

法官的职能（美 John P. Dawson 著）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E6_B3_95_E5_AE_98_E7_9A_84_E8_c122_479453.htm 对于我国的法律多数是体现在判决报告中这一点，到美国访问的人总是感到很奇怪。可我们对此一点也不觉得有什么问题。法官应当参与法律的制定在适用法律时创造法律。在处理摆在他们面前的各种各样的纠纷时，我们相信任何法律体系下的法官都不可避免地要把法律规范适用于新出现的情况当中，从而赋予法律新的内容。在我国法律体系中，还存在另一个更重要的原因，即政府是建立在这样一个根本前提基础之上：政府的权力应当在可以相互制约和平衡的不同的机构间分散。在这样的一种情况下，法官依据自己行使权力的规则，分享权力就再自然和合理不过了。早期那些产生法律的法院判决通常被视为"先例"。从字面意思上看，这一单词仅指判决做出的时间较早而已。但我国的法律体系被描述为一个基于先例而生的体系，因为我们认为每一个判决在一定程度上都是在为将来立法。基于几个原因我们欣然地接受了这一点，这其中首先是历史原因。我国法律源自英国普通法。英国普通法起初是早在十三世纪的法官们的工作结晶。在随后的七百多年间，英国法律的发展很少依靠成文立法，而是建立在法院判决基础之上。在这一方面，英国和欧洲大陆其他国家不同。在欧洲大陆，从中世纪起，立法所起的作用一直很小。人们很容易忘记综合性的法律编纂也不过是到十九世纪才在这块大陆上出现的。在这漫长的时间里，发展所需要的刺激主要来自对罗马法的复兴和修订。但是罗马法的传统，并没有轻易地

接受法官可以以任何方式为法律体系作出贡献这样一种观念，而是强调法官仅仅是适用其他人所制订的规则。于是，那些采用了英国法律体系和法律思维方式的 国家，从遥远的过去继承了关于法官角色的不同观念。这些观念被那些自十七世纪以来聚集在美洲沿海地区的英国殖民者从大洋彼岸带到了美洲。随着定居者们在空旷的美洲大陆的扩散，一个在很多方面都是崭新的社会出现了，而这一社会有着与英国本土相当不同的需求。很多英国法律规则不适合于那些靠近未开发地带的边远地区的情况和美洲人所发展的，特别是从1783年从英国取得独立后所发展的渴求。美国立法者对哪些英国法律可以继续适用和哪些应当修改或完全放弃作出选择才更为适当。一些立法者确实为做出这些选择制订了大体的标准。但是他们太忙于从事其他工作，而没能对这些从英国继承的规则给予细致的考虑。法官在处理自己必须作出判决的案件时却无法回避这些问题。因此，在随后数十年中，美国新设各州法官实质上是基于立法政策、社会公益来做出判决。这些判决随着十九世纪的推移，对于英国法官就显得越来越不合适宜。这意味着美国法官被迫在一定程度上与英国法律传统分道而行，并且基于一个更为强大的原因被分离的更远。美国革命后不久通过的成文宪法赋予了我们的法官新的重大职责。美国宪法生效于1789年。我们的五十个州都有他们自己的宪法，而这些州宪法通常都效仿联邦宪法的模式。所有这些宪法都通过保证公民有权向法院起诉来对他们所赋予的权力进行限制。从而美国总统或各州州长所做出的命令都可能因为被法院判为违反宪法而无效。更有可能经常出现的是包括甚至联邦议院在内的立法机关制订的法令也可能因为

被法院判定为违反宪法 从而被否认全部法律效力。司法审查的后一种类型，确定法令的无效，在英国不仅不为人了解，甚至是难以想像的事。同样，在世界其他地方，这种"法官的审判权"，正如有时被称呼的，也是到近代才会被认为是对他们适当角色的一种曲解。但是自从二战以来，德国、意大利、法国都创立了特殊的宪法法院，而其他国家也对此进行了效仿。虽然形式区别很大，但是所有这些特别的宪法法院都基于同一个基本前提：除非对那些因为官员超越其职权的行为或侵害基本保障的行为遭受损害的人提供一些直接的救济途径，否则对政府权力的限制最终难以凑效。而在美国，最值得一提的特点是，这种挑战并非是在一些特别的宪法法院进行的，而是在普通法院以普通诉讼的形式进行。这些司法审查的原则在我们这个国家已经设立了150多年。尽管仍然常有一些关于这种权力是否被明智地行使的争议，我们对此已经视为是一种当然的事。很显然，赋予法官这么大份额的政府权力这一点已经深刻地影响了我们对法官所能在法官工作的其他方面做出贡献的估计。所有这些观点都不同，并使美国的经验看起来非常独特。在很多方面，它的确是独特的。不仅仅是象每一个被组成为国家的社会那样倾向于具有特殊的属性，而是因为我们的国家在一个非同寻常的程度上是来自于许多社会、种族的人民和价值观的有机融合的代表。当我们回到这一讨论的主题时，这些源于历史的区别随着时间的流逝就不再重要了。我认为这有两个主要因素：一是随着现代工业化社会变得越来越复杂，立法不能对人类事务的所有的可能性和变化进行预期和规定这一点就越发的明显。二是对于此长远影响更为重要的一点是这样一种不断发展

的理念：官员，在法官之上，应当解释他们行为的理由。让人奇怪的是当我们回顾这一话题的漫长历史时，我们发现这一原则居然用了那么长时间才被接受。英国法律那已被纪录的漫长历史使得律师和其他人很容易预料对于司法判决的一些理由陈述。这种独特的英国法律体制一小群律师围在数量更少的法官周围，他们都忙于在公开的法庭上进行辩论使得收集和记录法官所认同的理由成为可能。这种方式持续了很长时间，大概有六百多年。私人记录员坐在法庭或者通过二手材料了解所发生的情况，再告诉少数但是对此感兴趣的公众那些影响法院判决的理由。法庭和律师的论证很自由和随便。但是他们都对解释案件为什么会以某种方式进行处理提供了线索。这些被律师们研究了几个世纪的论证最初是在所谓的判例年鉴中公布的。这一传统在后来被私人记录员延续了下去。因此在十九世纪由法官们履行职责来检查这些对他们自己的见解的记录是否准确是一个很容易也很自然的过渡。而这正是他们应有的谨慎，因为人们已经开始越来越依赖作出这些司法判决的理由以及判决的结果。在欧洲大陆却花了很长时间才确定了同样的思想。源自罗马法的传统认为法官没有必要对立法作出贡献，他们的责任仅仅是适用其他人所制订的规则。的确，在法国大革命以前，法官批露判决所依据的理由这种行为是被通过施以重刑来加以禁止的。而在德国和其他国家，即使不惩罚，批露判决所依据的理由这种行为也被认为至少是不适当的。直到1800年左右，相反的观点才占据主导地位。从那时起在很多国家才确定法官在一个具案件中对理由的解释作为一种对其行使权力的限制的观点，才认为这样有利于促进败诉方以及社会公众对判决的接受

和理解。同样非常重要的一点是，通过说明法律被适用的过程，所给出的理由也可以为将来提供指导。我们现在认为让全世界的上诉法院法官们都准备、发表自己的观点这一点非常必要，因为这样他们作出判决的理由就对任何人公开，可以由任何人去检查和批评。而这本身就是法官自己的工作，一个基于他们职位所产生的职责。我们把这一点作为防止任意和武断行为的一个必要保障，作为对于包括行政人员和其他任何可能的官员在内的公务员的权力的一种重要限制。法官公开自己的理由这种实践一旦被确定，就会产生更为深远的后果。当这些判决为人所知时，特别是附带着作出判决的理由的情况下，可以确定法律发展的持续性和一致性。事实上，无论是谁作出的判决，这些判决均应具有持续性和一贯性。对此期盼，美国人与其他人并没有不同。如果对于同样的问题仅仅是因为发生在不同的时期或在不同的人之间从而作出不同的判决，这就会让人感到混淆和不公正。对于那些受判决影响的人，一贯性是一个非常重要的优点。这不仅是因为它由此可以使人们预测结果，而且因为这样显得更公平。因此，我们关于司法先例的概念，部分是我们自己历史的产物，部分是基于公开法院观点这一现代实践而在形。但它建立在公平这一原则的基础之上相似的案件应当用相似的方法处理。这是一个对任何法律体系都有效的观念。的确，在司法实践中，在盎格鲁美利坚法律体系和在使用成文法典的西欧法律体系中，对此不再具有本质的区别。在西欧，事实上在现今世界大部分国家中，最高法院的判决均被定期公布。在西欧，在任何程度上，早期的判决事实上都被遵循。保持一致性的诉讼模式已经出现。我们关于司法先例的理论经常

被外国批评家误解，特别是那些在采用法典化法律体系的国家中受到法律培训的人。他们认为司法先例理论不适当地扩大了法官的权力。但对我们而言，这种观点并不正确。就像法官应当给出合理的理由这种现代化的要求，强制性地遵循先例是一种限制权力的工具。它意味着法官不能根据其一时的冲动来处理摆在自己面前的案件，而必须和以往的判决相一致。这意味着过去的判决必须被适用其判决理由的相类似的新案件为遵循，除非在新案件中存在可能产生不同结果的新的有说服力的理由。这对我们意味着是确保权力不被武断地使用这一任何一个可以被称为法律体系的体系所追求的伟大目的的另一方法。当然，无论是在理论上，还是在工作技术中，我们比英国传统以外的其他它国家对司法先例更为重视，这也是事实。我们有相当数量的法律报告。最高上诉法院定期地公布他们所处理的几乎全部案件中的观点。许多中级上诉法院也这样做。甚至一些初审法院的观点也被加以了报告，尽管从整体上讲这种情况非常之少。这些观点通常对案件事实、案件诉讼程序进行情况以及对可适用的法律所进行的详细讨论等情况均有全面的陈述。在这些讨论中，先前的判决几乎总是被提及，而且这些先前的判决与现在问题的关联性也被说明。如果被认为与眼下的案件没有关联性，那么先前的判决就被排除适用。如果基于另人信服的理由被发现存在错误，那么先前的判决就会被撤销，尽管从整体上讲这种情况很少发生。于是，根据我们实践中的司法观点，法官不仅要给出在特定案件中起决定性作用的理由，而且要与在其他相类似的案件中所作出的理由联系。正是在这最后一方面，简单讲，我们的实践区别于其他一些国家，如法

国、俄罗斯。但是与诸如德国等其他一些法典化国家的实践相比没有实质性的区别。这一实践基于无需说明的前提：不仅要公开说明自己的理由，而且只要时间允许就应当把案件适用到一个更广泛的模式中。这一点这是法官的部分职责。我们的法官，简单讲，有责任保持法律在创新过程中的合理性和一致性。这种对先前判决的有意识、明确地依赖带来了许多分析上的问题，并要求使用一些特殊的技术。要本的原则是相似的案件必须用相似的方法处理。然而，一个人如何才能确定案件是相似的呢？如果仅以当事人的名字而言，每一个案件都或多或少地区别于其他案件。主要的线索当然应从法院自己做出判决的理由当中寻找。但是经常出现这种情形：法院给出了几个普遍性程度不同的理由。当人们从上一个案件，检查它的理由时，有些比他们所需要的更广泛。在这样的一个案件中这是个非常普通的案件所给予的理由太广泛的话就可能被疏忽。因为法官不是立法者。不是法官所说的一切都被当作法令来读。制订新法的基本责任在于立法机关。法官的职责是判决案件，而且仅仅是摆在他们面前的案件。法官的话固然具有份量，并可以增加新的内容，但仅限于以下程度：其所给予的理由是处理他们面前的案件所需要的。因此我们必须区别他们的观点（包括必要的用以解释结果的理由）和格言（可以在不改变结果的情况下省略的话）。人们会问，为什么不省去这些麻烦？当法律需要修改时，就让立法机关去修改好了。立法机关的成员因为他们在那些应通过立法来处理的事项上所采取的行为或承诺采取的行为而被选举产生或更换。既然他们是为此目的被选举，并且就他们所采取的或未能采取的行为直接向选民负责，那么否定

法官享有任何立法权，完全依靠立法机关，岂不更民主？对于此问题早就有了一个答案。宪法不仅对行政机关的权力进行了限制，而且对立法机关的权力也进行了限制。除了授权给法院，我们没有发现能使这些限制产生效果和实现宪法所提供的这些保障的其他方法。这意味着对于可以做的事情，甚至是立法机关作出的，也存在外部限制。但是宪法仅仅是设定了外部限制。对于存在于这些限制之内的问题又如何处理呢？事实上，我们有非常之多的法令。如果把联邦议院和各州立法机关的立法加在一起，每年通过的法令有数千个。这些法令涵括的范围非常广泛：从公共机构的权力和目的、社会福利的广泛领域到私法的部分领域，如商法。对此我们逐渐地进行着小规模的成文立法。我们社会中的很多巨大变化是通过立法实现的，而且一年年变得更为重要。在适用这些成文法律时，我们的法院被要求承认，成文立法比法官更直接地表达了人民的需要和愿望。只要立法机关的意图可以被确定，而且也没有超出宪法的限制，法院就必须遵从立法机关的意志，认定立法机关的决定合法。为什么我们不走的更远一些，在综合性法典中构建我们的法律体系？我们知道这是世界上许多国家，事实上是英国普通法传统以外的绝大多数国家，所采用的一种解决方法。在我国，有关于法典优点的讨论也有很多。但是，法典化国家整体上的经验并没有鼓励我们走向普遍的法典化。人类的洞察力有限，语言和逻辑缺少方法，从而不能对社会千变万化的现象都做出详细的规定。在西欧，法官们在逐步的像我们的法官一样工作，先例也变得越来越重要，法官们创造性的工作也越来越多的被认可。仅仅是通过引用一些法典条文来解释判决这样一种纯

粹的推论方法，看起来很简单，但它却可以掩盖那些不可避免地涉及的真正的选择。对于我们大部分法律，我们有可能将继续沿用依靠一个案件到另一个案件的逐渐变化这样一种方法。正如我们的经验所证明的。如果我们必须对法官给予更多的信任，那么我们选择法官的方法就变得至在重要。在联邦法院和三分之一的州法院，法官通常是在经立法机关两院中有一院同意的情况下由最高行政长官司总统和各州州长任命的。在另三分之二的州里，法官是由人民投票选举产生的。无论使用哪一种方法，法官都是通过不同的测试选出来的，并且对他们自己的表现负责。这都不同于我们所选举产生的其他官员。我们无法想象法官会因为他用一种多数选民都强烈反对的方法判决一个案件或一系列案件而被赶出法官队伍，尽管这种情况有可能发生在任何其他选举产生的官员身上。事实上，在我们的联邦体制下以及在一些州里，法官是终身制的。但更普遍的作法是让法官在一个固定期限内任职6年，8年，10年甚至可能是12年。在他们被选任期间，除非具有职务上的重大不端行为，所有的法官都不能被撤换。在我国法官被撤换这种情形发生的次数极其稀少。在那些实行法官普选制的州里，大多数法官连选连任，从而事实上保证了他们任期的稳定性。我们的法官，简而言之，并不仅仅是公仆。多数英国普通法传统以外国家对法官都有一种职业服务，通过这种服务对法官进行特别培训和提拔。我们没有。对于我们而言，无论是男人还是女人，都是通过其他行业的成功工作而成为法官的。而这其中绝大多数得执业律师。这意味着他们当中绝大多数是在已经成熟并且具备了对社会各种事务的丰富经验后才就职的。对于他们，以及对于那些选

举他们的人，当选法官是一件最为荣耀的事。为了拥有这一职位，人们愿意牺牲收入和其他利益。法官们是他们所生活的社区里的杰出和受尊敬的人。这一点不仅仅是对我们刚讨论的那些上诉法院那些发表可以成为判例法主要渊源的观点的法官而言。对于那些在指导审判、保证当事人及其律师公正待遇，指导和指示陪审团，维持法庭秩序，限制法庭程序中起到杰出和重要作用的审判法官们也是一样的。与欧洲诉讼程序中法官的作用相比较，目前大量案件中对陪审团的使用以及陪审团审判对于形成我国审判程序概念的影响，起到了一种限制法官作用的效果。的确，在使用陪审团的案件中，与西欧国家法官相比，由一群外行人来确定争议事项的事实使得法官在法庭中没有起到主导作用。由于这种功能的分工而产生的复杂的调整将在以后的讲座中讨论。但是初审法官和上诉法官一样，在我国法律体系中仍然中心人物。他被许多形式上的东西所包围。因为他是中立和公正的象征。这些形式上的东西表达了这样一个广为认可的信念：由独立的法官来行使正义是一个文明社会中政府的基本的职能。由于法官也是要做出选择的人，不是所有的法官都达到了我们的期望。在我们多数州中对普选制的使用，导致了一些地方选择了一些品质平庸或易受政治影响的人作为法官。即使委任程序也不能保障最能干和最公正的人能当选法官。他们就职后，他们只能以一种间接的方式对自己的行为负责。我们对他们最大的依赖必须在于担当法官职务这些个人的荣誉感、责任感、智慧和自我约束。但是在一个品质被高度重视的传统下，拥有这些品质的人可以被找到。没有多少美国人会说从整体上讲我们对法官的信任被辜负了。法官被赋予的责

任是巨大的，这是在一个广大并且不断发展的自由的、尊重法律的民主社会中理所应当的。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