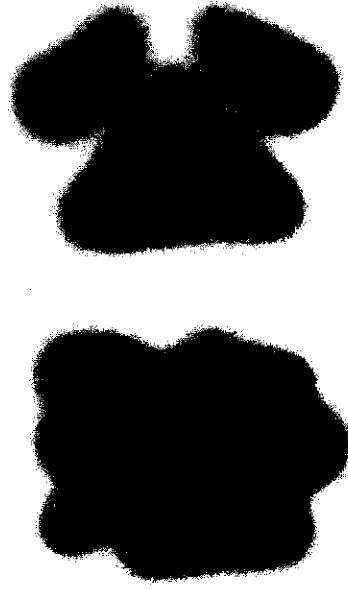


夏勇 总主编

Public Law Review In China



信春鹰 编 第三卷

法律出版社

## 法院的独立及问责制\*

(Independence and Accountability of Courts)

葛维宝 著

葛明珍 译 梅江中 译审\*\*

- 一、司法独立的职能
- 二、独立性与问责制的矛盾
- 三、过渡及“次而求其之”的问题

每个对中国目前司法改革进行过深思远虑的人都会懂得，这些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以及它应该起到的作用。然而在学者与改革者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及其如何与司法问责制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性也有司法问责制。中国不能也不应回避两者间必然存在的矛盾。其难点在于：1. 理解这些概念之间的恰当关系；2. 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。

---

\* 我非常感谢何杰森先生(Jonathan Hecht)对本文前一稿所提的意见和菲利普·陈先生(Philip Chen)的协助调研。

\*\* Paul Gewirtz, 葛维宝, 耶鲁法学院 Potter Stewart 宪法教授, 中国法律中心主任。葛明珍, 中国社会科学院研究生院法学系 99 级博士生。梅江中, 联合国译员。

## 一、司法独立的职能

我在此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须。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事。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的解决,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,期待法院在其判决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,他们将受其他的利益的左右。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)效益分配。

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、独立性与问责制的矛盾

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，又承认对独立要有所限制及需要某些形式的司法问责制是正确的原因。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问责制和约束。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，那么坚持为独立为起点，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。这为我们思考独立性和问责制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。

独立性与问责制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——问责制和约束亦是如此。

### (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。这些亦属于思想意识。

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,就是做一名“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。愤世疾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分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性与问责制程度。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作法相左,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。

上诉制是一种问责制。它肯定限制了下级法院的独立性。(这里包括往往在一般上诉成为终审后提供的各种形式的“定罪后复审”,比如人身保护令。)然而上诉制是一种问责制,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,但审判委员会的作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作法,以及案件未判定时法院院长有时会影响法庭的作法也有类似关切。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做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需要素是:“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问责制和约束值得一提。第一种是先例体制。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第二种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。(除了解决司法行为不当问题,这些规则和机制往往也处理司法无力和司法无能问题。)典型的作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。法院委员会可以



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作法往往不被认为是对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或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问责制。

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,他们所任命的人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,任命到一个特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。尽管在某些州这一作法已经根深蒂固,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,这些权利往往是针对多数人的。

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作出如此重大的贡献。”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”的正常秩序。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也视作是对司法独立的威胁。不管怎么说,批评完全不同于并远不及试图将法官免职的威胁那么严重。第二,在法官有固定任期并可以重新任命或重新当选的地方,人们常会认为有规律表明这些法官会“错误判决”而反对他们被重新任命或重新当选。有人赞扬这是一种有益的问责形式,也有人认为这是为什么允许重新任命或重新当选法官的体制会威胁司法独立的一个原因。

## 2. 拨款

法院拨款也给政府其他部门以影响司法的极大权力。法官的薪水,法院的房屋建设和维修,给法院提供足够的图书馆及资助人手等,所有这些最终都掌握在非司法官员手中。这种权力可以用来加强司法独立(例如,给法官充足的报酬将减少腐败并易于吸纳高素质法官)。这种权力也可以用来不当控制或影响法院。如前所述,在美国,宪法保证联邦法官的报酬在任期内不会减少,此乃旨在保护司法独立的一种与拨款有关的措施。但鉴于美国政府立法部门对法院预算的权力如此之大,拨款对司法独立的潜在威胁依然存在。

有鉴于此,美国司法独立得以有效生存在很大程度上是政府其他分支自我约束,及其即使在保持某些司法问责制措施的同时仍有对保

护司法独立重要性的自我意识的结果。此外,还有各种结构性机制和规则给予司法独立重要的保护,使其免受拨款可能产生的对独立的潜在威胁。我在这里举三个例子以便说明,它们并不代表问题的全部。

第一,在美国,至少在联邦层次上,国家预算程序中的司法预算与众不同。政府部门的预算申请通常提交给管理与预算办公室(总统办公室的一个部门)供其修改,然后由总统将总体联邦预算提案提交国会。但根据联邦法,联邦司法部门的预算不受管理与预算办公室修改,必须将司法部门起草的预算原文提交国会。这种程序不能消除政治过分干涉的风险(国会本身仍然有权通过它想通过的任何预算),但此特别程序降低了这一风险并加强了尊重司法独立的文化。

第二,在界定法院管辖权时,考虑到了要努力减少“地方保护主义”可能产生的某些对司法独立较为极端的危害。在许多国家,包括美国,地方法院由地方当局任命和拨款。这些地方政府寻求保护地方利益,这样做也许不一定对,但可以理解。地方保护主义现象可以对国家经济产生不利影响。地方政府偏爱地方利益,便会不公正地对待外来人,并因阻碍外来人本来要作的投资和生意而阻碍国家经济的发展。在法院的诉讼案件中,如诉讼一方是本地人而另一方来自外地,就会有特别的危险。在此情形下,一个有利于外来人的判决可能对当地产生不利影响或至少对当地的一个居民产生不利影响。由于法院会感到自己依赖于给自己拨款和任命的地方当局,由于有时地方压力极大,于是便存在当地法院偏向地方当事人的危险;或者判地方当事人胜诉,或者不执行不利于地方当事人的判决。

这些问题在美国建国时就十分令人关切。真的,我的那些关心中国目前地方保护主义问题的中国朋友在了解到地方保护主义曾受到1787年美国宪法的起草人相当程度的关注时总是十分惊讶。这些宪法的制定者力图建立一个全国性的经济市场,十分担心地方政府和地方法院所遵循的地方保护主义会阻碍其目标的实现。于是,这些起草人采取的步骤之一是通过宪法建立规制州际贸易的联邦权力。与此同时,逐渐形成了一些对地方政府规制涉及数州人士商业活动的权力的限制。宪法制定者针对地方保护主义采取的另一个、也是与我们的讨论最为相关的措施,是规定由联邦法院补充各州及地方法院——联邦

法院是由联邦政府任命和拨款的。对于州法院可能在涉及本州公民和外州公民的诉讼中有地方保护主义行为的担心，宪法制定者的相应作法是规定这些新的联邦法院有权裁决此类案件，这就是所谓的联邦法院的“多样性管辖权”。

这种“多样性管辖权”（尽管有人批评说现在它已无存在的道理，但在美国联邦法院存在至今）的前提是由联邦官员任命和拨款的法院比州法院搞地方保护主义的可能性要小。当然，“多样性管辖权”背后的动因可以导致各种不同的结构性安排。中国那些受中国地方法院的地方保护主义困扰的人可以考虑多种改革方案。例如，不必建立分离的国家和地方法院体系，赋予地区性法院而非地方法院以裁决“多样性”案件的权力，或者建立特别的“商事法院”。这里的根本点是由当地拨款和任命法官有产生可能损害司法独立的地方保护主义压力的危险，而解决此问题的一种方法就是让那些不依赖地方拨款和任命的法官来裁决这些案件。

第三，美国的宪法规定限制对司法独立有特别危险的拨款机制。美国宪法<sup>①</sup>规定的“法律正当程序”要求法官秉公行事。如果案件的结果关系到法官的私人经济利益，就违反了“法律正当程序”的原则。这一原则被认为意味着法院拨款机制不得使法官在偏向任何一方中有任何直接的经济利益。例如，法院罚款不得直接用于法官薪金或法院预算，因为那样可能给法官罚款以不恰当的激励。同样，法官签发搜查令才有报酬而不签发则无报酬的拨款机制也是站不住脚的。正如最高法院曾经说过的：“正当程序条款不允许可能引诱作为一名普通人的法官使其忘记判定被告有罪必需的举证责任或者可能使他在公诉人和被告之间不能保持良好，清楚，及真正平衡的任何程序。”

### 3. 制定法律

当然，除进行司法任命及提供拨款外，其他政府组织还可以通过制定法律控制法院。这里不仅包括实体法，而且包括规定作为一个整体

<sup>①</sup> Marshall 诉 Jerrico 公司一案，446 U. S. 238, 242(1980)；同时参见 Tumey 诉俄亥俄州一案，273 U. S. 510(1927)；Ward 诉 Monroeville 村一案，409 U. S. (1972)；Connaly 诉佐治亚州一案，492 U. S. 488(1974)。

的司法及具体法院的管辖权的法律。立法机构经常委托法院制定其系统内程序规则的权力,并且实际上这是司法对其自身独立的自我意识的一个重要因素——然而这种委托的权力是可撤销的。除通常的宪法性要求的例外之外,立法机构通常拥有实质上是无限制的权力来制定法院必须适用的法律和修改法院已经适用的法律。这也意味着立法机构有权通过推翻先前法律的司法解释的法律——一种使法官负责和受约束的有力途径。的确,仅仅立法机构可以行使这种权力的可能性就可能对司法过渡扩张的一种有效的遏止力量。这些立法权力都是对司法“独立”的重要的约束。

然而,这里必须强调一个根本性区别。尽管如果立法部门或行政机构修改经过解释的法律或通过一项广泛适用的新法律而对司法解释所作的立法或行政“推翻”通常可以被接受,但由立法或行政机构试图“推翻”某一具体案件的结果则大不一样,而且往往有失妥当。那样做等于篡夺裁决案件这一核心司法功能,并将损害司法独立。此外,像立法机构这样主要着眼于广泛政策问题的机构,是否有必需的机构能力和经验来审理具体案件也值得怀疑。审理具体案件要求筛选具体化了的事实并对其使用具体法律。的确,人们可能会问,如果担心法院可能受不当影响或不完全有能力解决复杂的法律案件,干嘛要对立法者抱有更大的信心呢?

在美国,法院必须拥有裁决案件的最终权力,这一原则在各种规则中均有表述。例如,一个早已既定的规则是,如果某行政机构有权推翻某法院案件的审判结果,法院便会因此认定自己在此案中的职能是非司法性质的,从而拒绝审理该案件。在美国最高法院最近裁决的一宗案件(Plaut 诉 Spendthrift 农场公司, 514 U.S. 211[1995])中,此基本原则在略有不同的情况下得到运用。在此案中,最高法院裁定美国国会在颁布一项要求法院重审撤销了某些诉讼案件的终审判决的法律时违宪地干涉了司法职能。最高法院认为:

“联邦司法部门不仅有权审理案件,而且有权作出裁决。这种裁决仅受系统内上级法院的复审。简言之,有一项理解,即‘裁决系决定性解决案件’,因为‘司法权力’是作出处理性

裁决的权力。通过追溯性地指令联邦法院重审终审判决，国会已违反了这一基本原则。”

#### 4. 执行

欲使法院裁决有效必须依赖他人。这一事实也使司法独立复杂化。法院本身拥有有限的执法权力。这至少体现在两个方面。第一，当法院要求政府官员作为败诉方做某事时，政府官员的服从原则要求他们合作并默认法院判决。第二，为执行法院对私人当事人的判决，法院可能需要执法部门或其他政府官员协助扣押资产，执行逮捕等。这也要求他们的合作及对法院判决的默认。因此，法院实际上确实依赖其他机构。

有人可能把这种司法权力限制看作是对法官的一个有益约束：它有利于令法官将其行为保持在对法律理解的主流范围之内。因为法官知道，如果自己的行为偏离可被普遍接受的标准太远，就会有不被理睬的危险。然而，这种对司法权力的限制也是对司法独立的一个真正挑战。说到底，如果当事人可以任意无视法院判决，那么司法独立便毫无疑问。如果法官的话不被听从，法官就不能执行其正常职能，包括有时需要作出不受欢迎的判决或对抗强大权势的判决。

因此，为了保持司法独立，有效的执行机制和法院命令必须得到遵守的更为广泛的文化态度是至关重要的。没有这两者，便不可能有司法独立。或较为准确地说，即使有司法独立，也不可能实现该独立应有的社会职能。

任何社会都存在执行法院判决的问题。在美国，人们经常会通过隐匿财产来逃避支付不利于己的法院判决。也有政府官员拒绝服从法院判决的事例，其中最为臭名昭著的是五六十年代美国南部的许多政府官员拒绝依照法院命令废除学校种族隔离。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 参见葛维宝的《补救与抗拒》，载于《耶鲁法律期刊》92号，1983年，585页。



众所周知,目前在中国,执行法院判决及仲裁赔款也是个大问题。<sup>①</sup>在某种程度上,这是法院自身未采取适当措施以执行判决的问题,不管原因是地方保护主义、软弱还是腐败;在某种程度上,这是法院没有足够的法律工具以控制藏匿财产的问题;在某种程度上,这是其他政府官员在执行判决中不合作的问题;在某种程度上,这是一个对法院和法律自身的更为广泛的公众态度问题。但不管原因如何,其影响十分严重:对个人的不公、对合理经济活动的挫伤和对(国内和国外)借贷及投资的阻碍,以及对法院及法律总体的社会尊重的削弱。这一问题的解决必须成为在中国加强司法独立并使之具有实际意义的持续努力的一部分。

### 三、过渡及“次而求其之”的问题

还有最后一个问题需要讨论,因为它与像中国这样的发展中国家有特殊的关系。我们姑且称其为“过渡及次而求其之”。有时会听到这样一种论调,大意为:“好吧,我理解为什么司法独立是必要的,我也理解为什么某些问责机制例如对法院进行更为严密的立法监督会威胁司法独立。但是,目前司法系统问题十分严重。腐败成风、在职法官所受培训往往与要求他们完成的重要任务相差太远。太多的法官把独立变成了对腐败势力的依赖或工作表现低下。法院自身不能解决这些问题。在理想世界中,法院的独立应当更为完全。但这不是理想世界,不完美的‘次而求其之’解决方案是必要的,至少在过渡时期是这样。因而,举个例子吧,对具体案件的立法监督是必要的;对误判法官的制裁是必要的;将未决案件交由上级法官判决是必要的——尽管这些做法确实可能损害法官的独立。目前在独立与问责的平衡上,必须看重问责一方。”

这种论调并非全无说服力。重要的是要理解在司法独立与司法问责之间取得适当平衡的机制并非在所有社会中都千篇一律。(即使在美国国内也肯定有所不同,例如,某些州的法官系被任命,某些州的法

<sup>①</sup> 参见 Donald Clarke 的《中国法院体制中的权力与政治:民事判决的执行》,《哥伦比亚亚洲法律期刊》10号,1[1996];Jerome A. Cohen 的《改革中国的民事诉讼:评价法院》,《美国比较法期刊》45号,1997年,793页、802页。

官则为多数人选出并可连选。)

但我认为,完善司法体制的问题可以在不损害司法独立的情况下按照某些人已经提出的方式加以解决。最好的办法是从根子上解决司法系统面临的问题。如果承认在此领域中观念与结构可以相互强化,那么在无需不当干涉司法独立的情况下解决这些根本问题和推进司法改革方面可做的工作就很多了。例如:

在组织、任命、拨款及法院管辖权方面作结构性改进可以有助于在不干涉司法独立条件下解决地方保护主义问题。

提高法官薪酬可以大大降低司法腐败的诱因,从而加强司法独立。

改进内部复审机制——包括正常上诉、中间上诉、判决后复审以及内部道德指控程序——可以在司法部门内部提供更好的问责机制,减少要求可能严重损害司法独立的外部问责机制的压力。

任命高度合格的人做法官——并继续对他们进行司法职能、司法技能以及实体法不断演进部分的培训——是提高司法工作质量并不损害司法独立的最佳的途径。

加强法院执行判决的力量及执行技巧能够改善独立法官实施法律的能力。

给独立的司法体系所起的重要作用以宣传方面的支持能够提高法院地位,增加法官工作对优秀人才的吸引力,增强巩固司法诚实、司法独立以及公众服从法院裁决的文化态度。

在这一方面,“次而求其之”作法的问题在于未从解决问题的根本入手。

实际上,次而求其之的作法还会因降低了法官的地位和独立性而导致或加深某些根本问题。根本问题应当解决。在需要过渡政策的地方,所采用的过渡政策应该将社会推向司法独立的理想目标,而不是相反。

正如我在本文中试图表明的那样,寻找在独立与问责之间恰当平衡的困境是真实存在的。但也像我试图表明的那样,适度的司法问责制与约束是可以在不损害司法独立的核心要素和职能的同时建立起来的。必须记住,司法独立的目标不是让法官无拘无束,而是使法官可以依照法律审判案件。在法官独立的地方——在他们可以免受不当控制

和影响而合法公正地判案的地方——他们在促进经济发展、有效解决纠纷、保护权利和其他社会目标方面能够发挥显著特别的重要作用。这条路可以并且应该走下去。

### 文献说明

美国论述司法独立的文献极多。以下是权威论著中的一小部分：

1. 美国律师协会司法权力分离和司法独立委员会,《一个独立的司法体制》(1997年)(包含一个更为全面的文献目录)。
2. 《国家惩戒及罢免委员会报告》£ (1993年)。
3. Martin Shapiro, 《法院:一项比较性和政治性分析》£ (1981年)。
4. 专题讨论会文集:《司法独立与问责制》,《南加州法律评论》72号(1999年1月/3月)(权威学者和法官文章集锦)。
5. 专题讨论会文集:《美洲国家最高法院会议》,《圣·路易斯大学法律期刊》40号,(1996年)(权威学者和法官文章集锦)。
6. 专题讨论会文集:《联邦司法独立》,《Mercer法律评论》μ 46号(1995冬季)(文章集锦)。
7. 《联邦党人》第78篇,(亚历山大·汉密尔顿)(克林顿·罗希特编辑,1961年)。