

主编 孙国栋

LAWYER 文摘 DIEST 师

2004 · 第三辑 · 总第十一辑

3

要目:

- 高鸿钧 走向职业自治
徐静村 潘金贵 “污点证人”作证豁免制度研究
邓正来 萧瀚等 由“德怀门”事件透视博士招生制度
许兰亭 孟繁旭等 如何规范法官与律师关系
陈兴良 “刘涌案”引发的若干司法问题的思考
曹筠武 深圳律协：民选会长遭遇罢免风波
江平 王人博等 法律与传媒：法治国家的两大支柱
方流芳 纽约时报诉沙利文
李慎之 无权者的权力和反政治的政治

中国法制出版社

文 律 摘 师

2004 · 第三辑 · 总第十一辑

3

策划 谭 疆 刘海蛟
李海周 董志军
孙国栋

编辑委员会 江 平 梁定邦
张思之 邓正来
贺卫方

执行编委 田文昌 朱永平
刘桂明 贺宝健
薛济民

主编 孙国栋

编辑 王景智 梁小玲

支持单位 江苏圣典律师事务所
北京京都律师事务所
浙江海通联合律师事务所
广东大同律师事务所

图书在版编目(CIP)数据

律师文摘.2004年.第3辑/孙国栋主编.—北京:
中国法制出版社,2004.9
ISBN 7-80182-283-8

I.律… II.孙… III.律师业务—基本知识
IV.D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 052569 号

律师文摘

LAWYER DIGEST

孙国栋/主编

经销/新华书店

印刷/北京清华园印刷厂

开本/787×1092 毫米 1/16

版次/2004 年 9 月第 1 版

印张/11 字数/200 千

2004 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-283-8/D·1249

定价:16.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码:100031

传真:66062741

发行部电话:66062752

编辑部电话:66062738

邮购部电话:66033288

读者俱乐部电话:66026596

走向职业自治

在汉语表述中,“法”与“律”二字互为通用。这种用法虽然由来已久,但如果我们追溯历史就会发现,“法”字出现的时间要早些,因而许多与法律有关的事务多冠以“法”字,而很少冠以“律”字,如指称法律文本的有“法典”、“法令”;指称法律机构的有“法院”、“法庭”;指称司法人员的有“法官”、“法曹”;指称法律体制的有“法治”、“法统”;等等。然而,人们可能不无惊奇地发现,受当事人委托处理法律事务的专业人士却不被称作“法师”而被称作“律师”。有人可能以为,这种称谓是为了避免误解,因为“法师”是佛教的专用词语。但细查可知,“律师”在古代也是佛教名词,用于指称知晓佛法并善解戒律者,清代仍然沿袭这种用法,如钱谦益的一首诗云:“人言宿世修行惯,不是禅师定律师”。

现代的律师制度显然是清末变法过程中的产物,是从西方世界移植过来的舶来品。中国虽然没有形成正式的律师制度,但是类似律师的角色早就产生了。据载,早在春秋时代,郑国的邓析就曾专门从事法律服务,他“与民之有狱者约”,“大狱一衣,小狱襦袴”。他不仅受托代理诉讼,还传授法律知识,且颇受欢迎,以至“民之献衣襦袴而学讼者,不可胜数”。从这个意义上讲,邓析是中国历史上第一位民间律师,他所从事的活动可看作中国律师制度的源起,如果按照当时的势头发展下去,类似古罗马和古代英格兰那样的律师业就有望形成。令人遗憾的是,郑国的统治者对他的行为极度反感,认为他“以非为是,以是为非,是非无度”,觉得任其发展会导致“郑国大乱,民口讙哗”,因而发狠把他杀了。

历史上还有一段关于律师角色的故事:鲁僖公二十八年,晋文公受理了卫成公与元咺的诉讼,卫成公请士荣作为他的辩护人(当时称为“大士”)。这场诉讼的结局是卫成公败诉。他被逮捕关押起来,他的辩护人士荣受到牵连,被处以死刑。这个故事与前一个故事传达出的信息是,从事类似律师的法律事务要冒着生命的危险,不仅专业律师是如此,临时的辩护人也未能幸免。

按照今天的眼光来看,统治者的做法似乎不可思议,但是依循专制政治的逻辑,这种做法不仅是正常的,而且是必要的。按照那种逻辑,国家是统治者的国家,不允许民众与之分享治权;社会是统治者的社会,不允许民间形成自治组织;法律是统治者的法律,不允许私人参与司法活动。换言之,专制政权之下的法是“官法”,主要由法官来专司,争讼的是非曲直应由官断,私人不得发表意见。在这种背景下,律师的出现对“官法”和法官的权威无疑构成了挑战,统治者自然难以容忍,必欲除之而后快。值得注意的是,当时的郑国和晋国都是实行法治的国家,由于崇尚法治,律师的角色得以产生,但在那种专制气味十足的法治下,统治者不可能容忍这种角色独立存在和发展。与法家相比,儒家的德治主张也许显得温

柔些。但儒家坚持反对法治的立场并追求无讼的治境,由此,律师制度不仅是多余的赘疣,而且是社会不和谐的凶兆。总之,无论是法家当政还是儒家得势,律师业都无从得以发展。难怪在中国漫长的历史中,律师业一直没有发展起来,民间虽然有一些从事狱讼事务的讼师,但是他们非但没有形成自己的职业共同体,反而连正式的名分也没有,竟至落得个“讼棍”的恶名。

清末以来,我们虽然引进了西方的律师制度,但是律师制度在中国几起几落,一波三折。中国律师的重建始于20世纪70年代末。20多年来,律师业从初期的恢复走向了今日的繁荣:其人数剧增,已经超过10余万人;社会地位不断上升,律师日益成为令人欣羡的职业;职业化的程度逐渐增进,行业自治与管理机制不断得到强化;业务素质日渐提高,内部的专业分工基本形成……所有这一切都令人欢欣鼓舞。然而,中国的律师业仍然存在诸多问题。其中明显的问题之一就是职业化程度不高,律师业虽然形成了自己的全国性和地方性组织,但是在管理上仍然没有摆脱行政机关的控制,没有发展成为一个独立自主的职业团体。人们都知道,律师与法官或检察官不同,他们不具有“官府”的特质,不代表国家,而是具有鲜明的民间特征。从宏观的角度,律师业的存在和发展旨在维护社会正义,守护社会的良知;从微观的角度,律师代表具体的当事人,维护其合法权益。在现代的法治国家中,通常都存在发达的民间组织和自治的职业团体,而律师协会是典型的民间组织和自治的职业团体。必须承认,当代中国的法治是一种政府主导型法治,在律师制度恢复和发展之初,政府对律师业进行直接控制和管理确有其必要。但当法治和律师业到今天这个水平,政府就应该从律师业的管理中撤出了,从而使它成为一个独立的民间组织和自治的职业团体。

实际上,律师的自治与职业化不仅是现代律师业发展的必然趋势,而且是现代法治的应有之义。

高鸿钧

2004年八月于清华园

目 录

业务进阶

- 以案论道 001 从判例看保障措施案件中“未能预见的发展”的证明问题
卢志勇
- 证据适用 006 “污点证人”作证豁免制度研究 / 徐静村 潘金贵
- 判例研究 014 关于合同、信用证与索赔权保留问题之我见
——对中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁的一宗
国际货物买卖纠纷案例的评析 / 刘彤海

业界瞭望

- 执业前沿 022 中国律师行业掀起有史以来最彻底整风运动 / 肖 山
027 律师:法律人还是中介人? / 王 颖
- 法学教育 030 由“德怀门”事件透视博士招生制度
邓正来 萧瀚 杨支柱 张鸣 童大煊

管理之窗

- 职业素养 045 如何规范法官与律师关系
苏楠 刘京华 许兰亭 孟繁旭 池英花 王建领
- 体制创新 049 合伙事务
[英]Brian D. Allingham Douglas R. Mill 著 王进喜 译

法学论坛

- 法理沉思 060 表达渠道权与民主政治 / 李树忠
068 国际商事仲裁所面临的问题
——为寻找解决方策的备忘录
[日]岩崎一生 著 韩晓非 译
- 事件剖析 074 “刘涌案”引发的若干司法问题的思考 / 陈兴良
080 深圳律协:民选会长遭遇罢免风波 / 曹筠武
- 律师说法 086 司法解释权不能突破立法权
——评“两高”有关刑事诉讼法的司法解释

雷学俊

	089	征地补偿的法律冲突 ——《土地管理法》亟待修订 / 王志学
热点话题	092	法律与传媒:法治国家的两大支柱 ——“当代中国传媒与法律高峰论坛”演讲精粹 江平 王人博 倪寿明 徐迅 浦志强 刘桂明
	096	审视司法与传媒的冲突 ——以刘涌改判案为例 / 刘武俊

史海钩沉

历史名案	100	纽约时报诉沙利文 / 方流芳 编译
------	-----	-------------------

法苑撷英

随 笔	119	讼与讼师(五则) / 梁治平
	127	非法之法不是法 ——读美国宪法的“不得立法”条款有感 / 丁 林
	135	律师怎么啦? / 孙笑侠
	138	中国律师的昨天、今天和明天 / 斯伟江
	140	律师名片的共性与个性 / 王 工
	142	什么人“经骂”,什么人“不经骂” / 资中筠
	145	无监督崇拜和大跃进情结 / 王则柯
书 评	148	无权者的权力和反政治的政治 ——《哈维尔文集》序 / 李慎之
	153	为法律寻找伦理支点 ——以美国堕胎法的理论与实践为例 / 徐 平
观点集粹	159	律协纷争暴露社团治理结构缺陷(共8篇) / 邓国胜等

Contents

Business Step

Case Debate

from Decided Cases Examining the Proof of "Unforeseeable Development" in Safeguards
Cases / by Lu Zhiyong (001)

Application of Evidence

On the System of "Tainted Witness" Immunity from Giving Testimony
by Xu Jingcun, Pan Jingui (006)

Case Study

My Opinion about the Reserved Issue of Contract, Letter of Credit and Right of Claim
by Liu Tonghai (014)

Lawyer's Outlook

Pratice Front

The Most Thoroughgoing Rectification Movement in Lawyer Profession since Lawyer's
History / by Xiao Shan (022)

Lawyer: Intermediator or Jurist? / by Wang Ying (027)

Education of law

From "Dehuaimen" Case Seeing through the Doctoral Enrolment System
by Deng Zhenglai, Xiao Han, Yang Zhizhu, Zhang Ming, Tong Dahuan (030)

Window of Management

Professional Attainment

How to Normalize the Relationship between Judges and Lawyers
by Su Nan, Liu Jinghua, Xu Lanting, Meng Fanxu, Chi Yinghua, Wang Jianling (045)

Systematic Renewal

Partner Practice
by (U. K.) Brian D. Allingham, Douglas R. Mill
translated by Wang Jinxi (049)

Law Forum

Ponderation of Legal Principle

Expressing Excess Right and Democratic Politics / by Li shuzhong (060)
Problems International Commercial Arbitration Being Faced with
by Iwazakiisyo (Japan), translated by Han Xiaofei (068)

Event Analysis

- Thinking Several Judicial Issues Initiated by "Liu Yong's Case" / by Chen Xingliang (074)
 Shenzhen Lawyers' Association: the Elected President of the Association Encountering
 Disturbance of Recall / by Cao Yunwu (080)

Lawyer's Comment on Law

- Right to Judicial Interpretation cannot Break through Legislative Power
 by Lei Xuejun (086)
 Law Conflict of Requisition Land / by Wang Zhixue (089)

Hot Topic

- Mass Media and Law: the Two Strong Pillars of a Legal State
 by Jiang Ping, Wang Renbo, Ni Shouming, Xu Xun, Pu Zhiqiang, Liu Guiming (092)
 Looking Closely at the Conflict of Justice and Mass Media / by Liu wujun (096)

Uncovering Historical Anecdote

Historic Case

- New York Times v. Chauvinism / translated by Fang Liufang (100)

Cream in Law Garden

Essay

- Lawsuit and Legal Gentleman / by Liang Zhiping (119)
 A Unlawful Law is not a Law / by Ding Lin (127)
 What's the Matter with Lawyer? / by Sun Xiaoxia (135)
 Chinese Lawyers' Yesterday, Today and Tomorrow / by Si Weijiang (138)
 Generality and Individuality of a Lawyer's Name Card / by Wang Gong (140)
 Who can "Endure Curse", Who cannot "Endure Curse" / by Zi Zhongyun (142)
 Worship without Supervision and Great -Leap- Forward Feeling / by Wang Zeke (145)

Book Review

- The Power of a Man without Power and the Politics of Anti-Politics
 by Li Shenzhi (148)
 Seeking the Supporting Point of Ethics for Law / by Xu Ping (153)

Viewpoint Collection

- The Dispute in Lawyer Association Revealing the Defect of Mass Organizations'
 Governance Structure / by Deng Guosheng etc. (159)

从判例看保障措施案件中

“未能预见的发展”的证明问题

卢志勇*

序 言

2002年3月份,美国政府藉口外国产品的进口增长对国内产业造成了严重损害,决定对进口至美国市场的14类钢铁产品采取保障措施,征收8%~30%的额外关税。这一措施迅速遭到了来自国际社会依据WTO规则的回击。包括中国在内的21个WTO成员方联合向WTO争端解决机构就美国的贸易保护主义提出了指控,并引发了一场全球范围的“钢铁大战”。在成员方向WTO争端解决机构提交的材料中,申诉方、被申诉方各自提出了辩护理由,其中双方认为“未能预见的发展”是最易引起争议的问题。根据争议各方提交的证据材料和提出的请求,2003年11月10日WTO上诉机构就本案作出了最终裁决,裁定美国的做法违反WTO规则,并准许受损害的21个成员方对美国进行贸易报复。

一、判例的激增凸现“未能预见的发展”的重要性

尽管反倾销措施仍然是WTO成员方为保护本国贸易利益最经常使用的法律手段,但是近年来WTO成员方使用保障措施的次数却呈现出快速增长的趋势,与几年前相比,成员方似乎越来越倾向于使用保障措施来限制外国产品的进口。根据WTO保障措施委员会的统计,各成员方使用保障措施的案件在1995年为2起,到2000年增长到26起,2002年则激增至132起。另外需要指出的是,发展中国家后来居上采取保障措施的次数大有超过发达国家之势。如2002年的132起保障措施案件中,有100起是发展中国家提起的。这说明发展中国家越来越倾向于采用保障措施来保护本国的产业以及经济利益。

WTO成员方对保障措施青睐有加的原因是多方面的。首先是它在性质上不同于反倾销反补贴措施,保障措施针对的是公平贸易下的进口产品,而后者所指的对象则是不公平贸易;其次与反倾销补贴相比具有更大的隐蔽性,特别是在目前各

* 卢志勇:浙江星韵律师事务所北京分所律师,英国Sussex大学国际商法专业硕士,英国Notttingham大学海商法专业硕士。

成员方越来越防范反倾销反补贴措施的情形下,针对公平贸易的保障措施更容易被用作保护本国经济利益的工具,同时不易给其他成员方留下批评的口实。

成员方频繁使用保障措施的另一原因来自于 WTO 规则对这一概念定义的模糊性和极差的可操作性。为理解这种定义上的模糊性和缺乏可操作性,我们可以先从保障措施的历史演变着手。

《关税与贸易总协定》规定:“如因源自于‘未能预见的发展’或……的影响,使某一产品输入到该缔约方领土的数量大大增加,对这一领土内相同产品或其他直接竞争产品的国内生产者造成严重损害或产生严重损害威胁时,……可以对上述产品全部或部分地暂停实施其(受害成员方)所承担的义务,或者撤销或修改减让。”但是随后 WTO 制定的《保障措施协定》(以下简称《协定》)却没有就“未能预见的发展”作出规定,这是 WTO 成员方长期以来就该问题争议不休的主要原因。

为了解决这一问题,WTO 争端解决机构通过审理一系列案件,确定了一些原则。我认为主要有,第一在采取保障措施前必须要充分证明“未能预见的发展”存在的必要性原则;其次是“未能预见的发展”在内容上的弹性原则;第三是造成国内产业严重损害的进口增长必须与“未能预见的发展”之间存在着因果关系的逻辑联系原则。

二、证明“未能预见的发展”存在的必要性原则

由于 WTO《1994 年保障措施协定》(以下简称《保障措施协定》)没有就未能预见的发展作出具体规定,长期以来造成了一个分歧性焦点问题,即成员方是否必须在采取保障措施之前证明未能预见的发展,这种证明是使用保障措施的必要条件还是选择性条件。

在 1997 年 1 月 31 日的韩国奶制品案中,韩国政府决定对进入其国内市场的进口奶制品采取保障措施。欧共体作为韩国主要的奶制品供应商表示不服,向 WTO 争端解决机构(DSB)提出了申诉,DSB 最后裁定韩国违反了 WTO 规则,应当撤销保障措施。在支持欧共体诉讼请求的诸多理由中,首先被 DSB 认可的就是证明“未能预见的发展”的必要性的问题。本案中,韩国认为第十九条与《协定》有冲突,并坚持《保障措施协定》是成员方采取保障措施时的惟一法律依据。韩国辩称这种观点的根据是:《协定》第一条意在表明该协定是适用保障措施的惟一规则,并没有表示《关税与贸易总协定》第十九条的不同规定或额外规定应当同样适用于保障措施。因此在 WTO 成立之后,《协定》是各成员方使用保障措施时的惟一法律。专家组反驳了这种意见,裁定 WTO 的所有义务都是叠加的,各成员方必须同时遵守所有义务,第十九条与《保障措施协定》之间也不存在冲突。本案上诉机构维持了专家组意见,并对《保障措施协定》和《关税与贸易总协定》的关系也作出了解释,认为成员方采取保障措施时必须同时符合第十九条和《保障措施协定》的规

定。上诉机构的判决表明第十九条和《保障措施协定》的条款具有同等效力,因此成员方在采取保障措施之前必须要论证“未能预见的发展”的存在。本案裁决可以说是对证明“未能预见的发展”必要性的初步认定。

对证明“未能预见的发展”的必要性继续被 1998 年 4 月的阿根廷鞋类案所确认,本案中阿根廷国家外贸委员会决定对非南锥体共同市场国家进口的鞋类产品采取临时保障措施。欧共体指出,阿根廷违反了 GATT 第十九条;阿根廷则提出,GATT 第十九条与 WTO 协议附录 1A 的注释有冲突,后者应当具有更高效力。专家组沿袭了与韩国奶制品案近似的观点,认为第十九条与《协定》是不可分割的整体,其规定的权利和义务必须综合分析。该案上诉机构同意这一结论是正确的,并认为 WTO 规则的制定者并非是想以《保障措施协定》来取代第十九条,而是在 WTO 协议生效后各成员方使用保障措施时,必须同时符合这两者的规定。据此,由本案对第十九条和《保障措施协定》关系的裁决可以看出,争端解决机构支持证明“未能预见的发展”是采取保障措施的前提的观点。

类似的争议在美国钢铁案中再次被提出。但是该案审理机构以明确的方式再次肯定了证明未能预见的发展的必要性,上诉机构以清晰的语言宣布:“论证未能预见的发展是采取保障措施的先决条件(英文使用了 Pre-requisite 一词),这种论证应当在使用每一项保障措施前予以完成。”上诉机构维持了专家组意见。至此,对论证未能预见的发展必要性的争论可以说是划上了句号。成员方在未能充分证明“未能预见的发展”前就采取保障措施,将不会被 WTO 规则支持和准许。

三、内容上的弹性原则

早在 GATT 时代的 *Hatter's Fur* 案中,争端解决机构就已经发现了“未能预见的发展”在概念上的模糊性。该案中美国提高了进入其市场的女用皮毡帽制品的关税。被该保障措施影响的捷克斯洛伐克就该措施提出质疑,认为女用帽子样式的变化不属于第十九条规定“未能预见的发展”的范畴。但是专家组最后裁定应当尊重美国提高关税的做法。因为专家组认为,“未能预见的发展”应当解释为发生在关税减让谈判后的情况,所以要求减让方的谈判人员在谈判的时候就能够或应当预见所有的情况是不合理的。简言之,只有当关税减让谈判之后的发展是参与谈判的成员方不可能在谈判时就预料到的,才能被认为是未能预料。这种观点被后来的一系列 WTO 判例所确认。但是专家组的这一裁定实际上扩大了第十九条关于“损害”规定的范围。在具体操作中它造成这样一种情况,只要缔约方证明该增长是由于在谈判时无法预见的原因引起的,该缔约方甚至可以限制另一成员方正常的进口增长。

WTO 争端解决机构对未能预见的发展的扩大性解释一直延续到最近的美国钢铁案。本案中美国共提出了四个理由支持未能预见的发展的成立。

首先,美国把钢铁产品消费量的削减归咎于亚洲经济危机。专家组则认为在

美国钢铁市场消费量削减之前亚洲金融市场就出现了危险的信号并产生了动荡,故此亚洲金融危机并非是无法预料,所以不构成未能预见的发展。但是由于亚洲金融危机导致了大量钢铁产品涌入美国国内市场,这种情形则属于未能预见的发展;其次,本案专家组认为未能预见的发展可以由已经发生的事实演变而来。美方提出的因苏联解体而导致苏联钢铁产品对美的大量出口被视为未能预料;最后美国还提出,在亚洲金融危机和苏联解体的冲击下,全球经济一度低迷,经济增长普遍减慢或衰退。但是美国国内市场却保持了强势增长,同时美元也持续坚挺,超出了预料,也被专家组确认为未能预见的发展。本案上诉机构最终维持了专家组的意见,也就是说,尽管在美国采取保障措施之前这些事实就已经发生,亚洲金融危机和苏联解体仍然被争端解决机构确认为未能预见的发展的情形之一。

综上,该案专家组在界定未能预见的发展的范围时,仍然没有作出一个清晰和严密的定义,在该概念的内容上继续保持宽松的态度。与 WTO 以前的判决相统一,只要缔约方能够证明该情势是在其参与关税减让谈判时没有或不可能预料到的,即可以在一个有相当弹性的范围内论证这种“未能预见的发展”的存在。

四、进口增长与“未能预见的发展”之间的因果关系原则

然而对“未能预见的发展”内容的弹性化界定并不意味着 WTO 规则允许保障措施的滥用。缔约方在证明未能预见的发展后,往往会发现最大的困难不是证明它的存在,而是如何证明进口增长造成的产业损害与未能预见的发展之间存在着因果关系。WTO 争端解决机构为了解决这一问题,经过了从“逻辑上联系”到“因果关系”的演变和确认过程。

首先,《GATT 1994》第 19 条规定进口增长必须“源自于”未能预见的发展(*If, as a result of unforeseen developments any product is being imported in such increased quantities as to cause or threaten serious injury to domestic producers*),这是保障措施案件中各方争议的另一焦点问题。

大部分争议集中在证明未能预见的发展与进口增长的关系上面,在美国羊肉案中上诉机构裁定,一个适当的机关进行调查时,必须提供一个“合理和充分的解释”(reasoned and adequate explanation)来支持其作出使用保障措施的决定。事实上,上诉机构正是通过审理保障措施案件,来不断明确证明这种关系必要性的。在韩国奶制品案中上诉机构将“源自于”解释为一种联系未能预见的发展与进口产品增长的“逻辑上的联系”(logical connection)。在缺乏这种逻辑联系的情况下,不得对该产品使用保障措施。美国钢管案(*US-Line pipe*)则裁定非引起进口增长的事件不能被视为证明未能预见的发展的“合理和充分的”理由。

最后争议各方在具体案件的审理过程中发现,证明这种逻辑关系的存在极为困难。再举美国钢铁案为例,美国在调查报告中列举出大量的数据和图表来说明

美国国内市场的强势增长、美元坚挺、前苏联解体以及亚洲金融危机引发的世界钢铁市场衰退,这些因素足以构成未能预见的发展。专家组在承认这些证据的真实性和未能预料性后,又同时裁定美国并没有合理和充分地解释进口增长与未能预见的发展之间存在着逻辑关系。

为了说明美国采取保障措施做法上的错误,专家组引用英语词典对“源自于”(as a result of)从字面上进行了文义解释。根据《简明牛津英语词典》,“源自于”指来自于一定行动、过程或设计的影响、后果或结果。由此类推,保障措施下的进口增长必须是受未能预见的发展影响而产生的。因此,成员方采取保障措施的时候,仅仅证明未能预见的发展的存在是不够的,他还必须证明造成国内产业严重损害的进口增长是由于未能预见的发展影响而产生的,二者之间存在着逻辑关系。最终,上诉机构维持了专家组决定,认定美国采取保障措施的做法违背了《GATT 1994》第19条的规定,对未能预见的发展没有能够给出合理和充分的解释。

在专家组阶段,美国钢铁案的专家组要求美国必须解释进口增长与未能预见的发展之间的联系。并认为美方的调查建立在一个模糊的建议和观察之上,这些观察认为由于前苏联解体和亚洲金融危机引起的货币贬值导致了大量钢铁产品涌进美国市场。但这种可能性只是建立在假定的基础之上,仅考虑了亚洲和前苏联钢铁市场受金融危机影响而发生的衰退,缺乏对整个全球市场的全面调查。因此美方虽然辩称其在调查报告中考虑了亚洲金融危机和前苏联解体所带来的外汇兑换比率的剧变,理由并不充分,最重要的是,美国没有能够证明进口增长造成的严重损害与这些未能预料的情况之间逻辑联系的存在。因此专家组裁定,美方应当提供更为广泛和一致的证据来解释其钢铁产品的进口增长是如何源自于这些未能预料的情形。同时美国也没有能够对未能预见的发展的影响给出一个合理和充分的解释。换句话说,就是美国没能充分证明“未能预见的发展”与造成严重损害的进口增长之间存在着因果关系。

从对以上未能预见的发展与进口增长的因果关系的分析可见,虽然在WTO规则下各成员方发起的保障措施调查越来越多,但是未能预见的发展的证明问题将可能成为WTO争端解决机构制约成员方滥用保障措施的一个手段。成员方对该定义的论证特别是对其与进口增长之间逻辑关系的论证将可能影响到整个案件的胜负。

综上所述,今后如果我国准备使用保障措施限制国外进口产品,应当在论证未能预见的发展问题上特别谨慎,要做好证据的搜集以及未能预见的发展与进口增长之间逻辑联系的论证工作。特别是目前我国已经越来越多的涉入保障措施争端案件的形势下,更应当重视这一点,以免授人以柄。

(本文为首发稿,转载须经本刊同意。)

“污点证人”作证豁免制度研究

徐静村* 潘金贵**

丹宁勋爵指出:“每个法院都必须依靠证人,证人应当自由地、无所顾虑地作证,这对执法来说是至关重要的。”在现代刑事诉讼中,如何保障证人“自由地、无所顾虑地作证”,从而有效地帮助法院查明案件事实,正确作出裁判,一直是各国证人作证制度构建中重点关注的问题之一。由于我国现行刑事证人作证制度存在诸多缺陷,因此,学界对如何改革完善我国刑事诉讼中的证人作证制度进行了较多的探讨。然而,这些研讨,基本上是以怎样有效保障与犯罪无涉的“清白证人”出庭作证为出发点并进行论证的,而对怎样有效保障与犯罪有关的“污点证人”出庭作证却鲜有论及。随着犯罪的复杂化、隐秘性、有组织性日益增强,在我国刑事诉讼中,建立科学合理的“污点证人”作证制度,亦即作证豁免制度,对于打击、惩治某些特殊类型的犯罪无疑具有重要意义。

一、误解与判读:作证豁免、拒绝作证特权辨析

(一) 作证豁免 (immunity of witness) 的概念及性质

根据美国《布莱克法律词典》的解释,在刑事法领域,作证豁免是指“政府赋予证人不受刑事追诉的自由 (Freedom),以换取该证人的证言”。并进而解释道:“通过赋予作证豁免,政府可以强迫该证人作证而不受宪法第五修正案反对强迫自证其罪特权的约束,因为证言不再使该证人自陷于罪。”作证豁免制度中的证人是指涉嫌犯罪的证人,即所谓“污点证人” (Tainted Witness)。从美国法及其他国家或地区的立法来看,污点证人主要包括两种情形:一为本身是犯罪分子的污点证人;二为本身是侦查人员但参与了犯罪行为的“卧底”污点证人。本文主要探讨第一种身份的污点证人的作证豁免制度。

在我国论及作证豁免的著述中,基本上将作证豁免的性质理解为证人的一种权利或特权。如一些学者翻译的《美国法律词典》中,就将作证豁免译为:“在司法或立法程序中,通过给予特定的人以免于自证犯罪的特权,以保证真实地作证的

* 徐静村:西南政法大学教授,博士生导师。

** 潘金贵:西南政法大学讲师。

一种方法。”其实,这是脱离了美国作证豁免制度的基本内容和法律背景的误解或误译。首先,美国法中,作证豁免并不适用于立法程序。在美国,立法机关如国会可能在特殊情形下,针对特定案件进行调查时,对证人实行作证豁免,但美国立法机关针对特定案件的调查程序并非立法程序。其次,在美国法中,作证豁免的性质并不是证人享有的权利,更不是证人享有的“特权”,而是作为追诉方的政府所拥有的权力。在美国联邦及各州有关豁免的法律规定中均未将作证豁免定性或表述为证人的权利(Right)或者特权(Privilege),而美国学者的有关论著中,也基本持此看法。在美国作证豁免制度中,证人对豁免基本没有任何自主权和处分权,证人至多可以向政府提出作证豁免的请求,但根本不是也不能向政府方主张豁免的权利,更谈不上豁免的放弃。政府方拥有作证豁免的绝对控制权,是否豁免、豁免谁、如何豁免完全由政府方决定。可见,作证豁免的性质是政府拥有的司法“权力”而不是证人享有的“权利”或“特权”。

(二) 作证豁免与拒绝作证特权辨析

拒绝作证特权,是指“在法律程序中,证人不必回答某些特定类型的问题的规则”,是一项特别的法定权利。相比较而言,学界对证人拒绝作证特权的研究更为深入,但不少学者将拒绝作证特权误解为作证豁免。如有学者就认为:“所谓证人豁免权或免证权问题,即英美法系国家中所说的证言特权(或译为“特权”)问题。”实际上,作证豁免与拒绝作证特权亦即豁免与免证之间有质的区别,完全是两个不同的概念和两项不同的制度。二者的主要区别在于:(1)性质不同。如前所述,作证豁免是一种国家权力,而拒绝作证特权是基于保护特定的社会关系而依法赋予证人的一项公民权利。(2)证人身份不同。享有拒绝作证特权的证人与犯罪无涉,其本身是清白的,即“清白证人”;而被实行作证豁免的证人本身是犯罪的参与者,只不过因作证指控他人而对其刑事责任予以豁免,即“污点证人”。(3)证人应否提供证言不同。享有拒绝作证特权的证人可以依法拒绝提供证言,国家不得强制其作证,而证人一旦被实行作证豁免,就必须提供证言,此时提供证言是证人的义务,国家可以强制其作证。(4)法律后果不同。享有拒绝作证特权的证人拒绝提供证言的,不因此而遭致不利的法律后果;而被实行作证豁免的证人拒绝提供证言的,将被视为藐视法庭而受到处罚。此外,作证豁免与拒绝作证特权两种制度之间并不冲突,取得豁免的证人仍然可以依据享有的拒绝作证特权而拒绝作证。

二、考察与借鉴:比较法视野内的作证豁免制度

作证豁免制度主要在英美法系国家的刑事诉讼立法中存在,尤其美国的作证豁免制度最为发达和完善,具有代表性,而大陆法系极少数国家在个别情况下也有所适用。

(一) 美国作证豁免制度概述

1. 美国作证豁免制度的适用范围

《美国法典》第 6002 条“豁免总则”规定：“无论何时，如果证人根据反对强迫自证其罪的特权，拒绝在下列机构或其附属机构：(1)美国联邦法院或大陪审团；(2)美国联邦的某个行政机构；(3)国会两院、两院的联合委员会、或者隶属两院的委员会、或者隶属两院的委员会的下属委员会的程序中作证或者提供其他信息，而该程序的主持者告知证人，已经根据本部分的规定向其签发了作证命令，则证人不得依据反对强迫自证其罪的特权拒绝遵从作证命令……”可见，在美国，作证豁免不仅适用于刑事诉讼程序，而且适用于行政程序和国会调查程序。本文主要对刑事诉讼中的作证豁免制度进行研讨。

2. 美国作证豁免制度的基本类型

从美国联邦及各州的法律规定以及美国的司法实践来看，美国法中，作证豁免有四种类型：

(1)罪行豁免。这是指不得对被豁免的证人在其提供的证言中涉及的任何犯罪事实进行起诉的豁免形式。在这种豁免中，证人因作证而被彻底免除了刑事责任，其犯罪污点被彻底清除。美国联邦法律并不禁止适用罪行豁免，但联邦最高法院在有关判例以及国会在据此修改的成文法中，对罪行豁免设立了两条限制：其一，罪行豁免只豁免证言内容所证明的行为，并不豁免证人的伪证责任，如果证人在取得豁免后作伪证，可以根据其证言追究其伪证罪的刑事责任。其二，罪行豁免仅适用于证人回答控方提问时需要证人证明的行为，不适用于证人证言中与提问无关的回答所描述的行为。因此，罪行豁免并不是免除证人一切犯罪行为的刑事责任，对于作证时证言中涉及的非本案要求其证明的犯罪行为，证人此后无权主张罪行豁免。

(2)证据使用豁免。这是指被豁免的证人提供的证言或任何根据该证言而获得的信息不得在随后进行的任何刑事诉讼中用作不利于该证人的证据的豁免形式。与罪行豁免不同的是，这种豁免并没有彻底免除证人的刑事责任，其犯罪污点被有限清除。如果政府方根据“合法的、独立的来源”（即不是来源于该证人的证言或其派生证据）掌握了该证人犯罪的足够证据，仍然可以对其进行追诉。因此，相比较而言，证据使用豁免对于政府方较为有利，而对证人则存在一定的风险。反之，罪行豁免由于彻底免除了证人的刑事责任，证人对于证言及其派生证据中涉及的犯罪行为，不存在任何再受到追诉的可能性，因而对证人较为有利。目前，在美国联邦系统主要采用的是证据使用豁免。在州系统，约有一半的州采用的是证据使用豁免。而在有的州，如堪萨斯州《刑事诉讼法典》第 22—3102 条，既规定了罪行豁免，也规定了证据使用豁免，由检察官裁量适用。

(3)非正式豁免。这是指不采用法律规定的豁免而由检察官作出不起诉决定以换取证人提供证言的豁免形式。在美国，如果证人愿意在得到豁免的情况下作证，不少检察官宁愿通过与证人达成协议即证人同意作证以换取检察官的不起诉承诺的方式来向证人提供豁免，而不采用法定的豁免来向证人提供豁免。对检察