

THE JUDGE

IN A DEMOCRACY

# 民主国家的法官

[以]巴拉克 著 毕洪海 译



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

宪政·中国与世界 | 张千帆 主编

THE JUDGE

IN A DEMOCRACY

# 民主国家的法官

[以]巴拉克 著 毕洪海 译

法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 译者前言

### 立宪民主的守护者<sup>\*</sup>

这部《民主国家的法官》，作者是以色列前最高法院院长阿哈龙·巴拉克。关于法官或最高法院在民主国家中的角色，巴拉克的思考是逐渐发展和成熟的，他曾经以类似主题发表过多篇论文和演讲，<sup>〔1〕</sup>本书即是他2002年在《哈佛法律评论》上所刊之文

---

\* 写作这篇前言耗费的时间远超过其他“箭弦文章”，但乐趣与启发也远非后者所能比。在这里要特别感谢张千帆教授，他最先引我见了此书，我才有机会了解到文字之外的精彩。感谢曾经担任巴拉克院长司法助手的特拉维夫大学法学院伊赛·罗森-兹维(Issi Rosen-Zvi)教授，他帮我查找了一些关于以色列最高法院的基本情况，尤其是宣布议会(Knesset)立法违宪的案件。感谢以色列巴依兰(Bar-Ilan University)大学法学院的厄里·阿伦森(Ori Aronson)博士发来他的文章作为参考并核实有关数据。感谢翟小波、田飞龙和谭道明等学友提出的进一步完善本文的建议。同时要感谢法律出版社的高山与钱小红两位编辑为本书所付出的工作。

〔1〕 Aharon Barak, *The Role of a Supreme Court in a Democracy, and the Fight Against Terrorism*, 58 *University of Miami Law Review* 125 (2003); Justice Matthew O. Tobriner Memorial Lecture: *The Role of a Supreme Court in a Democracy*, 53 *Hastings Law Journal* 1205 (2002); *The Role of the Supreme Court in a Democracy*, *Israel Studies*, Vol. 3, No. 2 (1998), pp. 6-29.

的扩展,<sup>[2]</sup>系巴拉克司法经验和理论的系统总结。虽然他没有在此书中提出更进一步的主张,但仍然是他最重要的著作。他的观点简明但不简单:民主国家的法官除了解决纠纷,还肩负着弥合法律与社会的差距、保卫宪法和民主的职责。在此基础上,他就实现这些司法职责的手段、司法与立法和行政部门的关系提出了自己的主张。就前者而言,恐怕少有人能够抽象地加以反驳;然而在具体的制度和方法上,他的观点引发了非常大的争论,包括司法裁量、目的解释、诉讼资格、政治问题原则、比较法在司法判决中的适用,等等。

巴拉克是以色列宪法革命的积极推动者,被称作以色列的“约翰·马歇尔”(John Marshall),以色列最高法院因为他的法律意见而取得了违宪审查权。他的司法哲学通过最高法院的判决,影响到了国家和社会生活的各个方面。巴拉克任内的最高法院是以色列自由主义司法哲学的巅峰,堪与美国的沃伦法院时期相提并论,被英国的沃尔夫勋爵誉为世界上最好的最高法院之一。<sup>[3]</sup>理查德·波斯纳调侃说,如果有诺贝尔法学奖,他一定是名列前茅的候选人。<sup>[4]</sup>与此同时,巴拉克领导下的最高法院的超级能动主义(Judicial Hyper-activism)遭到了来自右翼政治力量、宗教团体和保守主义法官的激烈批评,陷入了政治风暴的中心。以色列最高法院被称作世界上最反民主的法院,是最危险的部门;巴拉克本人则被称作世界上最能动的法官之一。<sup>[5]</sup>

正因如此,《民主国家的法官》至少可以有三种不同的解读:第一是宣言书,巴拉克系统地阐述了自己的司法哲学,告诉读者他一直以来

---

[2] Aharon Barak, Foreword: A Judge on Judging: The Role of A Supreme Court in A Democracy, 116 *Harvard Law Review* 16 (2002). 该书还有一个希伯来文版, Aharon Barak, *Shofet Behevra Demokratit*, Nevo Publishing, 2004。

[3] Eli M Salzberger, Judicial Activism in Israel, in Brice Dickson (ed.), *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, Oxford University Press, 2007.

[4] Richard Posner, Enlightened Despot, *The New Republic*, April 23, 2007. 该文后来被收入波斯纳的《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2010年版,第331~336页。

[5] Robert H. Bork, Barak's Rule, *Azure* 27, Winter, 2007.

关于法官作用的思考;第二是教科书,巴拉克阐释了基于以色列经验的自由主义司法哲学,并且告诉读者他认为该怎么做;第三是自辩书,法官在进行审判的时候也是在接受审判,该书也是巴拉克在面临批评、质疑时扪心自问自己是否一个好法官所交出的答辩状。就此,我们必须进入到这本书背后的故事,才能更好地理解这里的说教、阐释和申辩。

### 一、以色列的宪法革命

当人们还在争论以色列有没有宪法的时候,以色列最高法院已经推动建立了违宪审查制度,取得了宣布议会立法无效的权力。所以问题的关键不是以色列有没有宪法,而是有什么样的宪法。就现代国家和政权建设而言,国际社会的共识是,一个真正的立宪民主国家必须存在保护最低限度基本人权的宪法或人权法案,同时具备有效的违宪审查机制。倘若只有关于国家机构的规定,这样的宪法就是部分而非完整的宪法,这样的国家机构就是“没有灵魂的机构”。〔6〕自1948年建国直到1992年,以色列一直都没有正式的权利法案。1992年3月,以色列议会(Knesset)通过了两部基本法:《人的尊严与自由基本法》(Basic Law: Human Dignity and Liberty)和《职业自由基本法》(Basic Law: Freedom of Occupation)。这两部基本法一经颁布,巴拉克就撰文指出,这标志着以色列发生了一场“宪法革命”。〔7〕甚至有消息称,这两部法律的很多内容实际上是由巴拉克亲自捉刀的。〔8〕不过在当时,大部分人都没有意识到两部这基本法的宪法意义,完全是一场“静悄悄

---

〔6〕 Daphna Barak-Erez, From an Unwritten to a Written Constitution: the Israeli Challenge in American Perspective, 26 *Columbia Human Rights Law Review* 309 (1995).

〔7〕 Aharon Barak, The Constitutional Revolution: Protected Fundamental Rights (Hebrew), *Mispat U-Mimshal* 1, No. 1 (1992). 转引自 Doron Navot and Yoav Peled, Towards A Constitutional Counter-Revolution in Israel? *Constellations* Vol. 16, No. 3 (2009)。

〔8〕 Patricia J. Woods, Israel's Court-Driven Constitutional Revolution, Paper presented at the annual meeting of the American Political Science Association (Sep 01, 2005)。

的革命”。〔9〕后来的事实证明,以色列宪法革命的真正推动者并非议会,而是最高法院。〔10〕

### (一) 失去的承诺与妥协

以色列的制宪问题自建国之初就提上了议事日程,但由于各种原因,错过了这一制宪时刻。1947年11月29日联合国大会通过的第181号决议规定:两个国家应在结束委任统治之后选举制宪大会,通过宪法。1948年5月14日以色列的建国宣言,也明确要在1948年10月1日前通过宪法。但以色列建国第二天就爆发了第一次中东战争,制宪的步骤也因此被打断。

除了国家安全和周边环境这一现实因素,以色列错失“制宪时刻”更多是因为内部分歧,最主要的是以色列领导人、时任总理大卫·本-古里安(David Ben-Gurion)和宗教派别的反对。本-古里安认为,宪法观念是在前几个世纪中形成的,其所依据的经济和社会背景已经不存在了。鉴于当时所处的环境,以色列需要的不是权利法案,而是义务法案。当时的国家领导人不太可能接受一部以限制政府权力和保障人权为目的的宪法,这样的宪法与以色列建国者们所秉持的社会主义信念也难以合拍。而宗教派别将犹太人的律法(塔木德)视作最高法律,不太可能接受一部世俗的宪法,特别是对于宗教自由的问题极为敏感;同时以色列是全世界犹太人的国家,当时几百万犹太人散布在世界各地,只有少数在以色列,因此以色列没有权利通过一部宪法约束尚未到来

---

〔9〕 很多议员都没有出席投票。同时,“大部分媒体都没有报导立法的过程,电视则是完全忽视。当法律通过二读和三读时,记者报导了此事,但编辑认为没有新闻价值。大部分媒体都没有告诉读者议会通过的《人的尊严和自由基本法》是一场革命”。Gidon Sapir, *The Israeli Constitutional Revolution-How did it happen?* note 24, Bar Ilan Univ. Pub Law Working Paper No. 08-02.

〔10〕 关于以色列最高法院的推动者,存在两种解释:一种认为是议会推动的,另外一种则认为是最高法院推动的,巴拉克就持前一观点。See Patricia J. Woods, *The Ideational Foundations of Israel's "Constitutional Revolution"*, *Political Research Quarterly*, Vol. 62, No. 4 (2009).

的这些人。由于很难就这些层面达成一致,关于宪法的讨论只会加剧宗教和世俗团体之间的文化战争,所以在直接制宪无望的情况下,以色列第一届议会于1950年6月13日达成妥协,通过了“哈里里决议”(Harari Resolution):“第一届议会责成宪法、法律和司法委员会准备以色列宪法草案。该宪法由单独的章组成,每一章都是独立的基本法。在委员会完成其工作之后,这些基本法将提交给议会,合起来就成为以色列的宪法。”1958年第三届议会通过了第一部《议会基本法》,到目前为止共有11部基本法。<sup>[11]</sup>

1992年两部人权法的通过也是妥协的产物。<sup>[12]</sup>除了人的尊严和自由、职业自由之外,一部完整的人权法还应当包括诸如表达自由、宗教自由、平等权、社会文化权利的内容。然而以色列的政治分裂自1970年代末开始加剧,完整的人权法案很难获得各方政治力量的同意。因此最终采取的也是类似于“哈里里决议”的方式,将人权法案拆分为人的尊严与自由、职业自由、言论自由、结社自由四个部分,从反对意见较少的开始,逐一通过。这样才有了1992年的两部人权法。同时,这两部基本法的内容也有诸多向宗教派别让步之处。例如,在立法目的方面规定以色列是一个“犹太民主国家”,赋予宗教法庭关于婚姻问题的专属管辖权,删除了国内的迁徙自由,删除了法律面前人人平等的明确规定,等等。<sup>[13]</sup>这种妥协在1992年之后再也难以形成,所以至少在短期内,很难看到其他人权法案的通过,也不可能形成一部正式的宪法。因此,到目前而言,以色列的宪法革命还是一场“未完成的革命”。

---

[11] 这11部分别是:议会(1958)、以色列国土(1960)、总统(1964)、政府(1968)、经济制度(1975)、军队(1976)、首都耶路撒冷(1980)、司法机关(1984)、审计总长(1988)、人的尊严与自由(1992)、职业自由(1992)。

[12] 关于1992年两部基本法通过的原因,存在多种解释,see Gidon Sapir, *The Israeli Constitutional Revolution-How did it happen?* Bar Ilan Univ. Pub Law Working Paper No. 08-02。

[13] Amnon Rubinstein, *Israel's Partial Constitution: The Basic Laws*, in Mitchell G. Bard and David Nachmias (eds.), *Israel Studies: An Anthology*, AICE Publication, 2009。

## （二）基本法“高级法”地位的确立

以色列的基本法是否具有宪法地位,是否高于普通立法,基本法本身并没有明确的规定。首先,虽然基本法在形式上具有一定的特殊性,但内容总体而言就是普通法律,大部分体现的都是现有的规范。1992年之前制定基本法主要就是一个“剪刀加浆糊”的工作。其次,与普通立法相比,基本法的通过和修改程序总得来说也没有特殊的要求,只需要出席会议者过半数通过即可。以1992年两部基本法为例,《人的尊严与自由基本法》只有32票赞成,21票反对(以色列议会共有120名议员);而《职业自由基本法》则只有23票赞成,0票反对。制定程序与普通立法无异,修改程序也是如此。再次,就规范的层面而言,无论是《司法机关基本法》还是前述两部人权法,都没有明文规定法院可以行使违宪审查权,更不用说宣布议会的立法无效。

虽然基本法与普通立法在实体和形式上都没有太大的区别,但有一类条款例外:基本法中有少部分条款是刚性的(entrenched),或者说得到了加固。这些刚性条款分为程序和实体两种类型:就程序性的刚性条款而言,相关规定不可通过简单多数加以修改或撤销,而必须得到议会全体议员的过半数同意,即至少120位议员中有61位同意。例如,《议会基本法》第4条规定:“议会应当根据选举法,通过全国范围内直接、平等、秘密与比例代表制的普选产生;除非全体议员多数通过,否则本条不得修改。”还有诸如《职业自由基本法》第7条和《政府基本法》都规定只有全体议员的多数决定才能加以修改。就实体性的刚性条款而言,1992年的两部人权法都具有相似的规定:本基本法所规定的权利不得违背,除非根据法律或法律授权颁布的条例,前述法律需要符合以色列的价值、出于适当的目的而且不得超过必要的限度。该模式仿照的是加拿大1982年《权利与自由宪章》,通称为基本法的“限制条款”。根据这一内容,限制基本法所保障的人权需要满足四个条件:(1)由法律或者法律所授权的条例规定;(2)符合以色列作为犹太民主

国家的价值;(3)追求的是适当的目标;(4)没有给人权带来过分的限制,即要符合比例原则。

基本法的“高级法”地位与违宪审查权是以色列最高法院创造出来的,具有司法机关“自我授权”的意味。就此而言,存在两个具有里程碑意义的判例,即1969年“伯格曼诉财政部长案”和1995年“米兹拉希银行诉米格达尔合作村案”。这两起案件体现了1992年之前和之后最高法院解释基本法地位的不同进路,涉及的分别是《议会基本法》第4条和《职业自由基本法》第4条的刚性条款。

1969年最高法院的“伯格曼案”判决认定,议会通过的法律不符合《议会基本法》第4条所规定的选举平等原则,不符合修改这一原则所要到达的程序标准,因而是无效的。最高法院给议会指出了两条路:第一条是按照基本法重新颁布相关的法律,在立法三读的各个阶段都要得到全体议员半数的通过;第二条是修改法律以消除不平等的规定。“伯格曼案”意味着以色列开始偏离威斯敏斯特模式(议会主权),<sup>[14]</sup>司法机关开始直接监督立法机关的行为,标志着以色列进入了一个新的宪法时代。<sup>[15]</sup>然而在此案中,两个关键的问题都没有明确:第一是基本法是否具有宪法性的约束力,违反基本法的普通立法是否无效。尽管议会声称加固基本法的某些条款,但并没有明确如果议会的行为与这些条款不一致具有什么样的后果。第二是最高法院是否有权审查议会的立法。无论最高法院还是作为政府法律代表的总检察长都没有就此问题进行详细的讨论。<sup>[16]</sup>尽管在此后最高法院曾以类似

---

[14] Leslie Wolf-Phillips, The ‘Westminster Model’ in Israel: A Review Article, *Middle Eastern Studies*, Vol. 9, No. 2 (1973), pp. 231–238.

[15] Claude Klein, A New Ear in Israel’s Constitutional Law, *Israel Law Review* 6 (1971), 376–397.

[16] HCJ 98/69 A. Bergman v. Minister of Finance and State Comptroller (1969) (I) 23 P. D. 693.

理由推翻了议会的若干立法,<sup>[17]</sup>但仍然没有解决司法机关违宪审查权来源的问题。<sup>[18]</sup>

这两个问题的解决有待于最高法院 1995 年的“米兹拉希案”<sup>[19]</sup>判决。在该案中,以米兹拉希银行为代表的若干债权人认为,以色列政府取消拖欠他们款项的规定侵犯《人的尊严与自由基本法》所保护的财产权。就实体的结果而言,最高法院一致认为,政府的规定符合基本法第 8 条“限制条款”的要求。但该案的关键之处在于确立了基本法的高级地位以及最高法院的违宪审查权。巴拉克大法官撰写的多数意见认为,在以色列,议会具有双重身份,也就是两顶帽子,<sup>[20]</sup>议会一方面以普通立法机关的身份颁布法律,另一方面以制宪会议的身份通过基本法。因而基本法享有超越普通立法的宪法地位,而且只能通过基本法加以修改。具体来说,1950 年的第一届议会既是制宪会议,也是立法机关;而第一届议会的全部权力被转移给了第二届以及以后各届的议会。这种解释能够最好地体现以色列的国家意识和立法历史,自通过第一部基本法以来,议会一直在制定和修订基本法,这些基本法被普遍认为是宪法的基本组成部分。所以议会的制宪权是以色列社会制度和法律历史的最佳解释。<sup>[21]</sup>

---

[17] *Derech Eretz Ass'n v. Broadcasting Auth.*, 35 P. D. (4) 1 (1981) (推翻了议会在竞选中改变政党播出时间分配的法律); *Rubinstein v. Chairman of the Knesset*, 37 P. D. (3) 141 (1983) (推翻了议会事后修改补偿政党在竞选中花费的法律)。

[18] Robert A. Burt, *Inventing Judicial Review: Israel and America*, *Cardozo Law Review*, Vol. 10 (1989), pp. 2013–2097.

[19] *Bank Mizrahi v. Migdal Cooperative Village*, CA 6821/93.

[20] 巴拉克因此被称作“帽匠”(hat-maker)。Ariel Bendor & Zeev Segal, *The Hat Maker: Discussions with Justice Aharon Barak* (Hebrew), *Kineret, Zemorah-Bitan* (2009). 另外请参见阿里埃勒·本多(Ariel Bendor)在 2011 年 3 月 25 日在塔尔萨法律评论(*Tulsa Law Review*)举办的向巴拉克致敬的研讨会上的发言。

[21] 与巴拉克大法官不同意见的看法是前最高法院院长沙迦(Shamgar)和大法官切辛(Cheshin)的进路。前者认为议会是主权者,所以可以限制自己以及未来议会的立法权;而后者则认为“制宪权”不可转让,基本法之所以具有最高地位是因为其体现了以色列作为犹太民主国家的基本价值。

至于司法审查权的来源问题,《司法机关基本法》第15条规定,最高法院可以审理任何基于正义的考虑有必要给予救济而又不属于其他法院管辖的案件。因此,最高法院在其管辖范围内具有相当大的裁量空间。米兹拉希案的判决认定,以色列基本法的宪法地位本身赋予了司法机关审查与基本法相抵触的法律的权力。世界上绝大多数民主国家的“法律传统”要求有一个外在于议会的机构进行司法审查,这个机构就是法院;同时根据经验评估的结果,法院也是最适合决定具体立法规定是否违反基本法的机构。当然,更进一步的问题在于,司法审查是否属于最高法院的排他性管辖范围,地方法院和治安法院的法官都不得就议会立法的合宪性做出判断,目前来说尚没有一致的看法。<sup>[22]</sup>

因而,以色列基本法的宪法地位、最高法院的违宪审查权是通过判例确认的。根据“米兹拉希案”的判决,以色列基本法的宪法地位不再取决于刚性条款的存在,也不论通过基本法的多数到底是多少,因此也进一步否定了议会至上的观念,标志着以色列成为了一个立宪民主国家。<sup>[23]</sup> 所以该案是一场不折不扣的革命,是以色列真正的“马伯里诉麦迪逊案”。在过去的二十多年中,以色列最高法院援引基本法,共宣

---

[22] Suzie Navot, *The Constitutional Law of Israel*, Kluwer Law International (2007), pp. 159 – 160.

[23] Aharon Barak, *The Constitutionalization of the Israeli Legal System as Result of the Basic Laws and its Effect on Procedural and Substantive Criminal Law* 31 *Israel Law Review* 3 (1997); Yoram Rabin and Yuval Shany, *The Israeli Unfinished Constitutional Revolution: Has the Time Come for Protecting Economic and Social Rights?* 37 *Israel Law Review* 299 (2003).

布议会的六部法律或法律的部分内容无效。<sup>[24]</sup>就立法机关的反应来看,在所有这些情形下,议会或者保持沉默,或者是积极接受了最高法院的裁定。

### (三) 未完成的革命

由于基本法的宪法地位和法院的违宪审查权是通过判例确立的,而没有基本法的明文规定,以色列最高法院一直面临着篡权的指责,<sup>[25]</sup>同时基本法的制定和修改程序仍然与普通立法无异,难以与其宪法地位匹配。而最高法院在巴拉克领导时所呈现出来的超强能动性,遭到了非常严厉的批评和政治团体的抵制。波斯纳批评说,就像拿

---

[24] H. C. 1715/97 Lishkat Menahalei Hashkaot v. Minister of Finance (Piskei Din 51 (4) 367),在该案中法院宣布为投资经纪人规定新的许可机制的法律无效。与执业经纪人有关的这部分内容规定,执业不满七年者必须通过考试,法院裁定这侵犯了《职业自由基本法》。议会因此修改了法律。H. C. 6055/95 Tsemach v. Minister of Defense (Piskei Din 53 (5) 241),该案推翻了《军事管辖权法》的一项规定,即在诉诸法院之前允许拘留士兵 72 小时。议会修改了法律,将拘留的时间改为 48 小时。H. C. 1030/99 Oron M. K. v. Government of Israel (Piskei Din 56 (3) 640),在该案中最高法院推翻了一项法律规定,即给予在法律之前至少已经非法运作五年的非法广播电台(主要是国家主义宗教性质的)许可。法院认为,这一规定侵犯了其合法竞争者的职业自由,因而是无效的。议会并没有试图再次通过这些规定。H. C. 1661/05 Hof Gaza Regional Council v. The Knesset (Piskei Din 59 (2) 481),在该案中诉讼的对象是以色列从加沙地带的单方撤兵行动。在该案中,议会通过了一部补偿犹太定居者的特别法,这些定居者被从家里强制赶出来。法院裁定,撤兵行动侵犯了定居者的财产权。法院考察了该法是否符合“限制条款”的规定。最终,最高法院推翻了有关要求补偿的权利的四项规定,但是多数法院拒绝处理单方从加沙地带撤兵的实际决定,而驳回了诉讼请求。Amnon Rubinstein, *Israel's Partial Constitution: The Basic Laws*, in Mitchell G. Bard & David Nachmias (eds.), *Israel Studies: An Anthology*, AICE Publication, 2009. HCJ 2605/05 Academic Center of Law and Business v. Minister of Finance (2009), 该案中以色列议会修订《监狱条例》的第 28 修正案允许在以色列建立私人监狱。最高法院认为议会建造私人监狱主要是出于经济方面的考虑,通常最高法院并不会干预经济政策,但是此案中涉及囚犯的基本权利,将管理囚犯的权力转给私人公司不具有正当性。CHR [Criminal Hearing Request] 8823/07 Ploni v. State of Israel (2010)。在该案中,最高法院裁定议会一项临时《刑事诉讼法》中规定法院还押聆讯不需要当事人亲自到场的规定,不符合《人的尊严与自由法》获得公平审判权的规定,因为实际上否定了嫌疑人权利获得有效司法保护的途径,是不符合比例原则的。2010 年 12 月 20 日,以色列议会延长了该临时法律两年,但是对于遭到质疑的第 5 条进行了修订,规定只有最高法院的大法官才能进行聆讯。

[25] 1992 年两部基本法在讨论时,起草者曾明确表明这两部法律不会将权力转交给司法机关,也不会产生有权推翻立法的宪法性法院。Gidon Sapir, *The Israeli Constitutional Revolution-How did it happen?* Bar Ilan Univ. Pub Law Working Paper No. 08 - 02.

破仑一样从教皇手中拿过帽子戴在了自己的头上,以色列最高法院自己创造了一部宪法,然后赋予了自己违宪审查权。<sup>[26]</sup> 政治团体提出了诸多旨在限制和削弱最高法院司法审查权和受案范围的方案,<sup>[27]</sup> 或者是推翻最高法院的判决。在以色列议会具有制宪会议身份的情况下,最高法院在行使违宪审查权时也会缩手缩脚。因而以 1992 年两部基本法和 1995 年最高法院“米兹拉希案”为代表的宪法革命尚未完成,还有必要通过一部正式的宪法,巩固宪法革命已经取得的成果。

制定一部正式的宪法,除了前述问题,还需要解决诸如以色列的国家性质、权利法案的范围、司法审查和议会否决权等当前宪法争论的焦点问题。<sup>[28]</sup>

以色列国家的性质在历史上一直分裂为犹太人的国家和自由民主国家之间的争论。1992 年的两部基本法规定以色列是犹太民主国家。但是就以色列国家的双重性质能否兼容,犹太性和民主性的体现等一直是学术讨论的热点,而且因为触及了以色列本身的生存问题,所以成为最根本的宪法分歧。<sup>[29]</sup>

其次,以色列社会因为存在犹太—阿拉伯之分和宗教—世俗之分,所以以色列权利法案的范围也是相当复杂的问题。前者涉及权利法案中普世性的权利与以色列作为犹太国家的特殊性权利之间的关系,例如犹太人和阿拉伯人的平等权;后者涉及宗教自由的问题。由于以色列的政治分裂,任何政党都无法单独获得议会的多数,而必须联合其他

[26] Richard Posner, *Enlightened Despot*, *The New Republic*, April 23, 2007.

[27] 参见第二节司法的政治化。

[28] Ofer Kenig, *Israel's Long and Winding Road to a Constitution: Main Issues, Actors and Current Procedures*, Paper prepared for The Politics of Constitutional Change, 11 – 16 April 2008, University of Rennes, France.

[29] Aharon Barak, *The Values of the State as a Jewish and Democratic State*, in Mitchell G. Bard & David Nachmias (eds.), *Israel Studies: An Anthology*, AICE Publication, 2009; Ruth Gavison, *Can Israel be Both Jewish and Democratic?* in Asher Maoz (ed.), *Israel as a Jewish and Democratic State*, Deborah Charles Publications (2011), pp. 115 – 148.

的政党,宗教团体藉此可以通过政治过程施压达到目的,而对于可能削弱他们地位的宗教自由权利法案持强烈的怀疑态度。此外,以色列还缺乏对社会权利的保护,最高法院对于社会权利的解释非常狭隘。<sup>[30]</sup> 1992年两部基本法因为将消极自由的保护提升到了基本法的地位,相形之下削弱了对积极自由的保护。

再次,司法审查和议会否决权涉及司法机关和立法机关之间的关系、司法审查的范围、最高法院的组成、立法机关推翻法院判决的条件等争议问题。一个国家采取什么样的司法审查模式,很大程度上是由该国的社会—政治状况决定的。以色列司法机关的高度职业化、非代表性与议会和政府等政治部门的关系,在社会当中造成了严重的分裂,也使所谓反多数的难题极端化。诸如宗教团体在1995年之后就反对制定任何新的权利法案,以免进一步授权给最高法院;还提议设立独立的宪法法院,赋予其审查议会立法的权力;或者是改变当前最高法院的组成,从而使其更具有代表性。而在政治过程中代表不足的少数族群和弱势群体,则支持一个强大的职业化法院。

如果说初期在以色列制定宪法,依靠的是比较宪法理论和学者的观点,而现在要制定宪法,需要的则是妥协,反映社会的利益,并且解决冲突。无论如何,以色列现在最需要一部宪法凝结社会合意,就此也有不断的努力。<sup>[31]</sup> 吊诡的是,随着新经济秩序的形成、大量新移民的涌入以及巴以和平进程的受挫,很难达成制定统一宪法所需要的社会合意。因此,以色列的制宪还有很长一段路要走,在当前的环境下,或

---

[30] Daphne Barak-Erez & Aeyal M. Gross, *Social Citizenship: The Neglected Aspect of Israeli Constitutional Law*, In Daphne Barak-Erez & Aeyal M. Gross (eds.), *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*, Hart Publishing (2007), pp. 243 – 261; Yoram Rabin and Yuval Shany, *The Israeli Unfinished Constitutional Revolution: Has the Time Come for Protecting Economic and Social Rights?* 37 *Israel Law Review* 299 (2003).

[31] 关于部分的宪法方案, see Ofer Kenig, *Israel's Long and Winding Road to a Constitution: Main Issues, Actors and Current Procedures*, Paper prepared for The Politics of Constitutional Change, 11 – 16 April 2008, University of Rennes, France.

许仍然只能采取类似“哈里里决议”那样的妥协,渐进发展而无法一蹴而就。<sup>[32]</sup>

## 二、政治向右,司法向左

司法机关或许是立法、行政、司法三个部门中让人最难以理解而又必须理解的一个。如果考察美国最高法院,结果会发现其政治倾向随着社会的发展而呈现出左右摇摆,事实上也不会长时期地偏离公众的意见,甚至可以被夸张地叫做“最民主的部门”。<sup>[33]</sup>而在以色列的政治谱系中,司法机关的意识形态到却是永远在政治部门的左边,属于左翼的温和派。司法机关的这种倾向又因为高度的司法独立,尤其是独特的法官遴选程序而得到了强化。以色列最高法院呈现出强烈的能动倾向,也遭到了右翼政治力量、宗教团体的反制,高潮时出现了一场反宪法的革命。

### (一)最高法院院长指挥下的司法乐团

与以色列的法律制度一样,以色列的政治和司法制度也具有混合性的特征,兼有英国和欧洲大陆的某些特征。例如,在以色列并不存在立法和行政机关之间的真正分立,不存在两院制,议会选举实行比例代表制,因而经常导致一个多党制的议会和联合政府。<sup>[34]</sup>如果说以色列存在权力制衡,那么在制度层面上只有司法系统可以与议会抗衡。而以色列的司法系统有两个特点:一个是高度集权;另外一个的高度独

---

[32] Meir Shamgar, On the Need for a Constitution, *Israel Affairs*, Vol. 11, No. 2 (2005), pp. 345 - 358; Joshua Segev, Who Needs A Constitution? In Defense of the Non-Decision Constitutional-Making Tactic in Israel, 70 *Albany Law Review* 409 (2007); Hanna Lerner, *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*, Cambridge University Press (2011).

[33] Jeffrey Rosen, *The Most Democratic Branch: How the Courts Serve America*, Oxford University Press (2006).

[34] 事实上,以色列自建国以后,从未有一个政党当选时占有多数席位,即 61 席,因而必须通过政党之间的联合方能组织政府。http://www.knesset.gov.il/history/eng/eng\_hist\_all.htm (last visit July 1, 2011). 当前议会最大的党派仅占有 28 席,而且还是反对党。

立。这二者都是英国委任统治时期留下的遗产。

以色列的司法系统由普通法院和专门法院组成,就普通法院而言,共有最高法院、地方法院、治安法院三级,除此之外还有军事法院、劳动法院、家事法院和宗教法院等专门法院。最高法院是整个司法系统的最高首脑,是整个司法乐团的指挥,而最高法院院长是以色列最高法院的指挥,拥有远超过美国最高法院院长的权力,有机会引导最高法院朝向他希望的方向发展。以色列最高法院除了受理民事和刑事案件的上訴以外,还以高等法院的身份(High Court of Justice)负责审理与政府有关的所有公法案件,既是初审也是终审。<sup>[35]</sup>同时,以色列没有陪审团制度,所有的审判都是由专业的法官进行。以色列的司法系统是一个比较紧密的等级结构,全国现在共有 500 多名法官。最高法院在满额的情况下可以有 15 名大法官,通常是组成 3 人以上的审判委员会,重大的案件甚至由更多的大法官组成审判委员会,最高法院院长就此具有决定权。

以色列司法制度的成功很大程度上是司法独立的结果。以色列的司法独立包括实体和人身两个方面。就实体而言,《司法机关基本法》第 2 条规定:“法官就司法事项而言只服从法律的权威。”为了维持实体的独立,法官不会因为行使司法职能的行为而被追究刑事责任,即便是超过了权力的范围。

就人身方面的独立而言,具体又可以分为遴选、任职和经济三个方面。首先,以色列法官的遴选程序和法官资质的要求是非政治化的。当前的制度早在 1950 年代初期就已经确立下来,所有法官都由司法遴选委员会决定,总统任命。遴选委员会有 9 名成员:2 名内阁部长,其中必有司法部长并担任委员会的主席;3 名最高法院的法官,其中必有

---

[35] 2000 年以色列通过了《行政法院法》,地方法院以行政法院的身份受理部分行政案件,目的是减轻最高法院的负担。但如果行政法院认为某个案件提出了特别重要、敏感或者紧急的问题,也可以转交给最高法院。

最高法院的院长,另外2名大法官3年轮换一次;2名议员,通常是反对党和执政联盟的议员各1位;律师协会的代表2名。在该委员会中,法律职业的代表总数有5名,超过了半数,其中最高法院院长的意见最有分量。最高法院作为一个集团投票,而且往往会得到律师协会代表的支持。所以,如果得不到最高法院的支持,一名法官很难获得任命。这就等于说以色列的法院可以自己选择自己的继任者,这保证了以色列的法官基本上是同质化的、思想意识比较接近的一个群体,最高法院的大法官尤其如此。<sup>[36]</sup> 就任职资格而言,虽然不同层级法院法官的任命条件不同,但主要是对法律职业和专业素养而非政治归属的考虑。<sup>[37]</sup>

其次是任职的非政治化。司法任命在以色列是终身制,直到年满70岁的强制退休年龄,这个年龄高于其他公职。同时最高法院院长的选任也不受政治控制,现在的惯例是按照论资排辈。前院长卸任之后,由在职大法官中资历最深者接替。再者,以色列的法官享有类似于议员的豁免权,除非由纪律法庭决定,否则就不能被免职。纪律法庭由最高法院院长任命的法官组成,或者由司法部长、最高法院院长提议,根据司法遴选委员会的决定组成。而遴选委员会的决定必须得到9位成员中的7人支持。

再次是法官的薪水具有保障。法官的薪水由议会而非行政机关控制,基本法规定不得单独降低法官的薪水。以色列政府在建国初期就提出,法官的工资问题应该由议会决定,法官不是政府下属的公务员,其工资不应当由政府决定。<sup>[38]</sup> 就薪酬的具体标准而言,最高法院大法官的薪酬待遇与内阁部长相同,院长的待遇则与总理相同。在建国初

[36] Martin Edelman, *The Judicial Elite of Israel*, *International Political Science Review* (1992), Vol. 13, No. 3, pp. 235 - 248.

[37] 最高法院的大法官的选任也不是完全无视候选人的意识形态。前最高法院院长巴拉克对鲁斯·加维森(Ruth Gavison)提名最高法院大法官持激烈反对态度。加维森被是一位著名右翼的法学家,对于以色列最高法院的能动主义持强烈的批评态度。

[38] Nir Kedar, *Democracy and Judicial Autonomy in Israel's Early Years*, *Israel Studies*, Vol. 15, No. 1(2010), pp. 25 - 46.