律工作滿一年，其中擔任高級人民法院、最高人民法院法官，應當從事法律工作滿二年。……適用第一款第六項規定的學歷條件確有困難的地方，經最高人民法院審核確定，在一定期限內，可以將擔任法官的學歷條件放寬為高等院校法律專業專科畢業。”中國目前法律規定的仲裁員的任職條件比法官高。

三、陪審制度的啟示：陪審的優勢和不足

(一) 陪審制度的優勢

《對〈中華人民共和國人民陪審員法(草案)〉的說明》中稱：“制定一部專門的人民陪審員法，有利於擴大司法領域的人民民主，切實保障人民群眾對審判工作的知情權、參與權、監督權，更好地體現人民當家作主；有利於弘揚社會主義核心價值觀和法治精神，促進全民守法、營造依法治國的濃厚氛圍；有利於架起人民法院與人民群眾的溝通橋樑，形成法官和人民陪審員的優勢互補，實現司法專業化判斷與群眾對公正認知的有機統一，讓人民群眾在每一個司法案件中感受到公平正義。”¹⁰ 以上表述從宏觀和政治的角度總結了陪審制度的意義。陪審制度主要有政治功能、司法功能和社會功能，其中政治功能是根本性的，司法功能則是延伸性的次要功能。¹¹

從微觀的、技術的和學術的角度分析，在中國，陪審制度至少有下列優勢：其一，陪審員的民眾知識與法官司法專業知識具有優勢互補的作用。互補作用集中體現上實體法規則的適用解釋中。¹² 法官在長期的辦案實踐中，可能傾向於運用與先前經驗最一致的方式對證據進行闡釋，可能形成職業性的“司法偏見”，以專業權威來回應和壓制民眾知識。¹³ 陪審員豐富的社會知識和閱歷可以幫助法官彌補生活經驗和知識的不足。其二，陪審制度具有監督法官的作用，有利於防止司法腐敗，提高司法公正。其三，陪審制度有利於化解和轉移司法風險，吸引不滿，保護司法決策者，例如英美法系部

分國家實行一案一個陪審團，對於爭議很大的案件，通過陪審團定罪就塵埃落定，即使有關方面不滿意也無法更改。陪審制度有利於樹立司法權威，有利於保護作出判決的司法決策者不受追究。¹⁴ 正如學者指出：“程序既保護當事人的權利，也保護決定者的權利”。¹⁵

(二) 陪審制的不足

陪審制的不足主要有三方面：其一，人民陪審員制度不是解決“案多人少”的手段。由於部分基層法院讓陪審員參與組成合議庭，在形式上符合法律要求，陪審員不起實質作用，一些地方法院一度將陪審員參審率作為法院的考評項目之一。這些做法對人民陪審員參審的有效性造成巨大損害。¹⁶ 其二，陪審制度是一項昂貴的事業，容易給有限的司法資源帶來極大的壓力。其三，陪審員參與審判的有效性與審判效率和審判成本始終存在矛盾，因此陪審制適用的案件範圍受到很大的限制。在西方國家，陪審一般僅適用於重大刑事案件，或者特殊類型的民事案件。中國學術界也有不少專家學者認為應進一步限制案件適用範圍，主張僅適用於重大刑事案件，如民事案件適用應嚴格限制適用範圍。¹⁷ 《中華人民共和國人民陪審員法》對陪審員的案件參審範圍作了規定。該法第15條規定，具有下列情形之一的第一審刑事、民事、行政案件，可以適用陪審制：涉及群體利益、公共利益的；人民群眾廣泛關注的或者其他社會影響較大的；案情複雜或者有其他情形，需要由人民陪審員參加審判的。第16條規定，7人合議庭的案件參審範圍為四類案件：可能判處十年以上有期徒刑、無期徒刑、死刑，社會影響重大的刑事案件；根據民事訴訟法、行政訴訟法提起的公益訴訟案件；涉及徵地拆遷、生態環境保護、食品藥品安全，社會影響重大的案件；其他社會影響重大的案件。一般而言，陪審員不是法律專家，對於複雜案件適用法律方面存在法律知識和司法經驗方面的實際困難。陪審員僅僅參與審理事實問題不再參與審理法律問題，是實現陪審員參與司法有效性的必然要求。事實審與法律審的區分在大陸法系國家和英美法系國家已是通例。《人民陪審員法》規定，陪審員參加的3人合議庭與7人合議庭的評議規則不同：人民陪審員參加3人合議庭審判案件，對事實認定、法律適用，獨立發表意見，行使表決權。人民陪審員參加7人合議庭審判案件，對事實認定，獨立發表意見，並與法官共同表決；對法律適用，可以發表意見，但不參加表決。

(三) 為何在陪審制之外要設立兼職法官制度

陪審制之外要設立兼職法官制度的原因有：其一，陪審員不具備專業法律知識，無法就法律適用問題發表有效的意見。強調以司法民主和公眾參與為核心的人民陪審員制度與司法的高度職業化、專業化需求之間存在根本矛盾。¹⁸ “與其說是平民監督法官，毋寧說是法官指導平民。”¹⁹ 兼職法官來源於法學教授、律師、退休法官或者其他法律工作者，專業上具有優勢，能夠獨立行使法官職權。其二，陪審制度成本高昂，兼職法官參與審判的成本比陪審員參審成本低，兼職法官參審有效性比陪審員高。其三，陪審員的案件參審範圍有很大限制，不少國家，民事案件很少採用陪審制，商事案件基本不採用陪審制。而兼職法官作為法律專家，多用於處理法律技術性比較強的民商事案件。其四，陪審制度過於公開，不利於保護商業秘密和個人隱私。其五，陪審員不能承辦案件，更不能擔任審判長。而兼職法官作為法律專家，可以獨立承辦案件並擔任審判長。其六，陪審主要體現司法民主，而兼職法官主要體現司法專業化，價值取向不同。而絕大部分商事案件的技術性比較強，陪審員參審審判的有效性差，兼職法官是法律專家，辦理技術性強的案件可以發揮其特長。其七，陪審員參加陪審需要

具有廣泛性和代表性，陪審員的參審數一般設定有上限。在很多國家，隨機選中的陪審員多年甚至終生只參加一次陪審；為了有效防止“駐庭陪審員”、“編外法官”的出現，《人民陪審員法》第 24 條規定，“人民法院應當結合本轄區實際情況，合理確定每名人民陪審員年度參加審判案件的數量上限，並向社會公告”。兼職法官是法律專家，兼職法官參與審判一般由當事人自願選定，且兼職法官的任職條件比職業法官更高，兼職法官多辦理一些商事案件對公正並無損害，故少數優秀的兼職法官可能成為“駐庭法官”或“編外法官”。

四、設立兼職法官制度的必要性和可行性

(一) 設立兼職法官制度的必要性

第一，有利於緩解部分法院案多人少的矛盾。中國大城市和沿海發達地區的法院，案多人少矛盾突出。如果有相當數量的高素質的兼職法官辦案，無疑會大大增強審判力量，提高審判質量和效率。

第二，有利於在全國範圍內調劑法官，兼職法官將成為審判力量的蓄水池。由於中國經濟社會發展不平衡，每家基層法院轄區人口和經濟發展程度差距巨大。以 2017 年上半年為例，有 143 個基層法院收案超過 10,000 件(其中收案最多的北京市朝陽區法院和上海市浦東新區法院均超過 70,000 件)，440 家基層法院在 5,000-10,000 件之間，543 家在 3,000-5,000 件之間，有些法院收案不到 1,000 件，全國範圍內的案件分佈並不均衡。²⁰ 審判資源如何調劑使用，如何切實解決不同法院間人案不匹配、忙閑不均等問題值得研究，但也有部分法院每年受理案件只有幾百件。

第三，有利於克服法官本地化。中國實行職業法官制度，法官都是專職的。法官隸屬於一家法院，大部分法官長期在一家法院工作，法官在法院之間的交流尚未形成制度。在部分中西部地區的基層法院和中級法院，法官大部分都是本地人，長期在本地成長和生活。法官與當地社會存在千絲萬縷的關係，從司法環境方面而言，法官與當地社會聯繫過於密切固然有利於法官瞭解社情民意，但也有可能在一定程度上影響法官審判案件應當持有的中立和超脫地位，對法官公正獨立地處理案件造成一定的不利影響。而兼職法官主要來源於外地，至少是外單位，另外可以考慮為兼職設置一定的任期，可以在制度層面很大程度上避免法官的地方化。

第四，有利於彌補法官知識和經驗的不足，為部分專業性很強的案件、新類型案件、數量不多審判經驗不足的小眾案件，提供專業的適合承擔審判任務的法官。如破產案件、知識產權案件、證券案件、涉外民商事案件等，在大部分欠發達地區上述類型案件數量較少。受案法院可能沒有足夠的精通此類案件審判的法官。如最高人民法院對知識產權案件、涉外商事案件和證券虛假陳述侵權案件等新類型案件實施集中管轄制度，就表明最高人民法院認識到並非所有的法院都具備足夠的審判力量來處理好此類新類型案件。為了保證審判質量，統一審判尺度，最高人民法院將此類案件集中到案件數量較多、審判經驗較豐富、審判力量較強、級別較高的法院，尤其是省、自治區人民政府所在地的市、計劃單列市、經濟特區所在地的市中級人民法院管轄。國家專門成立北京、上海、廣州知識產權法院集中管轄有關地區的知識產權案件。

第五，有利於法官來源的多元化和開放化，讓當事人自由選擇法官成為可能。近年，中國有 3,618 家法院，截至 2017 年 10 月，全國遴選產生員額法官 120,138 名，全國平均一家法院約有員額法官 33

名。²¹ 由於法院內部按照審判專業分工設置不同的審判庭，具體到某一類案件，在一家法院內部可以選擇的專職法官更少。²² 兼職法官制度實施後，一個地區可以選擇的兼職法官可能達到數千人甚至上萬人，可供選擇的法官將數量成百倍的增加；另外，兼職法官來源的多樣化和開放性，一家法院擁有數量較多的且具有各種專業背景和職業經歷的兼職法官，就為當事人自主選擇其信任的法官提供了可能。在中國，規模比較大的仲裁委員會擁有以數百乃至上千人仲裁員是很常見的。²³ 如前所述，中國平均一家法院約有員額法官 33 名，一家基層法院的法官一般很少能超過 50 人，甚至個別規模較小的基層法院法官數量不足 20 人。具體到某一家法院，對於審理某一類新類型案件，出現審判力量不足是常事。受制於國家財力所限以及法官精英化的要求²⁴，大規模地增加法官，既與國際上法官的精英化趨勢不符，也與中國法官員額制的改革初衷背道而馳。在全國範圍內，大規模地增加法官既不現實也沒必要，當然不排除個別地區增加法官或者新設知識產權法院、家事法院、行政法院等專門法院的可能，因此在全國甚至全世界範圍內調配法律人力資源為法院所用²⁵就有現實必要性和可能性。

第六，有利於法院的去行政化、去科層化和去官僚化，增強法院的服務意識和專業意識。專職法官需要長期在本單位發展，在現有司法環境及法院科層化體制下，法官職務越高，他的薪酬待遇、福利待遇和社會地位就越高，獲得的實際利益和符號利益也越多，職業尊榮感也將相應增加，因此，大部分專職法官都將職務晉升作為職業理想。專職法官為了其職務晉升和自身發展，在審判時就不可能完全不顧忌和考慮當地黨政領導、上級法院以及本院院長、庭長甚至同事的意見。然而，法官審判時如果過多考慮各種人情世故，可能影響其獨立公正地審判。嚴格科層化的法院建制，有礙於上下級法院之間的獨立。法院內部的組織結構嚴格科層化，應然的法官獨立被科層化管理層層稀釋，法官在實踐中變得惟命是從，失去獨立性。²⁶ 兼職法官在其兼職的法院基本沒有晉升的空間，兼職法官另有工作單位，甚至已經功成名就，他一般也不會謀求在兼職法院的仕途發展，因此可以比專職法官更加公正、中立、獨立地審理案件，最大限度地減少來自法院外部和法院內部上級領導對於案件的干預，從而為將來法院減少甚至取消副院長和庭長的設置創造條件，為法院審判委員會減少案件討論數量創造條件。如果案件質量能夠得到保證，審判效率得以提高，法院應當承擔的政治責任和社會責任得到很好的承擔，那麼法院設置眾多的副院長和庭長，對於審判工作是否確有必要就值得重新審視。

第七，有利於法官員額制的推行。隨着法官員額制的推行，專職法官數量將比原來更加精減，如周強院長的報告所稱，全國法院從原來的 211,990 名法官中遴選產生 120,138 名員額法官，而全國法院受理的案件數量逐年增多，同時法官數量減少到原來的 56.68%，即使按照全國受理案件數不變來計算，平均每一名法官審理的案件將是原來的 1.76 倍。在部分案件數量大的基層和中級法院，案多人少和審判力量不足的問題將更加嚴峻。

第八，有利於人民法院培養和儲備審判人才，為法官隊伍注入源頭活水。由於法院的書記員主要是合同制的，在實行法官員額制及相關法律修改後，助理審判員可能不再任命²⁷，審判員的來源和養成，就成為一個值得從理論上和實踐上認真研究的關係到司法事業全局和社會長治久安的重大戰略問題。按照目前有關方面的方案設計，法官主要從法官助理、下級法院法官和律師、法學研究人員等社會法律人才中選任。這些方案在中國是否可行，效果如何，需要將來的實踐來檢驗。首先，來自法院系統之外的法律人才，是否真正熱愛和適合審判工作，需要在辦案當中考察，讓法院和法官候選人有一個相互瞭解、雙向選擇的機會；其次，審判經驗的積累也需要案件的歷練；再次，在當前法官的地位不高、待遇不是很理想、法官工作辛苦而平凡的大環境下，法官職業依然屬於一個要求“特別能吃

苦、特別能戰鬥”的職業，是需要用法治情懷和奉獻精神來堅守的職業。²⁸ 因此，如果讓有志於從事法官職業的法官候選人先做一段時間兼職法官，讓其親身體會擔任法官的酸甜苦辣，法院也從候選人辦案過程中對其進行考察，從而選擇優秀的適合擔任法官的人選，可以增加擬引進擔任法官的人員與法官崗位的匹配度，減少法院選人不當的風險。

第九，有利於拓寬人民群眾有序參與司法的渠道，制約專職法官權力，防止司法專橫，實現司法民主。

第十，有利於保障當事人的程序選擇權，更在利於中國司法實現程序正義乃至實質正義。當事人可以選擇本法院以外的兼職法官(不少兼職法官還是來自學者、律師等政法體制之外的專家)來審判案件，給當事人增加了除了專職法官、陪審員以外的第三種選擇。

第十一，有利於中國法官制度的完善。在專職法官之外有兼職法官，豐富了中國法官的來源和用工形式，有利於優化法官整體的知識結構，改善法官思維方式。

(二) 設立兼職法官制度的可行性

首先，法律人才儲備充裕。經過法學教育多年的發展，培養了一大批法律人才；經過 2002 年以來國家舉行的 16 年司法考試的選拔，在全國範圍內而言，法律人才的儲備比較充裕。

第二，推行兼職法官制度無需作大的法律修改，只需要局部修改人民法院組織法、法官法和民事訴訟法。

第三，有境外兼職法官制度的可供借鑑和參考。英國、美國、新加坡、德國、香港特區等境外的兼職法官制度具有悠久的歷史和良好的運作，中國根據具體國情和實際需要，對境外相關制度予以借鑑和改造具有現實可行性。

以香港特區為例，香港的兼職法官包括任職於香港終審法院的非常任法官、任職於香港高等法院原訟法庭的特委法官以及任職於香港高等法院原訟法庭和區域法院的暫委法官。終審法院 1997 年引入非常任法官制度。終審法院非常任法官包括香港非常任法官和獲委任的其他普通法地區法官。截至 2018 年 2 月 28 日，終審法院共有 15 名非常任法官，其中包括香港非常任法官 3 名和其他普通法地區法官 12 名。²⁹《香港終審法院條例》對非常任法官的任職資格、選任程序、工作機制、執業禁止、任期和免職作了詳細規定。特委法官和暫委法官作為兼職法官，活躍在司法審判一線，承擔着多種類型的審判工作，是法院從律師和其他法律行業從業人員中遴選法官的重要來源。特委法官和暫委法官制度，在紓解香港法院案件候審時間過長問題和構建法律共同體內部流動方面發揮了重要作用。³⁰

第四，中國人民陪審員制度比較成熟。在借鑑國際經驗和立足中國國情的基礎之上，中國於 2018 年 4 月頒佈了《人民陪審員法》。

第五，中國的司法改革具有現實需求。一是司法改革大背景下法院人力資源緊張需要加強審判力量；二是法院的去行政化改革由於各種原因多年未能取得突破性進展。

第六，從法院系統外部遴選法官已經制度化並有一定的經驗積累。實踐中，法官借調到其他法院，或者到其他法院掛職，已有成例。近年，法官與法學教育或研究人員的交流掛職，以及從律師和法學教育或研究人員中選拔法官制度的推行，為法院從系統之外遴選法官積累了經驗。

五、關於兼職法官制度構建的路徑思考

(一) 關於兼職法官的任職條件和來源

首先，必須符合現行法官法規定的法官任職條件。《中華人民共和國法官法(修訂草案)》第14條規定，“人民法院可以從律師、法學專家等從事法律職業的人員中公開選拔法官。除應具備法官任職條件並取得法律職業資格外，參加公開選拔的律師應當實際執業不少於五年，從業聲譽良好；參加公開選拔的法學專家應具有講師及以上職稱，從事教學或者科研五年以上，有突出研究能力和優秀研究成果。”兼職法官必須以高標準遴選，至少不應低於仲裁員的任職條件³¹，即任審判員、律師、檢察官8年以上，或者具有法學或者相關專業的高級職稱並有突出研究能力和優秀研究成果。筆者建議，在大城市和東部地區法院，可以規定更高的任職條件。對於最高人民法院兼職法官的任職條件，可以參考世界主要法治發達國家和地區的做法。³²

根據《香港終審法院條例》第12條規定，非常任香港法官來源於已退休的高等法院法官、已退休的終審法院首席法官、已退休的終審法院常任法官、現職或退休的上訴法庭法官、在香港以大律師或者律師身份執業最少10年的大律師。香港特委法官修行人必須是全職執業的律師，而暫委法官來源較為多元化，可以來自於律師、下級法院法官或者司法人員以及與法律相關行業的從業人員。³³深圳前海法院的調研報告建議設立任期制法官(非常任法官)，並建議從法學專家學者、律師、具有中國國籍的香港籍法律專業人士和退休法官中遴選任期制法官。³⁴兼職法官可以從法學專家、其他法院著名的專家型法官、退休法官、企事業單位法律顧問、法律水平較高且從業聲譽良好的資深律師、檢察官以及審判工作急需的其他領域的專家當中遴選。對於涉外案件數量較多的司法區，可以從境外選聘具有中國國籍且具備法官條件的法律人才擔任兼職法官，例如可以考慮港澳台地區具有中國國籍的法學教授、在職法官、退休法官和律師。³⁵

(二) 兼職法官的任期

香港終審法院非常任法官任期3年，但行政長官可根據首席法官的建議，將非常任法官的任期延續一次或一次以上，每次續期為3年。³⁶筆者認為，可以參照仲裁法的規定，兼職法官實行聘用制，任期3-5年，不具有公務員身份。聘用期滿，如兼職法官自願繼續連任，法院同意，可以連任，但在同一個司法區(筆者設想以一個省、自治區、直轄市作為一個司法區)連任不得超過兩屆。內地少數法院先行先試，與從外部引進的法官簽訂聘用合同並規定任期，任期屆滿由法院與聘用法官商定是否續簽合同，例如深圳近年來對於從市外調入的公務員實行聘用制。

(三) 兼職法官的職責

在審判中，兼職法官原則上享有與專職法官同等的權力和義務，可以擔任審判長，也可以擔任承辦人。當然，也可以考慮對兼職法官的權力及審理案件的類型作出一些必要的限制，尤其應避免兼職法官審理與其有利益衝突的案件。香港的特委法官、暫委法官與同職位全職法官同權同責，但允許存在法定例外，在權力、職責、受案類型上與全職法官存在差異。

(四) 兼職法官的任命

符合條件的人員自願申請，由法官遴選委員會從符合條件的人員中擇優遴選，並由一個司法區的高級人民法院審核同意，由院長提請省一級人大常委會任命。任命書應註明是兼職法官，發給聘書並明確任期。

(五) 兼職法官名冊的編制

一個司法區的兼職法官，可以在該司法區管轄的各級人民法院參加審判，但參加了前一個審級審理的兼職法官，不得參加後續審級的案件審理。如果是律師，為避嫌，維護司法公正，應當實行任職地域迴避，不能在其律師事務所所在地擔任兼職法官。筆者設想，如在 A 省 B 市 C 縣執業的律師，不得在 A 省高級人民法院、B 市兩級法院擔任兼職法官，但可以在 A 省其他地級市擔任兼職法官。最高人民法院可以由全國知名的傑出律師擔任兼職法官，但只能擔任一個任期，不得連選連任。法學專家以及審判工作急需的其他領域專家，可以擔任兼職法官。職業法官可以擔任其任職法院轄區以外的法院的兼職法官，如北京市高級人民法院的法官可以擔任北京以外地區法院的兼職法官，但是不得擔任比其任專職法官的法院更高級別法院的兼職法官。如北京市第一中級人民法院專職法官，可以擔任其他省、自治區、直轄市中級人民法院和基層人民法院的兼職法官，但不得擔任最高人民法院以及其他省、市、自治區高級人民法院的兼職法官。專家學者沒有擔任兼職法官的地域限制，但是對於最高人民法院、高級人民法院、中級人民法院和基層法院應當規定不同的條件，級別越高的法院，任職條件越嚴格。筆者設想，在全世界和全國有重大影響的傑出法學家，可以擔任最高人民法院、高級人民法院的兼職法官，在一個省有重大影響的法學專家(一般應當是應用法學專業博士生導師且具有正高級職稱)，可以擔任中級人民法院的兼職法官。僅有副高級職稱的人員，或者影響力不大的一般正高級職稱人員，僅可擔任基層人民法院的兼職法官。民族地區和欠發達地區的司法區，以及因各種原因申請擔任兼職法官人數較少的司法區，可以適當放寬任職條件。

2013 年政府啟動的“雙千計劃”³⁷，就包括法學教師到法律實務部門(包括法院)兼職或掛職參與法律實務的內容。該計劃對選聘到法律實務部門兼職或掛職的高校法學教師作出了規定，“應具有高級專業技術職務，較強的業務能力，能夠幫助法律實務部門分析解決疑難複雜案件等”，“建議聘期為 1 至 2 年。聘期內，互聘人員以派出單位管理為主，不改變與派出單位的人事行政關係。”該計劃的實施為兼職法官的選任積累了經驗，但在 2013-2017 年這 5 年間，僅僅選聘約 1,000 名高校法學教師到法律實務部門兼職或掛職，能分配到法院兼職的人數更少，對比全國 3,600 多家法院來說，該計劃選派規模過小。該計劃對於選聘到法院兼職的對象也僅限於高校法學教師，排除其他法律人才(如律師、警察、檢察官、法律顧問、法學研究人員、立法人員)。該計劃屬於臨時性的帶有探索性質的安排，並非法律規定的永久性的制度。

(六) 兼職法官的待遇

兼職法官的待遇，可以參照目前的掛職交流人員或者仲裁委員會聘用的仲裁員，不領取固定薪水，只領取一定的任職補貼和辦案報酬。根據兼職法官參加審理案件的數量和標的，參照略高於同類案件仲裁員的報酬水平支付，也可以考慮按照其參與審判工作的實際時間以日薪支付，工資水平與專職法官相當。

(七) 兼職法官的激勵機制

可以如下幾方面激勵兼職法官：其一，精神鼓勵為主，每年對兼職法官進行考核，對優秀的進行表彰，向社會宣傳其業績。其二，物質待遇從優，兼職法官待遇從優，根據其參加審理案件的數量、訴訟標的金額及質量按勞取酬。其三，優秀的兼職法官，將來可以成為專職員額法官的主要來源之一。在英國，暫委法官和特委法官由律師擔任，每年開庭幾周，負責審理較輕的案件，還構成選拔全職法官的候選人隊伍。³⁸ 在香港地區，特委法官和暫委法官的吸引力在於其是外來職業者流向法官序列或者低級別司法人員向高級別司法人員轉變的重要途徑。³⁹ 特委法官和暫委法官是全職法官的重要候選人，香港特區法院大部分全職法官曾有過特委法官或暫委法官的任職經歷。在2015年1月，香港特區終審法院首席法官和全部常任法官均出任過原訟法庭特委法官，高等法院35名法官中有27名法官擔任過特委法官或暫委法官，佔77.1%；區域法院42名法官中有37名法官擔任過原訟法庭或區域法院暫委法官，佔88%。⁴⁰ 其四，為法學專家提供服務司法的平台，如前述“雙千計劃”稱，“高校教師補充到實務部門，把學術研究從象牙塔帶到中國司法實踐、法律進程一綫中，對於教師本身的成長和未來的學術定位，都具有積極的影響。”

(八) 關於兼職法官參加案件審理的若干問題

第一，兼職法官參加審理的案件類型。以標的較大的商事案件、涉外案件、新類型案件為主，包括但不限於傳統仲裁業務的案件範疇。

第二，參加審理的程序。原則上由當事人選定，如果組成合議庭的案件，原告方指定一名兼職法官，被告方指定一名兼職法官，原、被告共同選定一名審判長。如果當事人不能共同選定審判長的，由法院院長從兼職法官當中指定一名擔任審判長；如果確有必要，法院院長徵得各方當事人一致同意，也可以指定一名資深專職法官擔任審判長。

第三，兼職法官參與審理的案件與沒有兼職法官參加案件的區別。其一，當事人選擇兼職法官審理的案件，原則上兩審終審，當事人不得申請再審，檢察院也不得抗訴。法院如需要依職權再審，需要逐級報請最高人民法院同意。當事人也可以達成不上訴契約或者不再審契約，從而排除法院依職權再審，充分尊重當事人的程序權，為中國將來廢除再審制度，實現真正的兩審終審創造條件。其二，關於審理期限，應當從提高效率出發，快速審理。此類案件原則上應在法律規定的審限內結案，一般不得延長審理期限。情況特殊的，經省高級人民法院批准，可以延長審理期限一次。其三，實行不公開審理原則，裁判文書不上網，保護當事人的商業秘密和個人隱私。其四，裁判文書的簡化，有利於提高審判效率，降低審判成本，甚至可以只出裁判結果或者簡單說理。

(九) 對兼職法官司法行為的規範

應當對於兼職法官的司法行為進行必要的規範。原則上應當遵守全職法官的行為規範，如不能兼任人大常委會組成人員、人民陪審員，不能經商等。

六、結語

仲裁制度和陪審制度對於中國的訴訟制度和法官制度均有借鑑價值。在中國設立兼職法官制度具有必要性和可行性，兼職法官制度有利於中國法官制度的完善。通過專職法官的職業化，兼職法官的精英化，人民陪審員的大眾化，實現三種來源的審判人員相互補充，相互促進，可以在較短的時間內提高審判質量和司法效率。通過引進兼職法官產生的鯰魚效應，為人民法院審判力量注入源頭活水，讓專職法官和兼職法官同台競技，減少法院的行政化、科層化和官僚化，讓法院更像法院，法官更像法官。兼職法官制度可能為中國產生一批偉大的法官提供良好的土壤，也許中國未來偉大的法官有相當一部分將來自於兼職法官隊伍。

註釋：

- ¹ 本文所稱的兼職法官，是與職業法官或全職法官相對而言的，與非常任法官或任期制法官的基本含義相同。為行文方便，本文統一稱為“兼職法官”。
- ² 王懷安：《法院體制改革初探》，載於《人民司法》，1999年第6期。
- ³ 最高人民法院周強院長2017年11月1日在第十二屆全國人大常委會第三十次會議上所作的《最高人民法院關於人民法院全面深化司法改革情況的報告》指出，全國法院從原來的211,990名法官中遴選產生120,138名員額法官。
- ⁴ 《法官法》第9條規定，法官任職的學歷和法律工作經歷要求為：“高等院校法律專業本科畢業或者高等院校非法律專業本科畢業具有法律專業知識，從事法律工作滿二年，其中擔任高級人民法院、最高人民法院法官，應當從事法律工作滿三年；獲得法律專業碩士學位、博士學位或者非法律專業碩士學位、博士學位具有法律專業知識，從事法律工作滿一年，其中擔任高級人民法院、最高人民法院法官，應當從事法律工作滿二年。”
- ⁵ 在最高人民法院部分庭室、部分級別較高的法院庭室內設二級機構，如廣東省高級人民法院執行局內設綜合處、執行一處和執行二處。
- ⁶ 《民事訴訟法》第41條規定，“合議庭的審判長由院長或者庭長指定審判員一人擔任；院長或者庭長參加審判的，由院長或者庭長擔任。”《刑事訴訟法》第178條作了同樣的規定。
- ⁷ 畢向陽：《在理念與現實之間——當代中國法治化進程中體制內法治工作者職業倦怠研究》，載於《社會》，2016年第4期。
- ⁸ 如在部分中西部地區基層法院，由於法官稀缺、法官本地化、流動性小，加上一線法官數量少，法院內部一個審判專業的法官只有數名，案件數量少的專業法官可能只有一、兩人。在這些法院，一名法官在同一庭室連續工作15年甚至20年以上都是常事。
- ⁹ 同註7。
- ¹⁰ 最高人民法院周強院長2017年12月22日在全國人大常委會第三十一次會議上所作的《對〈中華人民共和國人民陪審員法(草案)〉的說明》，載於全國人大網：http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2018-04/27/content_2

053947.htm，2018年5月4日訪問。

- ¹¹ 張嘉軍：《人民陪審制度：實證分析與制度構建》，載於《法學家》，2015年第6期。
- ¹² 張明楷教授將實體法規範的構成要件要素分成三類：法律的評價因素、經驗法則的評價要素和社會評價要素。見張明楷：《刑法分則的解釋原理》，北京：中國人民大學出版社，2011年，第828-829頁。
- ¹³ 郭倍倍：《人民陪審員制度的核心與改革路徑》，載於《法學》，2016年第8期。
- ¹⁴ 中國法院作出無罪判決的比例與外國相比非常低，其中一個重要原因是法院迫於來自檢察院的壓力而採取自我保護措施，盡可能不作無罪判決。
- ¹⁵ 季衛東：《法律程序的意義》(增訂版)，北京：中國法制出版社，2012年，第128頁。
- ¹⁶ 姚寶華：《論人民陪審員制度的功能定位》，載於《法律適用》，2017年第11期。
- ¹⁷ 同上註。
- ¹⁸ 陳雪珍：《法官員額制改革的探索與創新——以香港特區暫委法官制度為視角》，載於《法治社會》，2016年第5期。
- ¹⁹ 林鈺雄：《刑事訴訟法》(上冊)，台北：元照出版有限公司，2004年，第85頁。
- ²⁰ 資料來自於2017年上半年全國法院審判執行工作態勢新聞發佈會，載於最高人民法院網：<https://www.chinacourt.org/chat/fulltext/listId/47913/template/courtfbh20170731.shtml>，2018年1月12日訪問。
- ²¹ 《最高人民法院關於人民法院全面深化司法改革情況的報告》指出，全國法院從原來的211,990名法官中遴選產生120,138名員額法官。
- ²² 由於法院受理的案件類型多樣，法官的專業背景各不相同，審判經驗的積累需要時日，如破產案件、知識產權案件，由刑事審判庭法官和行政審判庭法官審理可能不太專業，即使由其他民事審判庭法官審理專業也不是非常對口。實踐中，部分法院的審判委員會會議和法官會議按照刑事審判專業和民事審判專業分別設置，就有根據刑事和民事審判的不同特點，進行專業分工有利於提高案件討論的質量和效率的考慮。
- ²³ 如中國國際經濟貿易仲裁委員會2017年5月共有仲裁員1,437名，2017年12月湛江仲裁委員會共有仲裁員1,432名。
- ²⁴ 實施法官員額制的最直接目的之一就是精減法官，實現法官職業化。《最高人民法院關於全面深化人民法院改革的意見——人民法院第四個五年改革綱要(2014-2018)》稱：“選拔政治素質好、辦案能力強、專業水平高、司法經驗豐富的審判人員擔任主審法官。”如上述周強的報告中，將全國法院從原來的211,990名法官中遴選產生120,138名員額法官，作為司法改革的重要成果予以介紹。
- ²⁵ 如香港、澳門地區允許聘用外籍法官。《香港基本法》第92條規定，“香港特別行政區的法官和其他司法人員，應根據其本人的司法和專業才能選用，並可從其他普通法適用地區聘用。”《澳門基本法》第87條規定，“澳門特別行政區各級法院的法官，根據當地法官、律師和知名人士組成的獨立委員會的推薦，由行政長官任命。法官的選用以其專業資格為標準，符合標準的外籍法官也可聘用。”
- ²⁶ 劉練軍：《法院科層化的多米諾效應》，載於《法律科學》，2015年第3期。
- ²⁷ 在《人民法院組織法》修訂草案中，法官職務中取消了助理審判員設置。取消的理由是：司法改革試點中，各地法院已基本不再任命助理審判員，其部分職責也逐步由法官助理取代。見《關於〈中華人民共和國法官法修訂(草案)〉的說明》，載於全國人大網：http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2001-08/02/content_5140470.htm，2018年1月2日訪問。

- ²⁸ 法官流失現象足以支持這個判斷，且這個判斷在法官業內也是共識。
- ²⁹ 資料來自於香港終審法院網站：www.hkjcfa.hk/tc/about/who/judges/npts/index.html，2018年2月28日訪問。
- ³⁰ 張淑鈿：《香港特區特委法官和暫委法官制度運作的實證考察》，載於《港澳研究》，2015年第4期。
- ³¹ 《仲裁法》第13條規定，“仲裁員應當符合下列條件之一：(一)從事仲裁工作滿8年的；(二)從事律師工作滿8年的；(三)曾任審判員滿8年的；(四)從事法律研究、教學工作並具有高級職稱的；(五)具有法律知識、從事經濟貿易等專業工作並具有高級職稱或者具有同等專業水平的。”
- ³² 以台灣地區為例，“司法院組織法”第4條第1項規定，“大法官應具備下列資格之一：(一)曾任實任法官十五年以上而成績卓著者。(二)曾任實任檢察官十五年以上而成績卓著者。(三)曾實際執行律師業務二十五年以上而聲譽卓著者。(四)曾任教育部審定合格之大學或獨立學院專任教授十二年以上，講授法官法第五條第四項所定主要法律科目八年以上，有專門著作者。(五)曾任國際法庭法官或在學術機關從事公法學或比較法學之研究而有權威著作者。(六)研究法學，富有政治經驗，聲譽卓著者。”
- ³³ 同註30。
- ³⁴ 深圳前海合作區人民法院課題組：《司法的規律性與應然性理論研究：以前海法院綜合性司法改革目標為對象》，北京：法律出版社，2017年，第669-670頁。
- ³⁵ 如香港、澳門地區允許聘用外籍法官。深圳、珠海有關法院從香港、澳門籍人士中選聘調解員、人民陪審員。事實上，內地很多仲裁委員會從外籍專家當中選聘仲裁員。
- ³⁶ 見《香港終審法院條例》第14條的規定。
- ³⁷ “雙千計劃”是中國政府2013-2017年實施的計劃，即選聘1,000名左右有較高理論水平和豐富實踐經驗的法律實務部門專家到高校法學院系兼職或掛職任教，承擔法學教學任務；選聘1,000名左右高校法學教師到法律實務部門兼職或掛職，參與法律實務工作。
- ³⁸ 韓蘇琳編譯：《美英德法四國司法制度概況》，北京：人民法院出版社，2008年，第256頁。
- ³⁹ 同註18。
- ⁴⁰ 同註30。