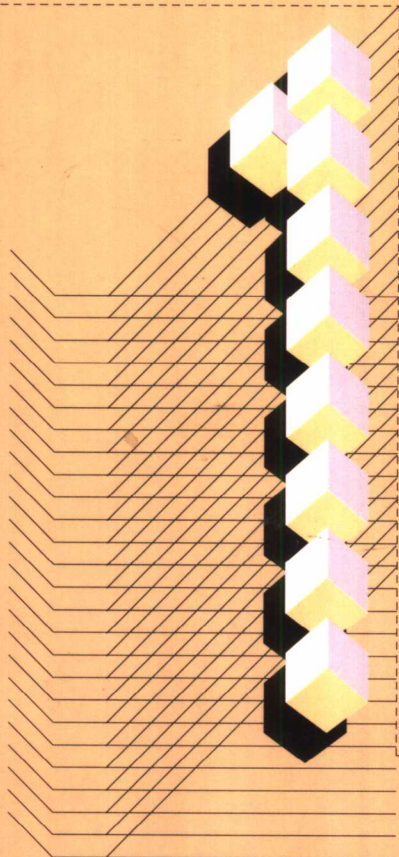


LAWYER DIGEST

律师文摘

2002 · 第四辑 · 总第四辑



时事出版社

{ 律师文摘 }

编辑委员会 / 江平 / 梁定邦
张思之 / 贺卫方

执行编委 / 谭礪 / 刘海蛟
李海周 / 孙国栋
董志军

主编 / 孙国栋

编者 / 王景智
梁小玲

2002 · 第4辑

总第4辑

时事出版社

LAWYER / **DIGEST**

图书在版编目(CIP)数据

律师文摘. 第4辑 / 孙国栋主编. —北京: 时事出版社, 2002
ISBN 7-80009-737-4

I. 律… II. 孙… III. 律师业务—案例 IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 080337 号

出版发行: 时事出版社

地 址: 北京市海淀区万寿寺甲 2 号

邮 编: 100081

发行热线: (010)88547590 88547595

传 真: (010)68418647

电子邮箱: shishichubanshe@sina.com

经 销: 全国新华书店

印 刷: 北京时事印刷厂

开本: 787×1092 1/16 印张: 17 字数: 280 千字

2002 年 10 月第 1 版 2002 年 10 月第 1 次印刷

定价: 25.00 元

律师之心性

律师乃时下时髦行业。君不见,律之师者一袭轻装、一纸文牒,奔走肆行街巷,出入堂皇高楼,雄辩于法庭公堂、媒体舞台之内,谈笑于灯红酒绿、杯光交筹之间。值此“凝视”年代,律师忽得春风杨柳,与体育、文娱明星、企业家、IT精英交相争辉,构成时代之绚丽斑斓。律师通晓律条、明法穷理,且通达世事、问疑辨难,较之其他人等尤现事理情理、道德良心。但正因如此,律师一业规范自重,万民瞩目,自不待言。

日前读报,作家张炜尝言:“我惧怕自己对世界没有感情。”闻得此言,本人为之动容。于兹商事社会,物欲横行,德性式微。虽律师者,也概莫能却其熏染。盖因利得精神人人有之,而人心若水,得其下流而害身家黎民,得其上善而利万物苍生。物欲熏心,则水流不净,水流不净,则污染心灵,而治理心灵污染,恐怕仅有万贯家资则难以奏效。若千万律之师者循此污流,则国家民族哀莫大焉。

律典制度亦易使人只见律条、不见心性。执著于法律概念与逻辑,素为法律人基本训练之要旨。然此等训练颇有缺失:习律者只闻律令之声、无视芸芸众生之悲情。久而久之,通律者身为律奴、心为讼累,渐成“对世界没有感情”的“单向度的人”;其更有甚者,少数挑唆狱讼之徒浑水摸鱼、牟取暴利;长此以往,虽法典蔚然壮观,然民心失尽,律师若成就大业,恐怕亦殊艰难。

惟其如此,律之师者既为自由职业者,当有自由之性格,人文之精神,松柏之风骨,苦难之感情,见贵不低、见民不高,则我国民主法治昌盛有望,国泰民安矣。

舒國澄

二〇〇二年晚秋一於國潮帝

目 录

第一编 学术论坛

一、法理沉思

001 法院的独立与责任 / (美)葛维宝 著 葛明珍 译

017 讼学与讼师:宋代司法传统的诠释 / 陈景良

二、判例研究

038 知识产权的权利保护与权利穷竭制度的冲突与协调
——以“BBS 铝制车轮案”为例 / 胡开忠

三、事件剖析

056 司法改革可否“脱轨”运行
——检察官出庭支持民事案件诉讼一方引发争议 / 王进

四、律师说法

064 完善公司治理结构的基本法律问题 / 江平

067 公司(治理)的法哲学问题 / 李曙光

五、经典回放

069 法律的目的是保护和扩大自由 / (英)约翰·洛克 著 叶启芳 瞿菊农 译

第二编 业务进阶

一、证据适用

078 质证规则研究 / 沈丙友

二、论辩艺术

106 一位大师的反对询问
——辛浦森案中名律师贝利对洛杉矶市警局富曼警官的反对询问
(美)Brian Kennedy 著 郭乃嘉 译

三、精彩辩词

123 民国大律师曹汝霖辩词二则 / 刘袁魁 选

第三编 业界瞭望

一、执业前沿

126 律师执业责任赔偿制度探索 / 张晓勇 刘海

131 解析律师责任保险条款 / 王淑敏 姜彦宏 刘春平



- 二、他山之石
- 136 德国的辩护人:高度规则化的职业
(德) Erhard Blankenburg Ulrike Schultz 著 杨亚沙 译

- 三、法学教育
- 159 论中国的法律教育 / 王健

第四编 管理之窗

- 职业素养
- 178 诚实信用的概念起源 / 郑强
- 185 市场秩序的信誉基础 / 张维迎
- 198 诚实守信的义务
——《香港事务律师执业行为操守指引》第七章 / 张富强 丘琳 译

第五编 史海钩沉

- 一、百代风流
- 201 卡多佐的法律遗产 / (美) A. L. 考夫曼 著 张守东 译
- 二、历史名案
- 210 清代文字狱史的最后一幕:《苏报》案 / 齐鹏飞

第六编 法苑撷英

- 一、随 笔
- 228 卢梭论说文二则:论法律
论立法者 / (法) 让·雅克·卢梭 著 何兆武 译
- 236 法学公民与知识英雄 / 许章润
- 239 外国“法呆子”与我国“法巧子”主义 / 范忠信
- 243 “五月花号”上所承载的东西(外一篇) / 黄鸣鹤
- 250 律师,你到底累不累 / 朱伟一
- 二、书 评
- 253 正义为何如此脆弱 / 万俊人



Contents

Part 1. Academic Forum

1. Ponderation of Legal Principle

Independence and Accountability of Courts / by Paul Gewirtz (U. S. A.)

Translated by Ge Mingzhen (001)

Lawsuit Learning and Shyster:

——Annotation of the Judicial Tradition of Song Dynasty

by Chen Jingliang (017)

2. Case Study

Rights Protection of Intellectual Property and Conflict and Coordination of Rights - Exhausted System / by Hu Kaizhong (038)

3. Event Analysis

Whether does Judicial Reform Move "off the Orbit" or not? / by Wang Jin (056)

4. Lawyer's Comment on Law

Fundamental Legal Issues of Perfecting Corporation Governance Structure

by Jiang Ping (064)

Philosophical Jurisprudence Issues of Corporation (Governance) / by Li Shuguang (067)

5. Retrospect of Classics

Law Aims to Protect and Enlarge Freedom

by Locke (U. K.)

Translated by Ye Qifang, Qu Junong (069)

Part 2. Business Step

1. Application of Evidence

Research into Cross - Examination Rules / by Shen Bingyou (078)

2. Debate Art

A Great Master's Cross - Examination / by Brian Kennedy (U. S. A.)

Translated by Guo Naijia (106)

3. Splendid Defense Statement

Two Pieces of Defense Statements of Cao Rulin, a Grand Lawyer of the Republic of China

/ Selected by Liu Zhongkui (123)

Part 3. Lawyer's Outlook

1. Practice Front

Probe into Regime of Liability for Compensation in Practice of Lawyer

/ by Zhang Xiaoyong, Liu Hai (126)

Analysis of Lawyer's Liability Insurance Articles

by Wang Shumin, Jiang Yanhong, Liu Chunping (131)



2. Stones from Other Hills

Highly Regularized Profession / by Erhard Blankenburg Ulrike Schultz (Germany)

Translated by Yang Yasha (136)

3. Education of Law

On Education of Law in China / by Wang Jian (159)

Part 4. Window of Management

Professional Attainment

Conceptional Origin of Honesty and Credit / by Zheng Qiang (178)

Credit Foundation of Market Order / by Zhang Weiying (185)

Commitment of Honesty and Credit

——Chapter 7, Code of Conduct of the Barristers and Solicitors of HongKong

Translated by Zhang Fuqiang, Qiu Lin (198)

Part 5. Uncovering Historical Anecdote

1. Historic Celebrity

Legal Legacy of Cardozo / by A. L. Kaufman (U. S. A.)

Translated by Zhang Shoudong (201)

2. Historic Case

The Last Act of Literary Inquisition History of Qing Dynasty: Su Bao Case

by Qi Pengfei (210)

Part 6. Cream in Law Garden

1. Essay

Rousseau's Essays: On Law

On Legislator / by Jean Jacques Rousseau

Translated by He Zhaowu (228)

Jurisprudential Citizens and Learned Heroes / by Xu Zhangrun (236)

Foreign "Law Idiot" and Chinese "Law Dabster" / by Fan Zhongxin (239)

What "May Flower" Carries / by Huang Minghe (243)

Lawyers, Are You Really Tired or not? / by Zhu Weiyi (250)

2. Book Review

Why is Justice So Fragile? / by Wan Junren (253)

目录翻译 屈新

法院的独立与责任

(美)葛维宝* 著 葛明珍** 译

每个对中国目前司法改革曾深思远虑过的人都会懂得,改革的一个根本因素是必须加强司法独立。这是理所当然的。必须加强法官个人、法庭以及整个司法系统的独立性。只有这样,中国的法院才能起到社会期待的它应该起到的作用。然而学者与改革者在寻求加强司法独立途径的同时,必须充分理解司法独立这一概念的复杂性以及司法独立如何与司法责任及司法限制等概念合理并存。成熟的法律制度的特点是既有司法独立也有司法责任。中国不能也不应回避两者间必然存在的矛盾。其难点一是理解这些概念之间的恰当关系;二是在法官行为和设立机构间关系时寻求上述各概念间的正确平衡。本篇短文力求对这些至关重要的努力有所贡献。

一、司法独立的功能

这里所说的司法独立的核心是在免受不当控制和影响的情况下合法公正地判案的能力。法院要想行使其社会大众期望的主要职能,则司法独立必不可少。这些职能包括:1. 解决法律争端;2. 阐明公众可以依靠的法律准则;3. 保障法定权利;4. 限制政府不法行为。法院的这些传统职能都需要独立的司法机构,在市场经济社会中更是如此。(我在此处简称为“市场经济”的概念系指广义社会,承认社会一般由市场、规制和计划政策混合组成以构成经济生活。)

很显然,独立乃公平解决纠纷之必需。在法官不独立而受制于他人或受到不当影响的情况下,纠纷很难依法公正地得到解决,而往往会按照那些控制法院或给法院不当影响的人的意志了结。结果自然是对各当事人不公。但除此之外,对整个社会制度也有不利影响。例如,在市场经济条件下,如果纠纷得不到中立公正地解决,市场便无法有效地运行。市场的行为者不再相信自己的愿望会得到尊重。没有公平解决纠纷的法院,市场的行为者便不得不对自己的

* 葛维宝(Paul Gewirtz):Potter Stewart Professor of Constitutional Law, Yale Law School, 耶鲁大学教授,中国法律中心主任。我非常感谢何杰森先生(Jonathan Hecht)对本文所提的意见和菲利普·陈先生(Philip Chen)的协助调研。——作者注

** 葛明珍:中国社会科学院法学研究所博士生。



行为进行事前和事后的扭曲来保护自己——合同价格将会上升、市场价格将会上涨、本可成交的交易和投资将会泡汤、经济上无效益的行为将会泛滥。

同样,法院要前后一致地阐明法规也需要司法独立。法院不仅要裁决纠纷,在裁决纠纷时人们还期待法院以规则为其行为基础,期待法院在其裁判文书中详细阐述有关规定。不管这些规定是源于法令、行政法规或宪法规定,还是完全出自法官之手,经过司法阐述的规定有助于建立市场可以得以发展的基本框架。市场经济特别需要前后一致的游戏规则使人们能够有章可循。在法官不独立的地方,不能指望他们会前后一致地依法行事,他们将受其他利益的左右。当人们不能依靠前后一致的规定作出经济安排时,就会劳民伤财地见风使舵,导致资源的无(低)效益配置。

法院要公平有效地保护法定权利,司法独立同样必不可少。权利是所有致力于保护个人或企业的现代社会的基石,因而也是现代法制的基石。由于不能期望当事人(无论是政府还是非政府性的)自行裁决其权利或义务,我们诉诸法院以作此裁决。权利可以被写在纸上,但在现实世界中,权利常常被有义务尊重它的人所无视。因此,为了实现权利,需要有可供权利人求助并能中立、公正地裁定权利是否遭到侵犯的独立的机构。不独立的法院——实际上,无法时时体现大无畏精神的法院——是难以发挥其在保护权利方面应有的作用的。

同样,法院要发挥其在约束政府非法行为方面的关键作用,也必须有司法独立。即使从最狭窄的意义上说,“法治”概念的核心要件也还是政府受法律约束。不受约束的政府是对自由和秩序的一种威胁。要使法律约束在现实世界中变得有意义,法院独立最为重要。政府本身做不到这一点,因为任何实体都不可能成为约束自己的最终裁判者。例如,政府经常是法律诉讼的一方——正如“任何人不应成为其本身行为的裁决人”一样,任何人都不应控制或不适当地影响裁决自己行为的人。如果我们希望政府有法律的约束——我重复一遍,这是“法治”的实质——那么法院就必须独立,并且在相应的案件中享有独立的权力来裁定政府是否违反了应受的法律约束。

二、独立与责任的矛盾

法官缺乏独立,就不能充分行使上述任何重要职能。然而,独立并不是我们期望法官应具备的全部特征。我们还期望法官依法而不是任意定案。我



们期望法官不偏不倚。我们期望法官“独立”，但并非独立得无法无天。独立性可以通过腐败或不合法的裁决被滥用而使法官法外用权。法官可能出错。法官大权在握。人类活生生的经验告诉我们，允许任何人或机构行使基本上不受制约的权力是多么危险。

这就是为什么在我们坚持法院独立的同时，又应当承认对独立要有所限制及需要某些形式的司法问责制的原因。于是便出现了成熟的与发展中法律制度所共同面临的根本困境：如何在不侵犯法院发挥其基本作用所必须的司法独立的条件下为限制滥用司法权力而确保充分的司法责任和约束。在不同的社会中，这一困境的具体表现形式可能不同，但此类矛盾无处不在。

既然经验告诉我们司法独立绝对必要却又相对脆弱，那么坚持以独立为起点，把各种适当形式的问责制看作是对独立原则的必要限定就是正确的。这为我们思考独立和责任之间的矛盾提供了一个可贵的“思维框架”。但要理解这些矛盾并以一个更为具体的方式界定独立性和问责制之间的恰当平衡，需要的就不仅仅是一个“思维框架”了。

独立与责任之间的矛盾主要在三个方面起作用：1. 法官内在的自我界定和信念（“思想意识”）；2. 法院体制本身内在的动因和关系（“内部关系”）；3. 司法体系与其他机构之间的关系（“外部关系”）。换言之，独立性部分是思想意识问题，部分是结构问题——责任和约束亦是如此。

（一）意识

法官内在的自我界定和信念——他们的意识——对保持司法独立及确保司法约束至关重要。没有支撑独立的结构就不可能有独立，而没有坚持独立的意识，则任何结构都不可能产生独立。司法独立要求法官本人自我认定自己是独立的。它要求有抵制和克服任何对外部人士或派别或当局的义务感的意志——更不用说抵制外部为强制或扭曲其判断所作努力的意志了。（我们最近看到巴基斯坦有一个此种意识的例子：那儿的新军事首脑要求最高法院法官签署一项誓言，保证执行军事当局的紧急状态命令。有几名法官勇敢地拒绝宣誓，遭到免职。）司法独立亦要求一种中立判案、克服偏见的内在承诺。它要求正直。这亦属于思想意识。

正如法官的意识是维护司法独立的关键，法官的意识也是确保法官受到约束的关键。一个法官对其作用的自我界定应包括这样的信念：法官不可为所欲为、应受法律约束、受遵循就职誓言义务的约束、公正无畏地伸张正



义、遵循适当程序、撰写合理的判决书——简单地说,就是作一名“法官”。换言之,法官必须抵制过度的独立意识可能产生的自我放纵。法官首先应当为忠实于法律而自觉奋斗。这方面最大的悖论在于司法独立归根结底是一种促成司法服从——服从于法律——的手段。

简而言之,司法独立和约束在很大程度上都是法官自我界定的产物。独立要求法官必须有作为法官必须独立的信念。同样,司法约束的关键在于法官在司法职能范围内接受具有约束力的程序。愤世嫉俗的人总是对司法行为的这些内在约束嗤之以鼻,但实际上,对大多数司法体系中的大多数法官来说,这些约束绝非无足轻重。

我当然不是说独立或自我约束仅仅是法官的个人意志问题。思想意识受各种外部因素的影响。结构安排可以加强也可以削弱独立性和问责制。此外,范围更广的社会及文化条件也在起重要作用。社会准则能够加强独立。这些准则因法官融于社会而被内在化并成为法官良知的一个方面。因此,发展支持司法独立的更为广泛的文化信念和社会理想十分重要,部分原因是因为这些广泛的信念和理想能够影响法官自身的意识。独立要求的不是英雄举动,它应成为法官固有日常行为的一份子和强化他人理想的一部分。例如,政治领导人令人信服地赞扬司法独立的反复讲话不仅可以减少外界对司法行为的干涉,而且能够形成一种培养法官独立意识的更为广泛的社会氛围和“社会意识”。同样,社会准则也能够约束独立。像人类大多数自我约束一样,法官的自我约束通过文化的强化和教育而得到发展。实际上,任何法官都无法完全脱离自己所处社区的社会准则——这就是为什么完全的思想独立实无可能的原因。

像其他地方一样,在中国,法官的教育和培训将继续成为发展独立和约束的司法意识的关键。在有些人眼里,司法培训项目作为推动司法改革的手段有些微不足道。“培训”似乎只是在一个法官一个法官地推动司法改革,在某些情况下似乎毫无希望,因为一些正在接受“培训”的法官缺少起码的素质,根本就不该被任命为法官,也因为培训本身无法解决那些甚至连最好的法官也难以实现其抱负的结构性缺陷。

应当承认培训的局限性和问题——它不能代替其他根本性改革。但培训涉及当前司法的某些现实。鉴于这些现实不可避免,所以不能忽视。培训项目能够强调司法职能和司法技巧的独特因素——法律分析技能、法庭程序规则、判决书起草等。它能激励法官思考司法职能,可以在法官中建立一个



专业化的自我形象。有理由认为,司法独立和适度的司法自我约束都将随着法官在“法官”行为方面变得更为熟练——司法技巧的各个方面变得更加自如,接受司法职能的各个因素变得更为自觉——而得到加强。集体培训法官这一行为本身就能增强他们作为执行社会特定功能的“法官”的身份。基于所有这些原因,加强中国的国家法官学院和美国的联邦司法中心这样的机构显然十分重要——这些由司法界自身管理的机构把法官聚集在一起,提高他们的专业技能及自身特殊职业身份的意识,并且,作为机构,体现“法院”的特殊性和法官力争上游的意愿。

(二)内部关系

法院系统的内部关系也影响法官的独立与责任程度。在所有的司法系统中,法官都要受司法系统本身内部机制的制约,并对其负责。这一点最明显地体现在合议庭和上诉体制中。这些约束本身都不直接影响司法部门作为整体的独立性——确切地说,这些约束涉及受司法官员本身的控制和影响,而不是非司法官员的“外部”干涉。但这些约束的确影响了单一法官的独立性。那么,约束适当与否的界限何在呢?

合议庭要求多数或全体参加合议庭的法官同意才能作出判决,从而约束单一法官。但独立的理想绝不意味不受合议庭其他成员更周到的观点的影响。如果某一法官在合议庭中处于少数乃至法庭判决与其个人可能采取的做法相左,这也不违反任何司法独立的理想。但我认为,如果不允许合议庭法官在审议时畅所欲言或某一法官的观点在审议中不作数,那么司法独立就受到了损害。如果裁决职能实际上不是由合议庭,而是由某个站在合议庭背后、指定裁决结果的个人或实体行使,那么司法独立也受到了损害。

上诉制是一种责任制。它肯定限制了下级法院的独立性。^①然而上诉制作为一种责任制,它促进了司法系统那些本身就与独立性息息相关的重要理想:依法裁决、准确裁定、在上诉法庭管辖区内保持裁决的一致性等等。此外,如果上诉法庭本身是独立的,则其裁决将会因约束了下级法院的腐败和不公而直接提高司法部门整体的独立性。上诉制还因减少由其他机构介入处理法院系统内部权力滥用和错误的需要而提高司法独立。通过上诉形成的有效的内部约束和问责机制是使某些对司法独立进行的外部约束成为不必要的原因之一。

在这里也许可以谈谈中国法院的“审判委员会”。要是这些审判委员会仅仅是复审下级法庭工作的上诉法庭,就不会像现在这样存有争议了。然



而,审判委员会似乎是在不依上诉程序进行听证的情况下裁决案件的。如果一个审判委员会在不对当事人进行听证并脱离公众视野的情况下判案,那么该案初审和一般上诉阶段享有的各种保障此时便荡然无存。审判委员会可能提供了一些人认为必要的某种程度的问责和约束,但审判委员会的做法似乎有悖于一个正常运作的司法体制的其他理想目标——即应该通过对当事人公开的程序裁决案件,应该由听证法官裁决案件等等。

对于在中国下级法院有时会就尚未裁定的案件请求上级法院给予指导意见的做法,以及案件未判定时法院院长有时会影响法庭的做法也有类似关切。美国和其他国家一样,特别规定在某些情况下可以进行“中间上诉”,允许当事人在下级法院作出判决之前向上一级法院提起上诉。在某些情形下还有“确认”的规定:允许某一法院于案件在一审法院尚未判决之时就某一法律问题向另一法院请求确认答案。但是这两种情况的一个必要要素是:“中间上诉”或“确认问题”都是通过向当事人公开的程序裁定的。在中国,有时允许未参与法庭听证的法官参与裁决的机制不能为司法裁决提供充分的程序保障,并且损害了听证法庭中确已存在的程序保障。此外,当潜在的“上诉”法官参与初审裁决时,上诉权利便受到损害。上诉法官实际上已经先入为主,不可能指望他此后会对裁决作出有意义的上诉复审。

司法系统内部还有两种责任和约束值得一提。其一是先例体制。在先例体制下,法官不仅受成文法和其他法律的约束,而且受在具体案件中对这些法律的权威性司法解释和运用的约束,特别是上级法院的司法解释和运用。对先例体制优缺点进行评价本身就是一件十分复杂的事,超出了本文的范围。但认识到先例体制在不牺牲司法独立重要内容的条件下,约束有可能任意妄为的法官和使整个法律体制更具一致性方面的价值是十分重要的。

在某些国家,证明对司法独立和问责之间取得适当平衡十分重要的另一个内部机制是执行司法道德。司法部门本身有时会在内部建立司法道德规则和司法道德机制,以便执行那些在一般上诉范围之外的道德规则。²典型的做法是规定有关司法行为不当的指控得提交给一个法官委员会,由该委员会进行调查。法官委员会可以非正式地处理有关控诉,也可以对当事法官采取更为强制性的纠正措施(一般不解职或处以刑罚)——法官委员会也可以驳回指控。

这种司法道德体系——有时是由法院基于其自身固有的权威观念发展起来的;有时是根据立法机构赋予它们的权威发展起来的——通过寻求减少



有损独立的影响来促进司法独立。正在受调查和纪律处罚的法官的“独立”确实受到约束。问责工具本身腐败的问题不容回避,起码有此可能,从而更令人担忧,它可能变成运用捏造行为不当罪名惩罚真正独立但人缘不好的法官的工具。内部执行机制也可能因法官“官官相护”而变成掩盖错误行为的装置。为减少此类情况的可能,受到指控的法官和提出指控的控诉人都必须受到公开申明的程序保护。拥有有效的自我纠察机制的司法系统更有能力打消其他机构插手纠察的努力。鉴于其他机构在保护司法独立方面往往不如法院本身那样敏感,司法系统的内部机制也许更能保护司法独立。

(三)外部关系

对司法独立的最大威胁往往来自外部而非内部。(当然,在外来干预最大的司法体制中,外部控制的日常机制可能源于那些知道如何执行外部意志而无需就每个案子接受直接指示的高级司法官员。)其不当影响或控制可以包括恫吓、贿赂、单方接触、非法免职、拒绝执行法院判决以及其他一些可能。它可以像暴力一样残酷无情,也可以像请客吃饭一样温良恭俭让。它可以损害单一法官或整个司法体系的独立或二者一并毁之。在某些社会中,对法院的干预是偶然的。在极端情况下,当局根本不希望司法独立,而是试图彻底控制国家权力的全部机构,并且不惜将司法独立可能带来的众多社会利益牺牲殆尽。

但即使在处于另一极端——极为尊重司法独立的社会,法院也与其他政府机构有着广泛而复杂的关系。这些关系的很多方面显然限制了法官的“独立”,但许多此类限制与被正确理解的司法独立理想全无矛盾。问题的关键依然是界定并执行对法官正当与不正当控制及影响的界限。

在几乎所有的法律体系中,非司法政府机构都在以多种方式影响司法:通过选任法官;通过为法院拨款;通过制定法官必须执行的法律;通过界定法院的管辖权;通过参与执行法院的判决(更不要说在法庭上争辩)等。换句话说,法官没有自我任命、决定任期、为自己的运作拨款、制定自己执行的大多数法律、界定自己的管辖权、往往是在无需其他政府官员的协助下执行自己判决的“独立”。在上述各个领域中,都是由非司法机构设计司法行为并促成司法问责制的形式。这种外部机构涉入法院工作的做法往往不被认为是司法独立的不当损害,但在各个领域中都存在可能损害司法独立的潜在因素,必须加以抵制。

请允许我举几个例子说明有此类问题出现的法院与其他政府机构间的



交往。

1. 任命、免职与制裁

不同的法律体系选任法官的方法不同,规定的任期也不同。不同的司法选任方法和标准可以不同的方式影响司法行为。在选任过程中,始终存在着掌握任命权的机构期望(甚至形成谅解)所定人选实际上不独立而是寻求任命机构希望看到的某些结果的危险。人们往往会建立和发展一些任命机制以努力减少这种危险,并努力降低任何单一政治派别或政府部门在司法任命中的影响力。在某些国家,不同的机构享有任命法院某一部分法官的权力。在美国,联邦法官由总统任命,但必须由参议院批准。而参议院可能由另一政党控制。再说无论如何,参议院总有自己的主张。在某些州中,法官候选人由应该为无党派倾向的委员会提名。

然而通过任命影响法院构成的力量是不可避免的。至少从“法律现实主义者”时代开始,我们就知道法官可以弥补法律漏洞、明确解释法律。而一个法官的起始司法哲学和法律观点将帮助他形成弥补漏洞和明确法律的方式。因此,法官的任命不可避免地影响着法律发展的方向。这些任命可以对“纠正”在任命机构看来法院此前所走的弯路产生影响。任命机构在有意或多少地运用这种影响力。近年来在美国,尤其是在法律实施过程中对法律含义享有最大影响力的高级法院的法官任命中,任命机构经常有意识地考虑一个未来法官的司法哲学(有时还考虑该法官对当前某些具体法律问题的看法)。他们把此视为是对多方面可以独立并通过解释和运用法律对社会有广泛影响力的司法系统的一种合法的民主和政治制约。他们把此视为一种司法责任。

这也许并不错,但在美国,那些任命法官的人对自己任命的法官之表现经常感到惊讶和失望却令人瞩目。这突出反映了美国的一个关键问题:即便那些任命法官的人有试图影响法院的权力,但他们对法官的直接权力在作出任命之时便烟消云散了。作为独立的法官,他们有广泛的权力决定自己的航向。

美国宪法第三条规定联邦法官不仅任命终身,并且任职期间不得被减薪。这被视为联邦司法系统独立性的主要保障。但许多其他国家及美国许多州则对其管辖下的法官赋予其他任期——例如,任命到一个固定的强制性退休年龄;任命一个固定任期绝无被重新任命的可能;或任命一个固定任期有重新被任命的可能等。这些国家和州一般都认为自己的体制符合司法独



立原则。在法官需经重新任命时,司法独立所受风险最大,因为法官可能会以自己的司法行为迎合讨好掌握重新任命权的机构。这种风险以可以被重新任命前任期较短时为最大,因为这使任命机构得以将法官紧紧控制在手中。在美国,州一级的法官有时由公众选举产生,并且要连选才能连任。尽管在某些州这一做法已经根深蒂固,但它给司法独立造成的风险似乎不小。法官经常要作出人们不喜欢的判决——有时是法律使然。让法官的任命与再任命取决于多数人说了算的当选和再当选可能导致司法的过度政治化,很可能减少法官积极保护少数人群和不受欢迎的个人的权利的意愿,这些权利往往针对多数人的。

美国联邦体制使司法独立成为可能的一个关键因素是:法官一旦被任命,任职期内不受免职,极端情况除外。美国宪法规定,只要“行为良好”,联邦法官得任职终身,只有经过美国参议院弹劾才能被免职。正如亚历山大·汉密尔顿在写于1788年《联邦党人》第78篇中所称:“没有什么能够像法官终身制对司法稳固和独立做出如此重大的贡献。”多年来,用于免职的标准是非常严格的。自从1789年联邦司法系统建立以来,只有极少数几位联邦法官经弹劾程序被免职。如果弹劾和免职轻而易举,自然不可能有司法独立。(如果可以很容易地通过把法官调到吸引力较小的司法职位上以示惩罚的话,同样不可能有司法独立。)除免职程序外,法官参与腐败和犯罪行为还可以被起诉。从而在理论上造成了可能使和者甚寡的法官成为被诬陷犯罪的牺牲品的风险,但实际上这种情况在美国几乎闻所未闻,因为司法独立的理想已被广泛接受。事实上,美国的检察官对司法犯罪指控极为谨慎,因为他们深知哪怕开始一项犯罪调查都会给司法独立带来何种风险。如果犯罪证据确凿,司法腐败案件当然要追究,但检察官行事通常十分谨慎。

在美国,对司法独立的尊重以及对妨碍司法独立的担心导致确立了一个法官近乎绝对免于民事被诉的豁免权。法官作出被证明是“误判的”判决可以在上诉法院被推翻,但“错误的判决”几乎从来不会导致法官遭受任何其他形式的个人制裁。只有在最极端的情况下,有法官行为规律表明法官无能或者有腐败的证据,才会对法官加以制裁,事实上很少这样做。在一般上诉程序之外,绝无可使官员们审查和制裁单一“错误判决”的正常程序。如果有的话,美国的司法独立将受到严重威胁。

有两点说明:第一,政府官员和其他人对法院的裁决确实常有批评。在美国的言论自由制度下,很难想象不出现这种情况。但有些人甚至把这一点

