

# 论法官的正当性

蒲菊花<sup>1</sup>, 黄文<sup>2</sup>

(1. 宁波大学法学院, 浙江宁波 315000; 2. 重庆工商大学法学院, 重庆 400044)

**摘要:**对法官的准确理解和考查法官的正当性离不开考查法官的角色和行为特性,法官的内涵显示出鲜明的身份特征、活动场所特征和职能特征,法官在法治社会中扮演着解决纠纷、解释法律和保护人权的重要角色,其行为具有独立性、中立性和客观性的显著特性。

**关键词:**法官;法官角色;法官行为;正当性

**中图分类号:** D926.17

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1008-5831(2003)03-0096-06

## The Justification of Judge

PU Ju-hua<sup>1</sup>, HUANG Wen<sup>2</sup>

(1. College of Law, Ningbo University, Ningbo 315000, China;

2. College of Law, Chongqing Technology and Business University, Chongqing 400044, China)

**Abstract:** In order to understand the definition and justification of the judges, it is necessary to explore their roles and behavior characteristics. This article discusses the concept of the judges, and points out their roles of resolving disputes, interpreting the law and protecting the human rights in our societies. The characteristics of the judges are independence, neutrality and objectiveness.

**Key words:** judge; role of judge; action of judge; justification

### 一、法官的含义

法官又常称为裁判员、审判官,在英语中称为“judge”,法语中称为“juge”,德语中称为“Richter”,在日语中则称为“判事”。《牛津法律大辞典》将法官解释为“对其职责是裁决纠纷和其它提交给法院决定的事情的人的总称。法官可能是在高级法院的法官,总是那些在法律和司法上精通业务、富有经验的人”。<sup>[1]</sup>按《布莱克法律辞典》(Black's Law Dictionary, St. Paul Minn, 1999, p844)的解释,法官是“经任命或选举而在法院审理和裁决法律事务的公共官员”。日本的《新法学辞典》对法官解释为“广义是指从法律上解决调整纠纷或利害对立而且下判断权限的人。其权限,除根据公的权力的公的审判权外,还有根据当事人的仲裁契约的私的仲裁人。狭义的在日本法律上是指具有审判官名称的公务员,属于最高法院及下级法院担任裁判事务者”。<sup>[2]</sup>显然,从词义解释上,各国法律辞典对“法官”的含义均是从其身份、职责方面入手界定,其定义并无实质差别。在我国,“法官”一词最早见于战国时期法家的著作《商君书·定分》:“吏民知法令者,皆问法官。”但并非指裁判员,历代对“法官”的称呼有廷尉、大理、推事、判官、司理、司法、法曹等<sup>[3]</sup>,直至清末民初,方才使用“法官”这一称谓。建国后,为与旧司法决裂,很长一段时间里未使

用法官一词,改称审判员,这一状况持续到1995年《法官法》出台方有改变。而各类辞典对法官的解释、用语表述如出一辙,均认为法官是“审判人员的通称”,是“依法行使国家审判权的专业人员(或审判人员)”,“包括最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长、审判员和助理审判员。”<sup>[4-6]</sup>较之国外辞典的定义,我国则更强调法官行使“国家审判权”的身份,较少提及具体职能,且都保持与《法官法》内容一致。

综上,尽管各种辞典基于不同背景、视角而在表述上略有差异,但其定义基本具有普适性(也就意味着不具有精确性和实质性内涵),仔细分析,法官至少需具备以下特征:

第一,身份特征,即法官为官员的一种。“法官”一词由“法”和“官”两个词构成,“法”为动词,意为司法或执掌法律,法官系指“司法之官”,《布莱克法律辞典》称之为“a public officer”,即表明此意。究其实质,法官亦为国家官员,他行使的是国家(人民)赋予的司法权(公共权力之一种),该权力以国家强制力为后盾。法官身份的取得必然有特定的程序,往往由国家权力机关(或行使该权利的人)任命或批准,因而,并非对纠纷进行裁决的人就能称为“法官”,不管司法权如何

收稿日期:2003-03-18

作者简介:蒲菊花(1971-),女,贵州人,宁波大学法学院讲师,清华大学法学院博士研究生,主要从事诉讼法研究。

独立,法官的身份如何独立,其本质上的“公”的色彩恐怕都难以抹去。

其二,活动场所特征,即法官均供职于法院这一公共机构,以法庭为其活动场所,离开这一机构便失去了法官身份(在美国,法官退休后仍可保持法官称号,但此时仅为一种荣誉,并无实质身份特征),这一点与其“官员”的身份特征紧密联系。法院是一种以审判(解决纠纷)为本职的具有合法性的公共性权威机构<sup>[7]</sup>,纠纷处理机构虽有多种,但只有由官方与社会明确规范认可的才是法院,因而,尽管行政机关、仲裁机关、调解机关都可能有权解决纠纷,但它们都不是法院,其工作人员都不能称为法官,活动场所的固定化为法官的身份打上了鲜明的烙印,使之与其他法律职业者或政府官员相区别。

其三,职能特征,即法官以裁决纠纷(我国习惯称为审判)解决法律问题。司法就其本质而言,就是一种纠纷解决机制,即由法官按一定程序,依照法律原则和法律规则,就案件当事人提出的事实问题和法律问题在是非、正误、真假等方面进行辨别与认定,并作出判断性结论以解决当事人间的纠纷,同时也通过纠纷的解决向当事人宣示法律的真谛。因而司法权的性质是一种判断权,由纠纷、法官、程序三个要素构成。<sup>[8]</sup>法官作为司法权的主体,以裁决纠纷、解决法律问题为己任,这也正是法官常被称为裁判官、审判官的原因。

显而易见,身份和活动场所特征只是法官的外在、形式特征,而职能特征则为法官的实质特征,它对法官提出了两个要求:一是以进行裁判活动、解决法律问题为本职;二是须通晓法律,即为法律专家。正如有的学者所称,法官是一群由国家高薪供养、对法律问题行使最终裁决权的法律专家。<sup>[9]</sup>换言之,法官具有正当性的前提是具备解决纠纷的法律专业知识和技能,这是其取得法官资格的必备条件。

按以上定义,法官是以特定身份(审判官)于特定场所(法院)从事特定活动(裁决纠纷和解决问题)的人,这样的释义显然是以近现代的“分权”思想下的司法独立为前提,是以出现了法院这样专为解决纠纷的公共机构为条件,相对应的是近现代法制史上的法官。然而,纠纷的产生显然远早于司法权、法院的出现,只要有人群,就会有纠纷,就需要解决,并且常需借助第三方的介入,也就有人扮演着“裁判者”的角色。正因如此,格罗脱(Grote)才会在其《希腊史》中说:“宙斯或是地球上的人王,不是一个立法者而是一个法官。”<sup>[10]</sup>也正因如此,在一些法学理论中,尤其是法律社会学理论中,学者们更为关注的是法官的职能特征而非其身份和权力来源,由此法官便具有更为广泛的含义,凡依据一定的规范判断是非、裁决纠纷的人都可称为法官,他与其他纠纷解决者的差异在于其解决纠纷的方式——依规范判断是非,而不是对当事人进行管理或对当事人的利益进行调和(Torstein Eckhoff. *The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict-Resolution*. Britt Blegrad, eds. *Contribution to the Sociology of Law*. 1966)。因而在原始社会或初民社会便存在酋长、长老这样具有法院或法官“样式”

的人,甚至一些明显缺乏组织性、固定性的人员亦充当了“法官”,比如,爱斯基摩人在处理杀人者时,热心社会公益的人士找到社区的全部成年男子交谈,如他们均同意处死杀人犯,他有权以社会名义剥夺杀人者的生命。<sup>[7]</sup>

在人类抛弃了野蛮无序的私力救济而转向公力救济的相当长一段时期内,以中央集权制为特色,最高统治者皇帝往往集立法、行政及司法事务于一身,地方则实行行政长官兼管司法司务,司法权被行政权吸收,因而只有司法职能并无司法权存在,也并无现代意义上的法官,但广义上的法官却存在,例如,据考证,我国早在奴隶社会便有“听讼断狱”的“司寇”官职之设,到封建社会的唐朝地方官吏中,在州设“法曹参军”,又称“司法参军”,县设“司法佐、史”。<sup>[8]</sup>我国历史上赫赫有名的“青天”包公、狄人杰等,当属广义上的法官。

值得一提,与法社会学家注重法官实质特征的情况相反,我国民间看重的却是其形式特征,因而法官这个词在一般民众口中有时而且往往是简单化和符号化的,甚至只是一个表明工作单位的称谓而已。正如见了穿白大褂的就一律称为医生,人们对在法院工作的身穿法院制服的人也习惯称为“法官”,这种演变为代表工作单位的尊称的“法官”,实质上是“法院工作人员”的代名词,与广义或狭义上的法官均不相同。

## 二、法官的角色定位

法官角色的准确定位不仅为法官确立了行为的坐标,使其能充分理解自己的形象和功​​能而防止偏离,同时也为检验和评判法官的实际角色与恰当角色是否一致提供了依据。在当今社会,法官在解决纠纷、解释法律和保护民权方面扮演着无可替代的角色。

### (一)纠纷的解决者

纠纷是社会成员间关系的一种失衡状态,只要有人群、社会,就必定有纠纷,也就需要有防止和解决的机构、人员、程序和规则。在人类社会的不同发展进程和发展形态中,纠纷的解决有多种途径,譬如忍耐(Lumping it)、退出(Avoidance)、强制(Coercion)、协商(Negotiation)、调解(Mediation)、仲裁(Arbitration)以及审判(Adjudication)<sup>[11]</sup>,其中,审判无疑是最重要、最典型的纠纷解决形式。从某种意义上,司法权是为纠纷而存在,法官是为解决纠纷而产生,司法权常被称为司法裁判权,而司法裁判就是法官按照既定的法律原则和规则,对诉讼案件作出具有法律约束力的裁判结论,从而解决争议各方业已发生的利益争执的活动。在现代社会,尽管纠纷并不一定都通过司法解决,尽管审判也不可能解决所有纠纷,但人们遇到纠纷时往往就会想到法院,提到法官时就会联想到“官司”,法院和法官在纠纷解决中扮演角色的重要性毋庸置疑。

有学者提出<sup>[9]</sup>,由于诉讼爆炸等因素所导致的纠纷解决方式的多样化,使现代法院与法官的主要功能转化为通过诉讼来产生规则,解决纠纷的功能已退居其次。但笔者以为,不论现代法院职能如何变化,法官解决纠纷的角色也不会因

此而消隐,法官行为所产生的所有功能均以此为根本点和出发点,离开了个案裁判,法官的其他角色无从谈起。以我国为例,1990—1999年的10年间,全国法院共受理一审案件4249万件,年均受案424.9万件<sup>[9]</sup>,到了2001年,法院受理的案件已达8704401件<sup>[12]</sup>。解决纠纷依然是法官的核心工作。如果说解决纠纷的方式使法官与其他纠纷解决者(譬如调解人)相区别(介入纠纷的第三方在纠纷解决中的作用各不相同),那么解决纠纷的职能则是使司法权与其他国家权力、法官与其他行使国家权力的人得以划清界限的标志。强调这一点在我国别具意义,法院体制行政化、法官职能泛化在我国已是不争的事实。

## (二) 法律的解释者

法律非经解释不能适用,实施法律的过程其实就是解释法律的过程,这种解释决定着法律的真正含义,因而法官无疑担当着法律解释者的角色。

在拥有“法官造法”和“遵循先例”传统的英美法系,法官作为“法律宣示者”的身份由来已久,而在大陆法系,法官的角色定位则没有那么崇高和能动,由于对封建司法的黑暗和法官专断的憎恶,人们普遍认为公正纠纷解决的可预测性和确定性取决于立法是否完善而非法官,法官的传统角色是成文法律的忠实执行者,司法活动就是以成文法为前提的一种三段论式的逻辑推理过程,人们醉心于制定一部“作为最高立法智慧而法官机械地运用的完美无缺的典”<sup>[13]</sup>,以使法官无论遇到什么案件,都能从现存的法律规范中找到可以适用的规定,而无须进行自由裁量和法律解释。由此,法官沦为“自动售货机”,按照立法者设计的规则和程序,终日重复着一种由大前提和小前提推导出结论的逻辑运算过程,其创造性和能动性被抹杀,因而温斯坦莱说:“他所以是法官,并不是因为审判站在他们面前的违法者的行为是他自己的意志和愿望,而是因为他宣读法律的喉舌,法律才是真正的法官。”<sup>[14]</sup>这种视法官为工具、重立法而轻司法的观念对承袭大陆法系法律传统的我国产生了深远影响。

这样的理想其实只是一个审判神话,实际的司法过程远未如此简单,首先,任何一部法典都不可能覆盖社会生活的方方面面,都不可能预见社会生活的千变万化,更何况囿于立法技术水平,出现矛盾、疏漏和模糊之处在所难免。如此种种,使得法律与现实之间总是不相重叠而出现缺口,正如梅因爵士所言:“社会的需要和社会的意见常常是或多或少地走在‘法律’的前面。我们可能非常接近地达到它们之间缺口的接合处,但永远存在的趋向是要把这缺口重新打开来。因为法律是稳定的,而我们说到的社会是前进的。人民幸福的或大或小,完全取决于缺口缩小的快慢程度。”<sup>[15]</sup>而担当缝合这法律与现实缺口之重任的非法官莫属,因为法律可能出现“空白”,法官却不能以法无明文而拒绝审判。其次,即使有塑造一部无所不包、完美无缺的法典的可能(这显然非人力所能为),要将其运用于具体的案件也必须经过法官的解释,否则它也只是纸上的法律,不会具有生命力,所谓

“徒法不足以自行”。司法过程就是“将纸上的法律变为现实中的法律,将普遍性的法律变为个案中的法律,将静态法律变为动态法律的过程。纸上的法律、普遍性的法律和静态的法律是灰色的,而现实中的法律、个案中的法律和动态的法律则象生命之树常青。”<sup>[10]</sup>

如今,法官作为法律解释者的作用越来越为人们所承认和正视,考察法律的发展史,一个不能否认的事实是,大量的法律规则在司法中孕育产生,正因如此,谷口安平先生才提出“诉讼法是实体法之母”的论断。<sup>[16]</sup>要准确定位法官的角色就不能贬损其在司法活动中的创造性和能动性,毕竟“只有当法律完全被法院公正地作出解释后适用时,法律才会被社会的大多数成员所接受。”<sup>[17]</sup>否则无法解释为何在我国司法实务中存在数量惊人的司法解释,为何当事人和律师如此看重最高人民法院的司法解释甚至“领导讲话”,也无法消除一些法官行为越轨时“制度不健全”的口实。

## (三) 民权的保护者

当前,随着“依法治国”方略的深入人心,建立法治国家的理想令所有法律界人士心驰神往。在一个法治社会,法官所担当的“民权保护者”角色无可替代,即他必须以保障个人免受公共权力的侵害和威胁、促进公民权和市民权为己任。

法治是建立在商品经济的发展和政治国家与市民社会相对立的基础上,个人优位观念是其基本信条,它所表达的是社会主体私人生活的自治与公共生活的治理之间的关系,是权力与权利之间的位置和界限。在法治社会,法律具有至高无上的地位,即所谓“已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制订的良好的法律。”<sup>[18]</sup>而这样的良法又必须以保障私人生活自治,实现人的生存、发展与完善为根本目的,并确保个人权利与公共权利取得平等地位甚至超越于公共权利之上。“政治、权力或执政者是实现人权保障的手段,他们的存在被认为只以满足目的为限。”<sup>[19]</sup>以基本人权为内容的权利限制着公共权力的范围,权力只能活动于公共管理领域而不得随意侵入市民社会。政府只有在执行广泛保护生产、自由和财产的普遍规则时,才可以“合法地干预市民社会。”<sup>[20]</sup>因而,法治是依法“治国”而不是用法“治人”。

在实现法治的进程中,注入人权保障因素的司法权是一股反叛的力量,它强烈地挣脱政权的控制而反过来限制权力。司法机构和法官的存在因而具有十分重要的意义,它们为个人提供了表达冤情、诉诸法律的基本途径,它们是权力与权利之间的中介,是防止和抵御权力入侵私人生活的屏障,是救济个人基本权利的保护伞,是保障民众与国家进行平等交涉和对话的桥梁。因而,法院和法官的职能不再是统治人民的工具或专政的“刀把子”。充分认识这一点而强调法官的民权保护职能,在我们实施依法治国方略时,尤其是在当前人权保护已越来越成为国际社会关注的热点的形势下十分重要。在法治社会中,与权力相对应的概念是限制,因为权力的背后是强制力,因而极具扩张性,一旦失去限制

便会膨胀乃至滥用;而与权利相对应的概念是保障,因为权利的背后是利益,因而极易受到侵害,所以无救济就无权利。法官的一个重要职能便是严格限制权力而充分保障权利,他应该如同民众一样“认真对待权利”,并帮助人民“为权利而斗争”,他不仅仅是站在权力与权利中间,还应该是一个权利的卫士,手中握住法律的盾牌,随时挡住射向个人自由和权利的权力之箭。

在现代社会,司法审查和控制的范围越来越大,越来越多的政治问题表现为法律问题而提交法院裁决,法官在人权保护上所扮演的角色日益彰显。但我国的情形却有些相反,人们习惯于(或者说不不得不)通过上访、曝光等方式,求助于领导批示或新闻媒体的压力解决法律问题,而事实证明这的确是行之有效的。这说明我国的法官尚不能通过法律的方式解决问题,他们与人权保护者的角色还相距甚远。

### 三、法官行为的特性

法官是当今社会的一个独特的职业群体,同时,法官的角色也决定了其行为具有鲜明特征,其风格既不同于立法官员和行政官员,也不同于检察官和律师。在英语中,法官、司法和公正均可称为 justice,法官就是公正的代名词,公正是法官行为的终极目标。美国法官约翰·T·小努南曾引用亚里士多德在《伦理学》中的话:“理想的法官就是公正的化身”,认为“缺乏公正的法官就根本不是法官。”<sup>[21]</sup>法官的公正可具体化为三个行为特征:独立、中立和客观。

#### (一) 独立性

在法官的行为特征中最突出、最重要的当属独立性。法官独立是由司法本质决定,是司法独立的核心内容,法官要想在纠纷解决中作出公正判决,要真正成为人权的保护者,首要条件便是取得独立,取得足以与强制权力相抗衡的权威。所以有的美国学者将司法独立定义为“法官根据他们自己对证据、法律和正义的认识对案件进行裁判时,独立于政府权力和私人的压力、诱惑、干涉和威胁的程度”。<sup>[22]</sup>也即是要求法官在行使司法裁判活动时,只服从法律的要求及其良知的命令,在证据采纳、事实认定及法律适用等方面保持独立自主性,不受任何来自法院内部或外部的影响、压力或干涉。法官行为的独立性是多层面,他不仅独立于政府权力、社会和私人干预,也独立于法院和其他法官,但在所有可能妨碍或干预法官行为的因素中,最有影响的压力自然是来自政治,因而司法独立的主要目的是要约束行政权力,以实现司法公正。所以有学者索性将司法独立界定为“法官免受政治压力和控制的范围。”(彼得·C·伦斯特洛姆·美国法律辞典·黄卫方等译·中国政法大学出版社)在分权理论下,司法权独立的本来意义就是制约权力,但由于司法权力量相对弱小,“既无强制,又无意志,而只有判断”<sup>[23]</sup>的法官的行为极易受到外部控制,从而发生危及甚或践踏司法公正的后果。诚如孟德斯鸠所言:“如果司法权不同立法权和行政权分立,自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一,则将对公民的生命和自由施行专制的权力,因为法官就是立法者。如果司法权

与行政权合而为一,法官便有压迫者的力量。”<sup>[24]</sup>德国纳粹时期的司法对这段话进行了最生动的注释,在英戈·穆勒所著的《恐怖的法官——纳粹时期的司法》一书中深刻地描述了这段法律职业堕落的阴暗历史。根据穆勒的记述<sup>[25]</sup>,德国法院系统在宣布其“喜悦地、充满使命感地接受人民元首阿道夫·希特勒的领导”后,开始热情地为纳粹服务,他们动用了灵活解释以加强纳粹法律的效力,一位法官呼吁道:“毫无疑问,消灭最后一小撮国内敌人是恢复德意志荣光之一部分。德国法官可以通过慷慨地解释刑法典来参与完成这一使命。”于是乎,为了确保对德意志“血统”妇女的任何小恋曲都得到惩罚,德国最高法院抛弃了“既遂罪”的概念,认为犯罪企图即构成犯罪行为,从而判决挑逗一名女招待员的犹太电工有罪。而一名犹太画商只因为在市中心注视着一名15岁的“德意志血统”的少女而被送进了监狱,因为“尽管他没有强求,但至少想吸引对方的关注”。法院还巧妙地将性犯罪指控与《危险惯犯法》等法律结合,从而将一些与“德意志血统”妇女有过几段罗曼史的犹太人处以极刑。一名波兰女仆因与一位德国妇女扭打而被以“破坏德意志人民声誉”罪被判处死刑,两名衣不遮体的希腊人因捡了两条旧裤子和两副手枪套而被处死。据穆勒估计,到纳粹时代结束时,德国法院判决了8万人死刑,并且80%的判决都执行了。政治强权对法官独立性和司法公正的侵蚀达到非常可怕的程度。“文革”时期我国的司法机构也遭受了灭顶之灾,“砸烂”公检法的做法史无前例。

法官的行为应当具有独立性,这不仅为历史所验证,而且也已为世界大多数国家所公认。据对世界142部成立宪法的统计,有105部宪法规定了司法独立和法官独立。<sup>[26]</sup>如德国基本法第97条规定:“法官具有独立性,只服从宪法和法律。”意大利宪法第101条规定:“司法权以人民名义行使之,法官只服从法律。”而在我国几千年的封建司法制度中,司法权始终隶属于行政权,直到清末,在洋人的坚船利炮轰开了我国的大门以后,司法独立思想才开始影响我国,民国元年的《中华民国的临时约法》即对“法官独立审判”进行了明确规定,然而,从三、四十年代边区政权时期起,出于对旧司法的反对和肃清,将司法独立制度也一并扔进了历史的垃圾堆<sup>[27]</sup>,尽管以后法院从同级政府中分离了出来,但至今人、财、物仍由同级政府管理,这样的体制导致司法权出现严重的行政化、官僚化甚至地方化,法院未获独立,法官更不独立。

当然,无论哪个社会,法官独立都不是绝对的,司法权与政治之间总存在千丝万缕的关系,即便在司法独立精神彰显的美国,法官的任命也存在所谓“恩惠式任命”和“意识形态式任命”,波斯纳因而断言:“无论如何,认为可以把政治因素完全排除在法官选任过程之外,是不现实的。”<sup>[28]</sup>国家用以确保法官行为的相对独立性的一个重要措施,是建立包括法官终生制、法官的身份独立、法官职业特权等内容的法官保障制度,法官的终生制和身份独立使法官一经任命,便不得随

意更换,不经本人同意,不得被免职、转职或调换工作,只有依法定条例和程序才能予以弹劾、撤职、调离或令其提前退休。这就免除了法官的后顾之忧,也使得他一经任命,便能摆脱政治因素的控制而独立行为。而法官职业特权则使法官在行使司法权时免受各种指控、追究和评论,为法官独立进行裁判活动创造了必要的安全氛围,使其能从容不迫地依法进行裁判。

缺乏必要的保障制度,法官行为的独立性无从谈起,法官行为缺乏独立性,司法独立便是一句空话。当前,如何建立一套完善的法官身份保障制度,如何使法官行为独立于各级党政机构、媒体及个人的干预和控制,是我国司法制度和法官制度亟需解决的问题。

### (二)中立性

法官行为的中立是现代诉讼程序的基本原则,与独立性不同,法官中立主要相对于当事人和案件而言,它要求法官在纠纷的裁判中处于中立地位,与双方当事人保持同等的司法距离,对案件保持超然态度,不偏不倚,平等对待。法官行为的中立性特征由来已久,自然法的程序公正观很早就确立了处理纠纷的两项一般原则和最低公正标准,即“任何人不能自己审理自己或与自己有利害关系的案件”,“任何一方的诉词都要被听取。”<sup>[29]</sup>两项原则实则都是对法官中立性的描述。

法官行为的中立性包含以下要求:(1)法官与案件没有利害关系。法官既不能审理有关自己的案件,也不能与争议有任何利益关联,遇有这两种情况必须回避。(2)法官要平等对待双方当事人,不能对任何一方存有偏见或偏爱,法官关注的是向他提出的主张,而不是提出主张的当事人及其地位。诉讼如同一场战争,法官应平等地给双方当事人提供“攻击”和“防御”的机会,给双方当事人平等地行使诉讼权利提供保障,对双方当事人的主张、证据给予平等关注。(3)法官应保持一种消极被动的态度,“无原告即无法官”这句法谚形象地描绘了法官行使司法权的被动性。法官不应主动启动诉讼程序,即所谓“不告不理”,也不能主动干预双方当事人的论争或对证据进行官方调查,以避免改变双方当事人攻击和防御的力量对比,倘若超越此限,便是“自卸法官责任,改演律师角色”。<sup>[30]</sup>

法官能否保持中立决定当事人在诉讼中能否平等,只有当法官保持中立,双方当事人才有可能处于平等地位,裁判的公正才有保障。如果法官与其中任何一方当事人的距离拉近,都将导致双方当事人诉讼地位不平等的后果,从而破坏诉讼结构的平衡。法官行为的独立性与中立性的合力为法官处理纠纷营造了一个相对封闭的空间,以排除各种不必要的偏见和干扰。然而,尽管我国法律中也确立了“不告不理”规则、当事人诉讼权利平等原则及回避制度,法官行为的中立性依然未能得以贯彻,一度出现的法院主动上门揽讼的做法,民事诉讼中对法官调查收集证据权力的保留,无疑都与法官中立性背道而驰,更不用说一些法官私下会见当事人及

律师,接受当事人的请吃请喝等滋生腐败的现象了。

### (三)客观性

纠纷的处理过程实际上是一个法官对案件的法律和事实问题进行分析判断的过程,判断具有主观色彩,尽管它以客观事实和法律为基础,但经过判断主体思想意识的过滤和加工,不可避免地注入了判断主体的主观因素,极有可能沾染上判断主体的情绪、好恶、偏见等非理性因素,正是因为司法判断活动存在主观因素,对法官行为客观性的强调才如此重要。

客观性意味着非个人化和确定性,它要求法官不能把自己的主观价值强加给公众,而应该把握和反映其生活和社会的基本价值。在法官的行为中,有许多不恰当的主观因素可能渗入他的判断,比如他不喜欢某个当事人或律师,憎恶某种行为或言语,同情某个受害人,不愿冒犯某个当权者或自己尊敬的人,不愿与某个同事或其他朋友发生分歧,担心自己的安全,怕被人嘲笑等等。法官应努力排除这些消极因素而将裁判建立在法律的深层价值以及为大多数社会成员所认同的基本价值基础之上,这种价值应该是实实在在、合乎情理、有说服力的,既不盲目从众,也不标新立异,既不因循守旧,也不追赶潮流。

必须注意,法官行为的客观性是相对的,首先,法律不同于科学,它缺乏无法辩驳的、客观的方法和标准来确定其命题的真实性,法官的判断在很大程度上依赖于自身的价值和经验,而法官们各自有着不同的思想意识形态和发展背景、个人好恶,当他们对某些方面具有自己的倾向性意见时,这种主观因素很自然会影响到他的判断。其次,法官对案件的裁判必须在法律限定的诉讼期限内完成,“无论是国家还是当事人都没有耐心等待法官像科学家那样花哪怕是一百年的时间去探寻和修正真理,也没有承受力等待法官像历史学家那样使用哪怕是几百年前的资料。”<sup>[10]</sup>况且,在诉讼空间中,交织着各方当事人以及与法官之间的形态各异的价值观念和利益冲突,加之现代社会多元化、多层次的价值体系兼容并蓄,使得对与错、是与非的界限不再泾渭分明、非此即彼,在这样的复杂态势下,法官的判断难度可想而知,绝对真实的要求是不客观的。因此,对实践中(尤其在大众的观念中)存在的将裁判活动的客观性绝对化、对法官行为过于苛刻的倾向必须予以纠正,这是正确评价法官行为的前提。

### 四、法官的正当性

法官的正当性即指法官的形式特征与实质特征相吻合、实际角色与恰当角色相印证。有法官之名,未必能行法官之实,而未行法官之实的法官实为徒有虚名之“法官”,并不具有正当性,也并非真正的法官,“何为法官”与“法官何为”的命题密不可分。虽然如火如荼的司法改革成绩斐然,我国的法官素质有了较大提高,法官行为正日益走向规范化,但也不能否认,由于法官遴选制度和法官身份保障制度的虚化,法官管理制度的行政化,以及社会变革所引发的私欲膨胀和信赖危机等诸多因素交织,使得我国的法官制度先天不足、

后天不凋,产生了诸如法庭上做不了主的傀儡法官、贪赃枉法的腐败法官等名不副实的“法官”,法官的实际角色严重偏离了其恰当角色。法官的行为失却了独立、中立和客观的特性,导致社会对法官的正当性乃至司法的正当性心存疑虑甚至丧失信心,正义的最后一道防线面临严峻的挑战。塑造法官的正当性和司法的公正性无疑是司法改革的主旋律和奋斗目标,然而法律制度的发展是一个循序渐进的过程,不可能一蹴而就,要真正去除加诸于法官之上那不光彩的引号,显然还有一段漫长的路程。

#### 参考文献:

- [1]戴维·M·沃克. 牛津法律大辞典[M]. 北京:光明日报出版社, 1988.482.
- [2]我妻荣. 新法律学辞典[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1991.365.
- [3]王盼,程政举,等. 审判独立与司法公正[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2002.425.
- [4]编辑组. 辞海[M]. 上海:上海人民出版社,1999.253.
- [5]王启富,陶甓. 法律辞典[M]. 长春:吉林人民出版社,1998.1059.
- [6]曾庆能. 法学大辞典[M]. 上海:上海新书出版社,1998.1100.
- [7]左卫民,周长军. 变迁与改革——法院制度现代化研究[M]. 北京:法律出版社,2000.3,4.
- [8]孙万胜. 司法权的法理之维[M]. 北京:法律出版社,2002.8,36.
- [9]何兵. 纠纷解决机制之重构[J]. 中外法学,2002,(1):1-6.
- [10]汪建成,孙远. 论司法的权威与权威的司法[J]. 法学评论,2001,(4):107-108.
- [11]LAURA NADER, HARRY F TODD JR. The Disputing Process: Law in Ten Societies[M]. New York: Columbia University Press, 1978.9.
- [12]佟季. 2001年全国法院受理案件情况[J]. 人民司法,2002,(3):38.
- [13]陈兴良. 刑事司法公正论[J]. 中国人民大学学报,1997,(1):89.
- [14]编辑组. 西方法律思想史资料总编[M]. 北京:北京大学出版社, 1983.216.
- [15]梅因. 古代法(中译本)[M]. 北京:商务印书馆,1959.15.
- [16]谷口安平. 程序的正义与诉讼[M]. 王亚新,刘荣军译. 北京:中国政法大学出版社,1996.63-67.
- [17]王利明. 司法改革研究[M]. 北京:法律出版社,2001.19.
- [18]亚里士多德. 政治学[M]. 北京:商务印书馆,1965.199.
- [19]杉原泰雄. 宪法的历史[M]. 吕昶译. 北京:社会科学文献出版社,2000.23.
- [20]戴维·赫尔德. 民主的模式[M]. 燕继荣,等译. 北京:中央编译出版社,1998.328.
- [21]约翰·T·小努南. 法官的教育、才智和品质[J]. 吴玉章译. 法学译丛,1989,(2):54.
- [22]多纳特·厄特. 司法独立的保障[A]. 张懋,蒋惠岭. 法院独立审判问题研究[C]. 北京:人民法院出版社,1998.387.
- [23]汉密尔顿,等. 联邦党人文集(中译本)[M]. 北京:商务印书馆, 1995.390.
- [24]孟德斯鸠. 论法的精神[M]. 北京:商务印书馆,1961.156.
- [25]英戈·穆勒. 恐怖的法官——纳粹时期的司法[M]. 王勇译. 北京:中国政法大学出版社,2000.33,47,100-104,148-149,156, 183.
- [26]高洪宪. 法官独立审判的探索[J]. 政治与法律,2000,(1):31.
- [27]贺卫方. 通过司法实现正义[A]. 司法的理念与制度[C]. 北京:中国政法大学出版社,1998.51.
- [28]理查德·A·波斯纳. 联邦法院:挑战与改革[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002.21.
- [29]肖建国. 程序公正的理念及其实现[J]. 法学研究,1999,(3):3-21.
- [30]丹宁勋爵. 法律的正当程序[M]. 李克强,等译. 北京:群众出版社,1984.52.

## 时政新词解释

### 中介组织

中介组织一般指那些介于政府与企业之间、商品生产者与经营者之间、个人与单位之间,为市场主体提供信息咨询、培训、经纪、法律等各种服务,并且在各类市场主体之间包括企业之间、政府与企业、个人与单位、国内企业与国外企业之间从事协调、评价、评估、检验、仲裁等活动的机构或组织。许多国家的经验表明,社会中介组织是宏观调控与市场调节相结合中不可缺少的环节,具有政府行政管理不可替代的作用。