

法官是什么? PDF转换可能丢失图片或格式, 建议阅读原文  
[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E6\\_B3\\_95\\_E5\\_AE\\_98\\_E6\\_98\\_AF\\_E4\\_c122\\_485778.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_B3_95_E5_AE_98_E6_98_AF_E4_c122_485778.htm) 摘要: 法官是什么是法治下必须回答的问题。通过对英国法官史的简短回忆, 文章试图发现在一个法治国家中法官的真正意义。关键词: 法官 英国法律史 法律精英[1] 法官是什么是一个早该追问的问题。尤其在“法治”语境下, 这将是一个本源性问题。离开了对它求证, 并践行此种答案, 法治将无从谈起, 因为“法律的功用在于它本身不是主动的, 法律要行动, 需要人的推动”。[1]对这一问题的回答必是多样的, 因为不同的情境将派生出不同的法官, 这里仅从一个英国法史进入, 试图发现这个最早形成法官阶层, 始终坚守法官造法的国度中法官的符号化意义。

一、一段英国法官史 英国法律史始于1066年, 当时威廉一世统治下的诺曼人在黑斯廷斯战役中大败盎格鲁撒克逊人, 这使诺曼人有可能在后来的岁月里几乎逐渐控制了不列颠全岛。[2]当时, 威廉率领约1000名训练有素的骑兵在内的近7000人的军队击败了王位的竞争对手戈德温之子哈罗德。[3]这支强大的军队是威廉取得王位以及巩固统治的最初基点, 却不是唯一基点。诺曼人的政治才华在威廉身上有了最好的显现。在1066年圣诞节, 威廉在西敏寺举行了英王加冕涂油典礼, 并宣称自己是爱德华的合法继承人, 完成了名义上的合法性证明。[4]威廉不仅占据了全国耕地的 $1/7 - 1/5$ , 森林的 $1/3$ , [5]而且把其它的土地分封于180名之多的贵族手中, [6]并最终通过“我的附庸的附庸也是我的附庸”的直接陪臣制的建立把星罗棋布的小贵族也纳入了自己的统治网络。然后, 他又建立了以私家内府为核心的王廷, 这成

为了后世中央官僚政府机构之鼻祖，用来处理王国要政。此外，他还在本王国内任命了主教并控制了他们。[7]这样以来，大不列颠就被打理完毕，威廉为他的后世子孙施展手脚做好了最充分的前期准备工作。从此法律将成为国家治理中最为紧要的事务。威廉的子孙们将在法律的框架范围内，施展他们的才华，早期的法官正是这一事务的必然产物，也必然是王权的奴才，是王权扩张的工具。不过当法官在王权的羽翼下成熟之后，他们背叛王权，摆脱了早期的奴才面孔。这种法律的事务主要体现在国王的法律与众多社区的习惯冲突的化解与整合上。在英格兰这些社区不仅仅是一种地理上的划分，更为重要的是它是一种文化的区分与对立，这一切则体现为一种习惯[8]，在这种习惯之上的多元法律知识对王权的统治之阻碍是不言而喻的。这一切是法律的因缘，也必须用法律来化解。这一切也即演化为一系列凭依王权法庭的建立，如普通诉讼法庭、王座法庭、财政法庭、巡回法庭以及这些法庭消解习惯的努力。在这一系列法庭中也就有了近代以来法官的影子，尽管他们还不是法官。最大的不同也许就在于他们身份的古怪，这些法官们要么就是政法官，居于一人之下，万人之上者；[9]要么就是倚重权贵者，如理查德·菲茨尼尔和戈弗雷·德·露西是凭借其父亲的权势，乔斯林是依靠其叔叔契切斯特主教的支持，威廉·巴特西是借助莱斯特伯爵罗伯特的提携，才登上法官宝座的；[10]要么就是身兼数职，政务繁忙，如在亨利二世统治时期频繁出现的13人中的杰弗里·里德尔除审判案件之外，还曾在1173年陪伴国王前往诺曼底处理政务，在1176年陪伴国王的女儿琼远赴西西里与威廉二世国王成婚，在1177年又作为国王的使臣出访法国

。[11]这些法官与其说是一个中立者，倒不如说他们是王权政治的共谋者，或者说是一些“走狗”吧了。不过，这些人都是贵族、领主，他们拥有自己的利益。纵使亨利一世、二世曾大力“擢新”起用卑微却识文有术之人以防大族大权独揽，但是这些新人包括法官们却因勤于王政而屡获国王的地产、特权封赐，成为了跻身于统治集团的新贵族[12]，在“新人”与“旧人”之间并没有官僚与贵族之分，有的只是新贵族与旧贵族、新领主与旧领主之别。他们大多时候是国王的共谋者，但却有着永远不能同化的异质利益，还有“狗”身上不能褪去的“狼”性。这种“狼”性的经典言说是来自基佐先生的：在他的灵魂里必然兴起了怎样一种个人高傲、怎样一种惊人的自负、怎样一种??让我们说??目空一切的态度呵！他自己的上面没有一个他仅作为其代表或解释者的上司；在他的旁边没有一与他地位相等的人；没有一种能影响其意志的外部法规。除了自己力量的限度和出现的危险之外，他不知道还有什么能抑制他的力量。[13]这种品性是在他自己的领地上养成的，尽管没有在王廷中表现出来，却是骨子里的东西。这就是在那时法官们身上的死节，做为王廷的成员，他属于国王，做为领地的主人，他属于自己。这种死节将在未来对法律取舍上起到至关重要的作用。让我们回过头来，再看一下那些法庭。作为王权伸长的臂膀，它们在小心翼翼的消解着那些习惯，它们必须这样做，因为一不小心就将使国王付出昂贵的代价。诺曼人凭着天生具有的“统治习惯”，敏感的嗅觉到了这种风险，从一开始，征服者威廉就树立这样一个传统：“所有的人，包括爱德华时住在英格兰的人，都应遵守他到来之前所存在的爱德华国王的法律。

” [14]社区的习惯将得以保留，它的存在具有了合法性，这一切都是外来与本土力量的一种安排。法官们将在本地与外来，习惯与王室法令之间带着镣铐跳舞。于是那个对后世法律发展有着重要作用的巡回法庭中的法官们在各地审判案件时，除遵循王室法令外，主要依据当地习惯。当他们重聚伦敦时，通过情况交流和相互磋商，彼此承认对方判决可以作为以后审判同类案件之依据，在全国通行，这就是普通法（The common law）。普通法的出现完全是法官们在那个死节的纠缠下，习惯与王室法令之间艰难取舍的一个产物，尽管它必须借助王权，但它决不是王室，也不是习惯的，它是法官的。正如考文所言：“人们认为普通法从一开始就建立在习惯上。事实上，普通法即是习惯，这些习惯是通过上述审判制度逐步发展为全国性的，也就是说发展为普通的（common）。但它又不仅仅是习惯，因为当法官们选择承认什么样的习惯以使其具有全国性的效力和禁止什么样的习惯通行时，他们实际上运用了“合理性”这一检验标准……作为普通法基石的正确理性，从一开始就是法官的正确理性。[15]普通法一开始就是法官的产儿，又始终是法官成长的沃土，这块沃土中最为肥沃的因子来自于习惯中的日尔曼民族的法律见识：法律属于民众并且从无法追忆的时代就存在，作为法的载体的民众沿用的风俗习惯“建立、取消和解释”成文法，故法律是“被找到的”，不是该制定的；法律是一种无所不在的手段，它渗入并控制了人与人之间所有各种关系，其中也包括臣民与领袖之间的关系。[16]它们彼此扶持，共同增长一直是英国法官发展的清晰脉络。强大的王权确实培养了一批共谋者，但是当他们的羽翼丰满时背叛将是不

可避免的，因为他们血管中流动者的是与国王不同的血液，他们注定要成为异议者，尽管他们现在还未开口说话。王权生下一个将来要弑父造反的婴儿。这个幼小的婴儿从未放松过成长步伐，他在悄然地改变着这一切。普通法作为主要审判依据，它是源自法官的，于是处理众多法官包括前任与后任之间的普通法的效力关系，并确定一个适用规则，将是普通法继续发展的关键，亦是法官自立成人对外抗争的力量根源。好在，这样一个重大行动是法官们在悄无声息中完成的。他们凭着天生的思维习惯与心理定势认为：法律知识的知晓是一个缓慢的、点滴积累的过程，先前法官的判决是先人智慧的结晶，它历经时间沧桑，是传统的，是经验的所以它必须得到遵循。这种天生的民族性为英国遵循先例原则的出现提供了顺畅的心理导向[17]。但是，这个原则的出现最坚实的根基在于普通法天生的习性，它是习惯的，它是法官的。第一个着手塑造这个原则的人是亨利·布雷克顿大法官。布雷克顿根据13世纪旧的诉讼案卷，对其中两千个案件作了笔记，并把这个笔记作为他那篇著名的论文《论英格兰法律和习惯》的基础。他以这种办法利用已判决过的案件开创了英国的判例制度。他曾写道：“不过，如果出现了相同的案件，就应该用一种相同的办法来判决：因为从判例到判例比较好处理[18]。尽管这个“先例”在后世并未完全被遵循，甚至直至1898年才被确定下来，但是这个传统却影响着每一位法官的思维模式，这种思维模式最终成为了“区别”技术，并使得后世事的裁处越来越靠近布雷克顿，也使得的司法成为了一门真正的“艺术”。它要求法官不仅仅要知晓先前的种种判例，而且还要掌握一门独特的适用判例，推动它前进的

艺术。这样的法官仅仅是一个官僚，一个国王的共谋者是远远不够的。法官们形成的遵循先例的习惯，一方面完成了普通法的内部规划，一方面悄然地树立一个高高的专业槽，一个非法律专家将不可能在法官行列立足。先前的贵族与国王的斗争所确立下来的政治格局为这种内部的建设提供了一种外部的保障。在1215年订立的《大宪章》中明确写道：除熟习本国法律而又志愿遵守者外，余等不任命任何人为法官、巡察吏，执行吏或管家吏。[19]值得庆兴的是，这种机会法官们并未放过，悄然得完善了普通法，形成了自己法律的适用手段，真正得使法官成了专家，此后这种专业背景既是自卫的工具也是进攻的利器。这个宪章更有深意的是，它提供了一种正统性规则，并涉及了这一正统性规则的适用问题，这其中最为重要的就是法官的资质、任用以及他所依赖的机构设置问题。英国史上的英王约翰穷兵黩武，触犯征税大忌，使贵族们对此种统治的合法性产生了最大的质疑，以至最后起兵以对，完全是为了使这个欲望过多，为人强悍的国王回到传统上去，也就是要国王在传统中重拾它的正统性，这个过程及其结果书面表达就是《大宪章》。接下来问题的关键是这个规则的遵守与违背需要什么人来判定。诺内特与塞尔兹尼克为我们指出了清晰的思考理路：“统治者作为他们自身正统性的证明者，只具有有限的可信性。如果他们的要求以及仅对他们的要求将按照一些客观原则受到裁判，那么，如这些原则的解释者被免除日常的政府工作，如人们听到他以一种与众不同的语言表达，那是有益的。换言之，行使证明正统性权力的人也有自己的一些正统性问题。如果他能使世人和自己相信，他的裁判并未受到各种有损于原则的社会

联系的腐蚀，他的权威源于某种独有的权能，那么他的各种正统化问题就得以缓和。为了坚持和维护这种权能，他必须把要求指向机构自治。” [20]在英格兰，谁具有这样一种“权能”呢，谁又没有被腐蚀吧，谁又持有一种与众不同的语言呢？显然，只有法官，因为他们执行的是最富有智慧最久远的习惯，他们曾经与国王争斗过，他们用一种独特的技艺得出了独特的结论，这种声音是绝对与众不同的。正如一位哲人所言：成功只会垂青有准备的人，法官早就为这一机遇储备下了所有的材料，只等《大宪章》的出现。当历史走到这一步时，法官们紧紧地抓住了它。于是，法官们悄无声息地利用封建势力的争斗取得了一种中立超然的地位。除了披上袍装，戴上假发以示远离尘世之外，他们就形成这样一门“艺术”，这门“艺术”所包含的技艺和思维方式与常人的截然不同，从而保证了这种“超然”的感觉与距离。超然的地位与外在形式完美结合是法官们行动的结果，也同样成为了一个合法裁判者的内在规定性。当具有这种地位与使用这种“艺术”的人多数化之后，一个集团或一个群体的出现是怎样都无法避免的。多方面的雷同使这种群体孕育出了一种独特的情绪，这种情绪就是一种身份荣誉意识。这种意识不仅仅表现为一种对法官的高度“自恋”，更为重要的是对法律以及对适用法律艺术的誓死捍卫。这种情绪在科克那里被彻底点燃了。原来专司宗教事务的教会法院，现在已经将其管辖范围扩张到世俗的刑事案件，当教会法试图派其随员进入被告的住宅并对其实施拘捕时，高等民事法院颁布了禁令，取缔其有关诉讼行为。二者纷争已经箭拔弩张。国王巧妙的利用这一时机宣称这部分案件将由国王亲自审理。这时克

罗夫特大主教开始宣扬：法官只不过是国王的代表,因而国王有资格亲自定案的观点以支持国王的主张。1608年11月10日上午召开的著名的“星期日上午会议”即为此事而来。大法官科克代表法官表明了他们的立场：自从威廉征服英国以后，无论在什么样的诉讼中，再没有出现过国王亲自坐堂问案的情形，这涉及王国的执法问题。这些诉讼只能由法院单独作出裁决……。对此，国王的回答是，他认为法律是基于理性的，他本人和其他人，与法官一样，也具有理性。科克立即用那段脍炙人口的名言予以回敬：的确，上帝赋予陛下丰富的知识和非凡的天资；但是陛下对英格兰王国的法律并不精通。涉及陛下臣民的生命、继承、动产或不动产的诉讼并不是依自然理性来决断的，而是依人为理性和法律的判断来决断的；法律乃一门艺术，一个人只有经过长期的学习和实践，才能获得对它的认知。法律是解决臣民诉讼的金质魔杖和尺度，它保障陛下永享安康太平。[]国王勃然大怒：如此说来，他应受法律的约束了，这种说法构成了叛国罪。对此，科克用布雷克顿的话来回答：“国王在万人之上，但是却在上帝和法律之下”。[]像这样的辩论激烈的会议持续了数次，科克因力主非法官不能审案而终被解职。尽管科克暂时失败了，不过科克这种强烈的荣誉感，以及对法官技艺的准确把握，都意味这一个团体的成熟。[21]接下来的问题是这种荣誉感和技艺是怎样传承并且不断加强的呢？这就与英国法官独特的形成机制有着紧密的关系。要想成为一名法官，首先要成为法律学徒，他主要通过阅读法规法令和法律著作、帮助诉讼当事人起草常规性法律文书、旁听法庭辩论等方式学习法律基础知识。后来，法律学徒们为了方便旁听辩论



，以及学习，他们聚集在伦敦西区的三大中央法庭旁边，一边旁听，一边寄宿于附近的客栈并聘请律师开课。这样以来，在14世纪，这些简易的“法律学校”就形成了四大律师学院，即中殿学院、内殿学院、格雷学院、林肯学院。律师学院由著名的律师组成的委员会负责管理，他们通常被称作为主管委员，他们负责招收新法律学徒，并轮流为学徒讲课。授课的内容包括重要法规的讲解、典型案例分析、个人的法律允解和从业经验等。除此之后，他们最为重要的课程就是出席法庭旁听律师辩论和法官审案，并随时准备参加模拟法庭，在这种高度竞争的氛围中，学徒们学习十分刻苦，著名作家狄更斯曾这样描写这群学生：你知道这些年轻人把自己关在一个单独的房间里是何种样子吗？他们夜以继日地、一个小时连着一个小时地不停地阅读，直到其精力熬干。[22] 律师学院的这种经验式、直观的教育理念与方法，造就了他们相似的推理模式，马克斯·韦伯曾经指出：这种教授法律的方式自然导致较为形式主义地对待法律、法律由先例和类推支配……法律实务者们不是旨在……形成合理的结构，而是试图创造出各类在实践中有用契约和诉讼，因为它们符合诉讼人典型的和经常性的特定需要，这就确保人们能够继续以经验的方式适用法律，并阻止通过对立法和法学将法律合理化，对于传统法律程序的任何攻击都构成对实务者物质利益的威胁，因为他们一方面控制着各种契约和诉讼与形式规范的关系，另一方面又控制着各种契约及诉讼及诉讼人需要的关系。[23]这样以来，不仅仅是思维相同，从某种意义上程序中还包括着巨大的相同的经济利益。除此之外，律师学院还致力于塑造这些学徒的品格，为他们提供一般性教育，以

增强行业的凝聚力。为此，不和那些有志于成为律师的人在公会的楼房里生活厮守在一起，一起用餐、一起参加宗教仪式，共同使用本公会的图书馆，共同弹奏音乐、组织隆重节日活动与戏剧表演会。[24]在学院中学习7年之后，学徒才有可能成为辩护律师，从业满10年以上的优秀辩护律师可晋升为高级辩护律师。只有成这样的一位律师才可能被国王选中成为御用状师，并最终成为法官。只有经过艰苦的学习和漫长的遴选，一个人被才可能实现他的夙愿成为一名法官。他们披上长袍，戴上假发时，已经是垂垂老矣，早期的学徒生涯使他们牢牢地掌握了法律独特的技艺并养成一种终身不渝的思想品格，层层筛选使他们有了一种强烈的自豪感与随之而来的职业荣誉感，做为一个老人，他又是那么平静那么的怀旧，作为一个历经风雨的智者，他的决定必须被遵守。

二、这段英国史的一个简单分析 这段英史是一段法官共同体的形成史，法官从早期的官僚成为了真正意义上的法官，并最终通过各种途径实现了法官自治，这个自治运动完全是英国法律自治运动的一个不可或缺的部分，并且这个运动是与其他自治运动交织进行的并从它们身上获得了有力的支持。这段历史，已经为法官设下隐喻，或者说这段历史已包含了成为一名法官，一名真正意义上的法官所必须拥有的素质。同时，我们也可以看到这段历史的确是英国宪政史，这其也必然包含着一个社会从传统的人治社会转变为一个法治国家或宪政国家的过程。这段错综复杂的历史使法官具有更深远的符号化意义。这段英国史时期的英格兰是极为微妙的。早期多种统治的介入使得英格兰处于一种混沌的社会状态，此间的各种事件与行为都不具有政治或者国家的意味，都

是一些社会内部的动荡与纷争，威廉的入侵从根本上说打破了这种混沌状态，形成了本地与外来的区别，并且基于这种入侵武力，出现了统治与被统治的强烈对立关系，从而出现了贵族、国王、官僚的阶层。这种观念统一性的破裂，以及社会分化为不同阶层并且需要维护这种划分所带来的利益，将会不停的鼓动统治者建立国家机器。在中世纪的欧洲，长期动荡与纷争最终成为建立民族国家的努力而英格兰的这一进程则早的多。英王们就从没有停止过这种努力。他们一方面不断的强化自己的官僚机器，把自己的王廷逐渐变成一个全社会的政府，又不停的扩充着自己的军队为这一切打下坚实基础，另一方面他们又不停的掩饰或者弱化这个努力，因为他们懂得一个靠武力维持的统治是不可能长久并且这样一个武力的存在对与之联盟的同样需要国家的阶层同样是一个巨大威胁，也必将最终催毁这个国家和其赖以存在的阶层之间的联盟。法官的登场，也是这种摇摆之中的一个产物，早期的法官，完全可以称之为官僚，因为司法不是他们的主要事务，代替国王或受国王支使处理王国事务才是他们的正题，正如上文言及的。这些人只能也必须是奴才，是惟王命是从的，并且是层层钳制，完全依靠国王的。不过这种努力最终没有成功也不可能成功，首先威谦及其子孙入侵者的背景是永远都不会消除的，如果他们要继承坚持这一努力的话；其次，这一努力完全违背甚至粉碎了与之联盟的贵族们所设定的国家目标。这样以来，他们必须放弃用官僚、王室法建立了一个国家的努力他必须用以一种这个社会中的每一个群体都可以接受的准则来证明这个国家努力的合法性。这就是英王们头脑的一个矛盾，即法官是工具的，还是成为一个独立

的合法证明？英王们要的答案是显然的，不过他们却不会实现这一个答案。这里就有了一个显著而深刻的变化，法官将不再由王室内臣或亲信担任，而是由其他贵族，甚至一个经过法律训练平民担任。在英国法官史中，可以发现的就是法官来源的社会化而不是国家化。正是因为这个缘由，英国人民想信法官，同样大陆法系国家中法官中来源国家化使每一个民众都不信任法官，只好让他们老老实实在由每一个民务参与制定的法律下喘息。近代化以来，英国的这种趋向是十分明显的，在一套法官的形成机制中，国王只是象征性的点一下头，一切均交由与国家无关的律师学院以及从里面走出来的法官。法官由社会产生是英国法官史中第一个十分引人注目的地方。另一个值得注意的地方在于法官形成过程中的贵族化成精英化的目标。尽管法官已经向整个社会开放、不再是国家的独占资源，但当有一个从其他阶层进入法官阶层并最终成为其中一份子的人最终都归依了这个群体，保有着一种独特的精神气质和理想观念。贵族是整个中世纪都十分显眼的阶层，尽管在欧洲大陆，他们有着不好的名声，在英国却有十分显赫的声名和威望。应当说明的，法官与贵族在英国的遭遇是英国史独特情境的产物，不过这种偶然在某种意义上却又道明了这其中蕴含的必然。在英国史的早期，国王之所以使用贵族为司法官，就在于他们首先是战友，他们必须用各种手段当然包括法律去保护他们浴血奋战的成果，其次就在于在一个未建立庞大政府组织的国王是无法自己控制这个国家的，他必需帮手，显然这些贵族们就是最好的。应当指出的在这里言及的法官贵族化，绝非是指他们分得了大量的土地，尽管在早期法官确实拥有众多的土地，但是土地

的来源并非是因为他是法官，而是因为他是贵族。贵族化在这里仅指贵族精神与气质的具备，当然也包括他们袍式的穿着与拉丁文的腔调。虽然这二个“贵族”意指不同，但是早期的拥有大量土地的贵族为后来法官贵族提供了传统资源。这些资源究竟意指何物呢？首先是一种勇敢尚武，光明磊落的骑士精神。英格兰的贵族们早期都是国王的亲兵，这种在战争中养成的精神气质的在战事消灭后永远的保留了下来。他们为了自己认定的事业可以毅然地抛弃自己的生命，所有的仇恨，敌视都要在战场上摆明，所有的爱情，友谊都要言明。这一切我们在《大宪章》签订之前风雨中有所领略，在科克大法官对詹姆士一世人反驳中更是展现的淋漓尽致。其次是一种强烈的自立精神和欲望。十分明确的是，国王与贵族一开始就不是一种主子与奴才的关系，尽管后来国王在扩张王廷试图建立强大政府时一些贵族们成了奴才，但是他们之间始终是一种战友关系。战事完结之后，贵族们分得了土地，甚至拥有了自己的军队，可想而知这时的他们有一种何等的精神，这种精神气质不仅仅用来反对国王的，也是后来反对国王与之背向而驰打破共谋关系的重要动因，并且这种品格从观念上使法官成为了一个阶层，一个群体。再次是一种强烈的社会责任感和集体荣誉感。贵族们十分注重他们的封号，名誉、衣着、言谈，这种荣誉感在法官身上得以因袭。比如16世纪英国律师学院成为贵胄子弟的时髦学校，绅士们总是在律师学院占重要地位，律师学院不仅传授法律知识，“也严格教授礼仪举止和上等人的行为方式”。[25]这些举止优雅，风度翩翩的绅士们的眼界不仅限于他们自己，他们积极的参预、干涉国家大事、处理社会和民众日常生活，

表现出了一种高度的社会责任感，他们的这种宽广的眼界保证了后世法官对社会问题全面的关注。最后一个就是保守稳重，经验主义。贵族们保守守旧，他们的思维是向后而不是向前。他们首先力图保持现在，然后才可能谈及将来，他们同样也怀疑一切，包括那些理论的宏伟建构，空泛的口号，他们希望的是一种切实的制度实排，这一切必须是为他们亲身所感知，正如洛克所言：一切知识都来感觉和反省，而非天赋或先验。[26]他们永远都在传统和历史中寻找未来。这些独特的品性，在后边的法官们身上有着充分的体现，不同的是贵族们的是从早年的战斗及后来维护自己利益的斗争中习得，法官们的则来源于共同的法律生活与法律训练。贵族精神是一个成法官所必需的精神状态，它的设定与推行确定法官所应具备的素养，进而深化为了这个群体的基本精神指向和入门标准。第三个值得注意的问题是法官与法的独特关系。在英国，法律是法官创制的，或者说“发现”的，在大陆法系传统的国家中，法律是由国家创立的，然后由法官执行。在英国，法官是法律的主人，而在大陆法系中，法官则是法律的奴仆。这其中最为精妙的含义在于法律是否是国家的独占资源就决定着法官们的本质意义。在英国，法律是源于悠久的传统是由法官们发现的，它不仅约束社会，同样约束国王，以及后世的国家，人们服从法律也同样是源于法律是历史结晶的产物。这样，法官作为法律的发现者是超越社会与国家，同样在民众心中也有着至高的地位。在大陆法系国家中，法律是一个主权者的命令，法官不过是这个主权者的奴仆，它只能用于统治，人们服从它仅源于一种群体暴力的支持。此外，英国的法官们才是真正的法律技术专家。他

们这种发现法律的名声绝非浪得虚名，布莱克顿曾言及一个习惯是怎样成为法律的：证明某个准则是普通法规则的唯一方法，乃是通过表明遵守该准则已成为了一种习惯，但是这里产生了一个非常自然和非常重要的问题：如何使人们得知这些习惯或准则，而又是谁来决定他们的效力呢？关于这一问题的答案便是，由几家法院的法官来决定。他们是法律的保管人，是活的明断者，他们必须在各种疑问情形中作出裁决，而且还受其国内法进行裁决的誓言的约束……在证明普通法组成部分的这种习惯是存在方面，这些司法判决的确是所能够列举的最主要的和最权威的证据。[27]英国的法律是由法官们在一套严密的程序中依照一种独特技艺予以发现的这项技艺不仅包括遵循先例，还包括各种区别技术。这种法律的创制模式将法官们真正转化为法律技术专家，使他们比较容易的避免了政治的评论和其他干涉，也真正成为了法律所管辖一切事物的裁判者。

三、一个简单的答案 在近代民族国家的形成过程中，特别是在英国形成宪政框架的情形下，法律不仅仅管辖社会，同样管辖国家。国家与社会关系的调整是其最为重要的内容，法官裁判的将不仅仅是个人之间的纠纷，还将包括个人与国家，社会与国家的纠纷，在近代这种纠纷的解决则是一个国家合法性证明的问题，作为合法性证明者的法官脱离国家，超脱于社会之上则是一个必然。一个现代学者眼中的法官的角色来源不仅仅与一个标准的裁判者有关，而且与一个政治问题的解决紧密相联。在英国，合法性证明的标准由于宪政框架的存在，将是由法律承担的，这些法律是由悠久的历史传统积淀而来，由法官们予以发掘，在这种背景下，法官必须的筹建一种封闭的程序来防止他

者的干涉，用独特却又植根于英国大众的思维方式来确定此种法律，这样的技艺将是他们的立身之本及自身合法性的证明。既然担当了这样一种近乎“上帝”的角色，法官们的去俗化将是同样重要的，他们必须披上长袍，用公众少用的，难懂的拉丁文审判，他们要接受一种贵族式的教育和熏陶，用贵族的礼仪来标明自己卓然不群的地位。同样，为使这种知识、美德、法律推理技艺流传下去，他们组成了自己的职业群体，将这一切传习下去，并且用这种群体的力量对抗各种干涉，因为他们也知道个体在政治中将是渺小而不堪一击的。通过这一段分析我们似乎可以得出这样的答案：法官是拥有娴熟法律技艺、具有强烈贵族精神的知识精英群体或其中的一份子。作者简介：王本存，重庆大学法学院教师。参考文献：[1]李猛.爱和正义[J]、书屋、2001，（5）[2][4][6][12]马克主编?中西封建社会比较研究[C]上海：学林出版社1997[3]伯尔曼著，贺卫方等译?法律与革命?D?D西方法律传统的形成[M]北京：中国大百科全书出版社1993[5][9][10][11][14][22]程汉大主编#8226.转变中的法律与社会[M]北京：中国政法大学出版社1994[21]考文著，强世功译?美国宪法的“高级法”背景[M],北京：生活?读书?新知三联书店1996[23]马克斯#8226.经济与社会，转引自K#8226.克茨#8226.茨威格特，H#8226.《比较法总论》[M]，潘汉典等译，贵族人民出版社1992[25]大木雅夫著，范愉译#8226.博登海默，邓正来等译《法理学?D?D法哲学及其方法》[M]，北京：华夏出版社1987 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)