

# 论法官的慎言义务

孙笑侠\*

---

内容提要 近年来,法官因言论不慎导致社会舆论热议的事件时有发生。我国法官职业伦理规范是否已给法官设定了“慎言义务”?如何让法院和法官能够充分理解这种慎言义务和言论限制的意义?如何处理法官慎言与“能动主义”、“司法为民”的关系?本文针对法官慎言义务,考察了各主要国家的法官职业道德规范或行为规范,归纳了我国法官慎言义务的主要内容和存在的问题,分析了法官慎言义务的理由,提出了法官慎言义务在实践中的难点及解决思路,进而也讨论了法官慎言义务的制度保障机制的重点问题。

关键词 法官 慎言义务 职业伦理

---

法官违法行为与法官不慎言论,在通常情况下哪个“错误”更令人吃惊?我们无疑会选择前者。但是如果我們仔细思考,法官受贿或逛夜总会,是显而易见的违法乱纪“错误”,况且只是法官的个人行为,这种违法乱纪的“错误”只代表他个人,因此,民众舆论对此只会在吃惊与谴责之后一笑了之。然而,一位法官个人的言论不慎的“错误”,则可能产生三种负面效果:一是公众可能对法官言论观点的正误难以判断,不像法官违法乱纪行为那样可直观判断;二是公众往往会把个人观点混同于法官群体的观点(以为整个法官群体可能都持相同观点);三是法官个人观点可能直接或间接影响到个案或类似案件的当事人利益。因此,尽管法官行为的谨慎远比言论的谨慎更重要,但我们仍然不得不重视法官的言论。

如果职业共同体对法官言论科以伦理上的义务,或加以严格限制,那么就产生了“举轻以明重”的效果——共同体对于法官的言论都作如此严格的限制,更何况法官的行为呢?换言之,对法官言论自由的限制,会促进法官内心的自律,还起到无形中养成言行谨慎的习惯,从而影响到法官对自己行为的严格自律。

---

\* 复旦大学法学院教授,博士生导师。本文是“985”第三期资助项目“国家司法哲学、制度与技术研究”的成果之一。本文写作过程中得到复旦大学法学院博士后流动站的吴彦博士和法学理论硕士生杨洋同学的帮助,特此致谢。

## 一、法官“金口难开”

由于法官的职业特殊性,其言论自由要比普通公民和其他公职人员受更多的限制。在国外,法官言论引发争议的事案,要么不发生,要么就会是产生震动的事件。最近二十年内,由于传播方式和速度的更新,这类事件也受国际社会的关注,比如,日本仙台地方法院寺西候补法官(1998年)参加公开辩论受警告案<sup>①</sup>,1999年美国第七巡回法院的波斯纳法官撰写《国家事务:对克林顿总统的调查、弹劾与审判》受批评事件<sup>②</sup>。2001年,美国地区法院法官托马斯·杰克逊(T. Jackson)在“合众国诉微软公司”案中,秘密接受了大量媒体的采访,表达了他个人对微软案件的看法,受到媒体和公众的关注,微软在上诉中要求撤销他的法官资格。<sup>③</sup>2009年8月,英国一名高级法官伊恩特里格因发表了“数十万移民”到英国接受大量的福利津贴言论而面对遭革职命运。当局发出纪律质询,以调查其指犯罪率与大量移民和福利制度有关联的评论是否“过于政治化”<sup>④</sup>。2012年,美国加州一法官质疑被强奸女子抵抗不力,引发众怒。<sup>⑤</sup>2012年,英国资深家庭法法官尼古拉斯·沃尔爵士(Sir Nicholas Wall)公开表示支持无理由离婚,并称离婚在现实中应是“行政”程序而非法律程序,引起部分议员和民众的反对<sup>⑥</sup>。2013年,印度尼西亚一名高庭法官在国会听证会上,竟开玩笑地说“强奸犯和受害者都享受”,应考虑

① 1998年,日本仙台地方法院寺西候补法官因出席一次关于反对国会立法的公开辩论活动并发表意见,而被仙台高等法院给予警告处分,引起争议。参见[日]森际康友编《司法伦理》,于晓琪、沈军译,商务印书馆2010年版,第281页。

② 1999年,著名的波斯纳法官在美国联邦参议院对克林顿总统弹劾案作出无罪判决后的第四天,完成了著作《国家事务:对克林顿总统的调查、弹劾与审判》在美国造成极大影响、争议和震动。Steven Lubet和Ronald Dworkin两位受人尊敬的法学家指责波斯纳有不道德的司法行为,即认为其这部著作违反了《美国法官司法行为准则》3A(6)条的规定——法官不应“正在进行和即将进行的审判”进行公开评论。参见Court Review 5, Summer2000以及Court Review 5, Winter2001。波斯纳法官本人也有回应Lubet的文章The Ethics of Judicial Commentary, Court Review 6, Summer2000。

③ 简海燕《美国司法报道的法律限制》,知识产权出版社2008年版,第112页。

④ 司法投诉处发言人表示,有关质询将研究伊恩的评论是否超越事件事实及过度被政治化。“如果法官使用具有‘侵犯性、种族歧视和性别歧视的语言’,这将构成行为不检点。”<http://www.chinanews.com/gj/gj-oz/news/2009/08-05/1805350.shtm>。

⑤ 据美联社12月14日报道,近日,美国南加利福尼亚州的德里克·约翰逊法官在审判一起强奸案时,质疑受害女子未在受侵犯时奋起反抗,甚至声称,“如果一个人不希望发生性关系,那么她(他)就一定不会允许其发生。”报道称,加州司法执行委员会13日发布报告称,法官德里克·约翰逊严重失当,且有违司法伦理。参见<http://news.sina.com.cn/w/2012-12-14/152225814106.shtm>。

⑥ 据英国《每日邮报》3月27日报道,英国资深家庭法法官尼古拉斯·沃尔爵士(Sir Nicholas Wall)公开表示支持无理由离婚。另一显赫的法律界人物,大法官索普勋爵(Lord Justice Thorpe)也表示曾在上诉法庭判决中支持无理由离婚。他们认为,英国现有婚姻法对应的社会价值已经过时。一些议员及民众表示反对,称若将无理由离婚完全合法化,将会更鼓励人们离婚。参见国际在线新闻网2012-03-27:<http://gb.cri.cn/27824/2012/03/27/6011s3618713.htm>。

是否判处强奸犯死刑。此话一出引发众怒,人们纷纷要求把他开除。<sup>⑦</sup>

在上个世纪的中国,法律上对法官言论作限制大致上只是“保密义务”的规定,如1995年的《法官法》第7条规定的“保守国家秘密和审判工作秘密”和第32条法官不得有“散布有损国家声誉的言论”,没有对法官的其他言论作出限制性规定。1998年4月15日,当时新上任的最高法院院长肖扬在全国法院系统教育整顿工作会议上提出:“逐步实现电视和广播对审判活动的现场直播,允许新闻机构以对法律自负其责的态度如实报道。”由此开始了我国有史以来法院最大幅度地对媒体开放的时期。这也表明了中国法院在没有职业规则和伦理意识的前提下向媒体彻底敞开了大门。到了2001年最高法院《法官职业道德基本准则》中,才出现了关于法官职业道德意义上的言论伦理的规定,限制法官言论的伦理规范出现在法官眼前,但法官内心的言论伦理意识还是没有确立,时有法官言论不谨慎的事案出现。时隔8年后的2006年9月12日,在全国法院新闻宣传工作会议上,肖扬院长终于阐明了这样一个道理:“由于司法与媒体各自的特性不同、职责不同、规律不同,也不可避免地表现出一些矛盾和冲突”。但是,尽管如此,我国法院对法官慎言义务的重视和约束仍然不得力。近年来,法官言论引发的争议事件又不断出现,比较典型的包括:

(1)2007年,北京房山区法院“韩浪故意伤害案”宣判后,无法平息怒火的韩浪和被害方张某在法庭上继续起了争执。脱下法袍的主审女法官目睹这一幕,怒斥张某。引起媒体和公众的关注和热议,被称为“脱下法袍骂人的女法官”<sup>⑧</sup>。(2)2008年3月10日,全国人大代表、最高人民法院一位原副院长在接受记者采访时,针对“许霆案”的定罪,他说“许霆案是比较特殊的,判处盗窃金融机构罪不太合适,判盗窃罪还是可以的,一审判无期明显是判重了。”此时许霆案二审离判决还有20天。这番关于“许霆案”的评论引起媒体和公众的热议<sup>⑨</sup>。(3)2011年,犯强奸杀人罪的李昌奎被云南省高院一审判死缓,该院某副院长在接受媒体采访时发表观点,认为该院判李昌奎死缓而不是死刑立即执行是正确的,“我们现在顶了这么大的压力,但这个案子,10年后将是一个标杆。”<sup>⑩</sup>这“标杆论”一时成为社会热点。暂且不论该法官言论是否正当,法官有无必要解释判决结论?这在我国也是不完全清晰的。(4)2013年4月10日,某省高级人民法院院长在“豫法阳光”微博拓展座谈会上说,法官也是人,应该让博友们了解一个有血有肉的

<sup>⑦</sup> 印度尼西亚西加里曼丹省马辰的高庭法官达明苏努西(Daming Sunusi)被提名出任最高法院法官的职位,他在听证会上接受资格审查时,被议员提问印尼是否应该立法将强奸犯处死的问题,发表这番言论。这一言论引起轰动,事后该法官为其不当言论道歉。引自2013年1月17日中国社科院在线,http://www.csstoday.net/Item.aspx?id=43742。

<sup>⑧</sup> 自己的儿子被邻居家孩子掐死后,由于对方家长张某一一直不肯支付赔偿,母亲韩浪将硫酸泼向了邻居大女儿。北京市房山法院判决韩浪有期徒刑13年,并赔偿受害者48.8万元。参见2007年08月28日京华时报http://news.sina.com.cn/s/1/2007-08-28/030413756266.shtml。

<sup>⑨</sup> 人民网http://npc.people.com.cn/GB/28320/116286/116599/6983219.html。

<sup>⑩</sup> 财经网2011年7月13日,《云南高院田成有:男子杀2人获死缓案10年后将成标杆》http://www.caijing.com.cn/2011-07-13/110773518.html。

法官。该院院长说到“有时遇到长时间的审案,我们法官都不得不穿着‘尿不湿’审理。”这句话在当时的语境下可能是想描述一个事实,但没有想到此言一时也成为热议的焦点,网友的批评和调侃铺天盖地。<sup>①</sup> (5) 比如 2012 年最高法院某副院长在全国法院第一期(总第 3 期)高中级法院副院长轮训班上批评律师的言论,受到律师界和公众的热议。同样是批评律师的言论,如果这句批评律师的话出自一位著名企业家、政府官员或学者之口,则不会产生如此强烈的反响。<sup>②</sup> 在当今“自媒体时代”,当法官卷入言论纷争时,如何化解言论引发的争议,也需要谨慎对待,要避免引发更大的纷争。

各国对法官职业伦理的监督和管理都不外乎行为和言论两个方面。法官行为自律的监督和管理,相对较成熟,而容易“擦枪走火”的却会是法官言论的自律问题。因为我们习惯了“不以言定罪”的思维,以为言论不如行为那么受法律约束。在我国现有法治条件下,法官职业整体素养参差不齐,职业共同体对法官自律的监督和管理任务,重点还停留在“法官行为控制的阶段”,诸如法官要秉公审判、维持法庭秩序和尊严、不单方会见当事人、不受贿、不泄露审判秘密、不拖拉迟延,等等,大都属于行为层面的。况且,我国法院有根深蒂固的“行政性”传统,在不同时期,甚至要求法官有“配合”政府、“服务性”、“能动司法”的指导思想。比如河南省法院 2006 年起实行的“判前释法判后答疑”制度,就与法官慎言义务(法官不负责解释判决)存在较大的距离<sup>③</sup>。虽然有法官言论的相关职业伦理规定,但并没有引起职业机构内部的高度重视,也鲜见产生法院惩戒法官言论不当的情况。我国大陆地区关于法官言论的伦理规范研究很少,作品也不多。<sup>④</sup> 在这样的司法文化和审判传统之下,对法官个人行为进行控制的任务更加艰巨,这就降低了对法官言论限制的要求。

我国法官在言论上的义务如何具体界定?国际上关于法官慎言义务有哪些可借鉴的规定?法官慎言义务的理由或原理是什么?如何让法院和法官能够充分理解这种义务和限制的意义呢?如何处理法官慎言与“能动主义”、“司法为民”的关系?等等,都是值得我们进一步研究的。

<sup>①</sup> 据大河网报道:<http://news.dahe.cn/2013/04-10/102099644.html>。

<sup>②</sup> 参见正义网 2012 年 5 月 19 日《最高法院副院长张某指责律师“闹庭”引不满》。[http://www.jcrb.com/IPO/local/bj/201206/t20120608\\_879278.html-a06800d76032&user=121626](http://www.jcrb.com/IPO/local/bj/201206/t20120608_879278.html-a06800d76032&user=121626)。

<sup>③</sup> 参见北大法律信息网,《河南省审判机关全面推行判前释法判后答疑制度》(新华网,记者王云河 2006 年 12 月 15 日)<http://www.chinalawinfo.com/fzdt/NewsContent.aspx?id=18201>。

<sup>④</sup> 目前有高一飞《媒体与司法关系研究》,中国人民公安大学出版社 2010 年版;简海燕《美国司法报道的法律限制》,知识产权出版社 2008 年版。以及相关的汉语编译作品,如怀效锋主编的《法官与媒体》、《法官行为与职业伦理》、《法院与法官》,法律出版社 2006 年版;美国 Brian Kennedy 的《美国法律伦理》,American Legal Ethics,郭乃嘉译,台湾商周 2005 年版;日本森际康友的《司法伦理》,于晓琪、沈军译,商务印书馆 2010 年版。另外就是一些并不重视法官言论的法律职业伦理教材。

## 二、法官慎言义务从惯例走向“客观化”

慎言就是言论要谨慎。法官的慎言义务是指法官在法律上和司法职业道德上负有谨慎发表言论的法律义务与伦理义务。换言之,法官慎言义务具有两种性质,既是法官的法定义务,也是法官职业伦理上的义务。

法官慎言义务通常首先表现为法官在法律上的保密义务,它属于法定义务。而法官慎言义务不仅仅是对国家、组织和个人所负的保密义务,还包括对司法权、对法院、对法官职业自身的更广泛的言论义务,不仅涉及法定性质的义务,还涉及伦理性质的义务。众所周知,法律义务比伦理义务的要求要低,法官在法律上的义务只是法官所有义务的底线,因此可以认为,伦理义务的要求更为严格,内容更为宽泛。

作为伦理上的法官慎言义务,在各国司法传统中只是作为法官内心的确信,它是一种司法惯例。之所以说是惯例,一是因为它来源于各国的司法传统,二是因为各国关于法官职业道德的内容并不一定通过明确的条文形式加以规定。但这种惯例已然成为职业共同体的共识,如有法官违反,则会引起同袍的谴责和鄙视,因而具有强烈的压力。西方早有法律谚语云“多嘴的法官不动脑”。从13世纪起英国法官便自视为法律的代表、正义的化身。英国还有一个传统的制度:对法官在行使其司法权力时的错误言论,法官享有诉讼豁免权,即不得对此提起诉讼。<sup>⑮</sup>正因为法官言论受到这样一项绝对特权的保护,所以法官的慎言义务就显得更加重要了,法官对自己言论的约束就更为严格和谨慎了。英国前大法官克尔爵士称“只要一个法官保持沉默,其智慧和公正的名誉就会无懈可击”。

当代西方诸国对法官慎言义务的规定有客观化的趋势。比如美国法律家协会(ABA)的《司法行为示范守则(2011)》中明确规定“在所有活动中,法官都必须避免不适当的言行和不适当的表现”(准则2)<sup>⑯</sup>。包括“法官在从事司法外活动时,必须使之与司法义务发生冲突的风险最小化”。2000年9月的美国最高法院司法会议修订的《合众国法官行为准则》规则5也有类似规定,其中的3A(6)规定“法官对正在(pending)或即将(impending)审理的‘案件’避免公开评论,直至完成上诉程序。”<sup>⑰</sup>

比如加拿大《法官职业道德原则(1998年)》设定了司法独立、正直、勤勉、平等和公正五个伦理范畴,其中讲到“司法独立”时,第8条评述说道“法官们会时不时地被要求充当咨询顾问……。法官在考虑是否接受这种要求时,应仔细想清楚接受这一任命对

<sup>⑮</sup> 这个制度起源于1670年的“巴谢尔案”判例。英国法官认为这不是为了法官个人,而是为了司法大众,为了推进正义。免于起诉可以使法官自由思考和独立判断。1975年,丹宁勋爵仍然重申这一制度,迄今为止,这一制度仍然保留。参见程汉大、李培峰《英国司法制度史》,清华大学出版社2007年版,第153、154页。

<sup>⑯</sup> ABA MODEL CODE OF JUDICIAL CONDUCT(2011 EDITION), Canon 1: A judge shall uphold and promote the independence, integrity, and impartiality of the judiciary, and shall avoid impropriety and the appearance of impropriety.

<sup>⑰</sup> The Code of Conduct for United States Judges, Guide to Judicial Policy, Vol. 2A, Ch. 2, P2.

司法独立原则的默示效应。”其中讲到“平等”原则时,评述指出“任何可能被合理地诠释为表明对某人缺乏必须的反应或尊重的评论、言辞、动作或行为,法官都应避免做出。这方面的例子包括基于种族、文化、性别或其他原因的无关评论和默示……”。其中的“公正”原则提出法官应避免“公开对立的政治辩论”,其中对应的评述中讲到“法官应当避免法庭内外有任何草率的言行,以免引起不必要的关于有失公正的想像”。加拿大司法委员会《司法行为评论法案(1991年)》中指出,“对于一个已经开始审理的案件,法官只评论一次,评论的就是做出判决的原因,此后,法官是不允许去作解释,或做辩护,或是对审判进行评论,甚至是去澄清哪些批评是模棱两可的”。<sup>18</sup>

澳大利亚《法官行为指导原则》(2002年)第五章5/6“法官的公开言论”中指出“应当注意避免将法官职位和权威运用在不应当运用的地方。在考虑是否应当参与的时候应铭记在心的包括以下几点:(1)法官应避免卷入政治争端……;(2)讲话的时间和场合是否有可能让公众将法官与一个特定的组织、团体或事业联系起来。(3)法官发表的意见或在讨论的过程被引导发表的意见,会在法官今后要审理的案件中造成法官存有偏见或事先已做出判断的问题。(4)其他法官可能持有不同的意见,并希望做出相应的回应,因此有可能引起法官之间的公开争论,这会使法官的名誉受损或是损害法院的权威。(5)法官与其他公民一样享有参与公开辩论的权利,但要受到司法职能的限制。……在公布关于判决的理由之后,法官不应公开进行评论。”<sup>19</sup>。此外,还对法官为报纸杂志写稿或媒体访问、教学、新书的前言与书评、参加会议等,都指出要法官注意不干扰其司法职责。“……不对媒体谈话,除了法庭上,都要保持沉默”。<sup>20</sup>

由于历史和司法体制的原因,法国法官职业道德没有设立规范。<sup>21</sup>直到1999年以来,每年出版一份报告,对法官违纪案件进行公布的同时也归纳出一些带有规范性意义的原则,并作一定的评论。法国司法部再根据法官最高委员会所作的决定和建议,制定了一套内容完备、涵盖法官违纪的各种情况的条例汇编,使得法官的职责和义务逐步明确起来。法国宪法规定法官有“谨慎执法”的义务,要求法官在执法中要保持谨慎态度。法国最高法院首席大法官吉·加尼维认为“谨慎原则同样禁止法官发表任何过激言论或批评,以至影响到被法院管辖者对司法机构的信任和尊重”,因此在法国出现了“法官言论和表达自由的弱化”趋势,这就使法官谨慎原则完整起来。<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Glifford Einstein《澳大利亚司法道德(论文一)》载怀效锋编《法官行为与职业伦理》法律出版社2006年出版,第62页。

<sup>19</sup> 《澳大利亚法官行为指导原则》,载怀效锋编《法官行为与职业伦理》法律出版社2006年版,第84页。

<sup>20</sup> 参见前引18,第44-45页。

<sup>21</sup> 法国1958年12月通过《关于法官身份的条例》,但由于司法体制(法官最高委员会归国家行政法院管辖)的原因,法官职业道德的内容不够明确,直到70年代仍然未对法官伦理设立规范。有关法官伦理与违纪的情况是通过国家行政法院公布的法官违纪和惩JIE案例来为公众所知的。80年代以来,法官最高委员会开始致力于通过其作出的决定,来勾勒法官职业道德的轮廓。参见法国最高法院首席大法官吉·加尼维《法国关于法官职业道德的理解》,载怀效锋编《法官行为与职业伦理》法律出版社2006年版,第305-308页。

<sup>22</sup> 前引21,吉·加尼维文,第304页。

德国《法官法》第39条规定“法官原则上如其他国民一般,亦享有政治活动自由,自亦得于职务外发表言论,惟必须节制与保守,以维护对其独立性之信赖不受损害。”1988年联邦行政法院在关于35位卢白克法官与检察官共同发表的以反对设置“潘兴二号飞弹案”中将节制与保守义务从“独立性信赖维护义务”中独立出来,以节制与保守义务本身作为判断法官言论发表是否违反法官法之理由。<sup>23</sup>

日本法律家协会法曹伦理研究委员会1972年的《关于法曹伦理的报告》第二章第一节关于“法官伦理的基准原则”中写道:“在审判活动中的法律忠实性、独立性、公平中立性以及保持公正的义务。……最终极的保证还是来自每个法官的良心及内心的自觉和自制”这是第一原则,第二原则是“作为上述原则同一体系的另一个原则,法官除了上述的自觉和自制的义务之外,为了满足上述要求还有义务尽量避免在审判活动中做出可能有损一般公众信赖的言行和态度。……进一步说,这种避免、抑制可能有损一般公众信赖的言行和态度的努力,不仅在职务行为活动中,在广泛的非职务性活动中,也是应要求其优先做到的”。<sup>24</sup>

可见,各主要国家对法官慎言的法律要求和伦理要求有一定的普遍性。部分国家和地区(如美国、日本等,包括中国)采取条文的形式——这被称为法官职业伦理的“客观化”<sup>25</sup>。

自上世纪末到20世纪初,甚至还出现了法官职业道德国际化立法的趋势,比如国际司法机构中,出现了这种新的立法倾向,如1985年联合国大会通过的《司法独立准则》,1989年联合国《司法独立宣言草案》(Singhvi宣言),1998年7月欧盟委员会通过的《关于法官条令的欧洲宪章》,此外,非政府组织参与制订的法官伦理准则还有,1981年由国际刑法协会、国际法理学家委员会(ICJ)及法官与律师独立中心(CIJL)的专家会起草的《司法独立原则草案》,1982年由国际律师协会通过的《司法独立最低标准》,2000年由法官与律师独立中心的专家会通过的《预言和根除腐败、保证司法体系公正的政策框架》,等等<sup>26</sup>。这些关于法官伦理规范的文件被看成是“法官伦理国际化”的重要例证<sup>27</sup>。欧洲法官咨询委员会就曾经作了这样的提议,最先在维也纳研讨产生了后来的《班加罗尔准则》。然后在2002年11月25日至26日在海牙召开另一次相关会议,产生了关于法官伦理的《海牙准则》。对法官职业道德和个人操守进行立法规范,已被称为“全球性的潮流”。<sup>28</sup>

2001年80多个国家的首席大法官在印度的班加罗尔(Bengaluru)制定的《班加罗尔司法行为原则》中规定法官享有言论自由等权利,“但是,法官在行使上述权利时应当

<sup>23</sup> 高一飞《媒体与司法关系研究》,中国人民公安大学出版社2010年版,第135页。

<sup>24</sup> [日]森际康友《司法伦理》,于晓琪、沈军译,商务印书馆2010年版,第286-287页。

<sup>25</sup> 前引21,第304页。

<sup>26</sup> Aler. F. M. Berninkmeijer《大陆法国家的法官列为准则:以荷兰为例》,载怀效锋编《法官行为与职业伦理》,法律出版社2006年版,第160页。

<sup>27</sup> 前引26。

<sup>28</sup> 前引21,吉·加尼维文,第311页。

注意方式 要能够维护司法尊严、司法公正和司法独立性”。2007年,《班加罗尔司法行为原则》被联合国经济与社会理事会的《加强司法行为基本原则》(2007年7月26日第45次全体会议通过)加以确认,并要求“请会员国在与本国法律制度一致的情况下,继续鼓励本国司法机关在审查或制定关于司法机关成员职业和道德行为的规则时考虑到《班加罗尔司法行为原则》”。《班加罗尔司法行为原则》中规定“在法官负责审理或将会审理之法律程序中,如他明知评论在他合理预期中将会影响判决结果或损害法律程序的公正性,法官不得作出有关评语。在公开或其他场合,法官亦不得作出对任何人的公平审讯或论据造成影响之评语”。此外也规定了法官的其他与言论有关的义务,如言论自由(著作讲学等)与保密、维护法官尊严的关系<sup>29</sup>。

我国《法官法》第七条第6项规定了“保守国家秘密和审判工作秘密”的义务。《法官准则(2010修订版)》第3条规定“法官应当自觉遵守法官职业道德,在本职工作和业外活动中严格要求自己,维护人民法院形象和司法公信力。”第7条规定了法官“不发表有损国家利益和司法权威的言论”。第24条规定了“语言文明……”。我国《法官行为规范(2010年)》(最高人民法院2010年12月6日修订后发布正式施行,以下简称《法官行为规范》)第8条也规定了法官言论的相关义务,“加强修养。……言语文明……”。尽管有这些规定,但缺乏一个慎言的总体原则的规定。反而是2005年发布的《法官行为规范(试行)》的规定更具合理性,其中第七条有一个总括性规定,即“谨言慎行,不得有任何损害司法公正和法官形象的言行”。

### 三、法官慎言义务的理由分析

中国民谚云“沉默是金”,“说出去的话,泼出去的水”。中国中国古代儒家的“礼”文化和古代“士”文化,倡导君子和士人要保持“慎言”的美德<sup>30</sup>,即要求人们言论表达上的谨慎、审慎、慎重、保守、持重、仔细等等。把它相较于法官慎言义务的理由,则略有不同。法官的慎言理由不仅仅是象古代士大夫那样来自个人修养的需要,而且还来自国法、社会、公民当事人的要求,更是来自法律职业共同体的要求。法官慎言是一种司法文化,是长期司法实践中形成的经验和伦理规则,对法官个人来说,法官慎于言论是职业训练养成的一种伦理习惯和职业素养,正如日本“法官伦理的基准原则”中的“法官有保持一定品质的义务”<sup>31</sup>除此之外,似乎并没有太多的理由。然而,问题并不如此简单。

<sup>29</sup> 高一飞《媒体与司法关系研究》,中国人民公安大学出版社2010年版,第129-131页。

<sup>30</sup> 类似的提法有《小雅·巷伯》中的“慎尔言也”。孔子有“敏于事而慎于言”(出自《诗经论语·学而》)。汉代刘向说“君子慎言语矣,毋先已而后人,择言出之,令口如耳”(出自刘向《说苑·政理》)。曾国藩曾经分析归纳了慎言的六种理由,并基于此提出过“立言有六禁:不本至诚,勿言;无益于世,勿言;损益相兼,勿言;后有流弊,勿言;往哲已言,勿袭言;非吾力所及,勿轻言”。意思是,基于诚恳,益世,兼顾,无弊,创新,知行这六种理由而需要慎言。

<sup>31</sup> 联合国《司法独立准则》(1985年,米兰)第8条规定“司法官员同其他公民一样享有言论、信仰、集会、结社等自由。法官应当以合理的方式行使这些权利,以便保持其职责的神圣,司法的公正无私和独立”。



言论自由是公民的基本人权,也是人的尊严的体现。无疑法官也享有言论自由<sup>②</sup>。因此限制法官言论,会与公民言论自由产生形式上的悖论。这就有可能因此悖论而产生以下三个困惑:其一,当司法权威机构要对法官言论自由进行限制时,仍然不清楚限制的理由,那么这个机构就会无从入手或无法深入体察问题的症结。其二,当权威机构制订了法官言论的伦理规范之后,法官仍然不能从内心接纳和信服这种限制性规则。其三,当法官因言论不慎而受到职业惩戒的时候,他会为自己的言论辩解而质疑这种惩戒。因此,法律或职业道德规范中限制法官言论,需要从理论上厘清限制的理由——法官言论自由的弱化或受严格限制的理由究竟是什么?从欧美法官伦理来看,大致有以下理由:

1. 从个人身份本身来讲,法官慎言义务是基于法官职业角色的特殊性。法官是判断者<sup>③</sup>,对判断者而言,他几乎没有行为动作上的职责,只有判断言论的职责。所以,人们关注法官言论表达不亚于对法官行为的关注,法官对自己的言论约束对自己行为的约束更难。法官被假设成不会犯错误的具有“神性”的高尚职业,其地位尊贵无比,是法律的嘴巴<sup>④</sup>，“法官是会说话的法律”<sup>⑤</sup>，“一个公正的法官是一个冷冷的中立者”(Edmund Burke)<sup>⑥</sup>。英美的法官通常是“金口难开”,在法庭上尽量少发表自己的观点,因此在法庭上容易犯困,有的被误认为是睡着了,有的甚至真的睡着了,这些法官被称为 Sleeping Judge<sup>⑦</sup>。当然,法官的沉默不等于没有判断力,法官在法庭上只要带耳朵和大脑就可以了。西方司法界所谓“司法沉默”(如澳大利亚)<sup>⑧</sup>、“谨慎原则”(如法国宪法)或“司法克制”(如美国司法极简主义 Judicial minimalists)的司法态度和司法哲学,也正是以各种形式表现出法官的司法消极性态度。另外,从法官的独立性体制、法官遴选制度、法官职业保障制度,到法官职业伦理等等,都一脉相承地贯彻了这种对法官角色的理念假设。法官一言一行都代表这种司法态度和司法哲学,因此谨言慎行是法官的本色。

身为法官的个人,其角色有两重性,一是普通公民,二是法官。其作为普通公民虽然享有宪法和法律上的各种权利和自由,但是由于其法官职业的特殊性,因而其权利受

② [日]森际康友编《司法伦理》,于晓琪、沈军译,商务印书馆2010年版,第282页。

③ 孙笑侠《司法权的性质是判断权》,载《法学》1998年第1期。

④ 许多著名思想家都曾有过类似的观点。西塞罗的《论法律》第3章第122节“官员只是说话的法律。”科克爵士在卡尔文案件中称“法官是说话的法律”。孟德斯鸠在《论法的精神》中认为:“国家法官只不过是讲法律的嘴,仅是被动物,没有能力削弱法的强制性和严格。”在美国,大法官马歇尔重述了这番话,他把法官说成“只是法律的代言人”,不能随意行事。[英]哈耶克《自由宪章》,杨玉生等译,中国社会科学出版社1999年版,第246页注释④。

⑤ 孙笑侠《西方法律谚语精选》,法律出版社2005年版,第64页。

⑥ 陈新民《公法学杂记》,中国政法大学出版社2001年版,第306页。

⑦ Pannick, *Judges*, Oxford Press, 1987, P77. 其中提到17世纪英国一位名叫道德里治(Mr. Justice Doderidge)的法官常常在法官席上闭眼以免被周围事物打扰来聚精会神地听取辩论,被民众误以为是“睡觉的法官”。

⑧ 迈克尔·K·阿都《法官经得起批评吗?》,载怀效锋编《法院与媒体》,法律出版社2006年版,第26页。

到的限制远远超过普通公民,也超过政府公务员。<sup>39</sup> 法官要避免不必要地引起公众注意<sup>40</sup>。法官出现不当言论后,可不可以以自己的公民身份和公民言论自由权来为自己抗辩?回答是否定的,因为法官首先是法官,而不是普通公民。斯里兰卡首席大法官 Neville Samarakoon (1919 - 1990),曾在某教育机构颁奖大会上作为主宾发言里批评政府及政府的政策,因而导致了议会将其革职的法律程序。该大法官为自己辩解说,作为一名普通公民,宪法赋予他自由的权利。但是议会遴选委员会拒绝接受法官的辩护,声称法官只有在其司法职权范围内才能享受言论自由的权利。<sup>41</sup>

法官言论问题很容易成为社会关注和震动的热点,然而为什么政府官员和议员的言论引起震动的事例却并不多见?我们较多地了解到国外对法官言论的限制,而为什么很少在国外看到对政府官员或议员的言论有如此严格的限制?事实证明法官比政府官员或议员在言论自由上负有更谨慎的义务,法律和职业规范也对法官言论给予更严格的限制。从言论自由受限制程度依轻微到严格来排序的话,应该是议员——公务员——法官。“就其使命来看,对法官的纪律要求实际上更高”<sup>42</sup>。议员本来就是要代表选民积极发言的,甚至议员的错误言论受法律保护,不受追究。公务员的言论自由远远少于议员,这是因为公务员的重点在于管理行动,发表言论不是他们的主要工作。而法官的职责在于独立思考和判断,言论要多说,也只在判词中对判断理由进行充分论证。所以法官控制自己的言行很重要,但控制自己的言论比控制自己的行为更难。

因此,法官同袍必须从内心清醒地意识到,并去接受一个事实:他作为法官,“生来就是要接受责难的;但无论是在准备判决时,还是在回首往事时,他心中想到的是自己的收获而不是赞扬或批评、同意或责骂。他对此不予回答,也绝不会为自己辩护”。<sup>43</sup>

2. 从法官所代表的职业同袍群体、法庭、法院、司法系统来讲,法官的言论会自然让人们联想到他的同袍以及整个职业共同体的观点。所以法官慎言义务的设置,是为了维护司法尊严和司法公正。

法官是一个职业共同体的成员,不是公民个人。法官有比公务员标准更高的伦理规范。<sup>44</sup> 法官不象公务员或议员,公务员或议员都不是一个职业,不构成一个共同体,因此个体的言论自然代表个体。然而法官却不同,法官职业共同体内部是因专业性和独立性而构成一个紧密的组织,法官个人的言论会被公众自然联想到整个职业共同体的观点。公众常常难以区分这是法官个人观点还是法官共同体或司法体系的观点,所以“法官必须牢记,他们的公开评论可能会被视为整个法官群体观点的反映;人们很难将

<sup>39</sup> 前引38,第225页。

<sup>40</sup> 参见澳大利亚墨尔本大学法学院 David Wood 教授《澳大利亚法官伦理道德(讨论稿)》,载怀效锋编《法官行为与职业伦理》,法律出版社2006年版,第25页。

<sup>41</sup> 前引38。

<sup>42</sup> 前引32,第283页。

<sup>43</sup> 前引38,法律出版社,第26页。

<sup>44</sup> 前引42,第289页。

某个法官表达的观点视为纯个人观点,而非全体法官的普遍观点”<sup>⑤</sup>。法官不谨慎的个人言论不只是影响他个人,还影响法官共同体或整个司法机构的信誉和形象,正如法国最高法院首席法官吉·加尼维所言,“法官言论和表达自由的弱化”是必要的,“这实际上要求法官在发表意见时,既谨慎有分寸,又避免任何人可以使人怀疑他的公正性或影响他所在的司法机构的信誉和形象的过激表达。”<sup>⑥</sup>

从公众的角度来讲,法官慎言义务也是为了维护公众对法院的信心,即我们所谓的“司法公信力”。法院的公信力不仅靠审判结果的公正,靠司法体制的理性,靠审判程序的正当,靠诉讼成本的经济,还靠法官职业素养的尊贵。这种尊贵不等于尊严,更不等于严酷,而是谨慎、独立、正直、勤勉、平等、文明等所构成的职业品格,它们靠法官言行中的细节来维护,包括小心避免任何有可能败坏法官和法院名誉、损害司法公正、公平及法庭特性的言行。法官“参与有关他们所做判决的公开辩论并不能增加公众对司法体系的信任和尊重。此外,从自然公正的角度来说,这样做也是不公平的:如果一位法官公开批评另一位,而后者却恰恰因为不愿意为公开辩论推波助澜而约束自己,以致不能为自己辩护或是做出相应的反馈”。<sup>⑦</sup>法官错误言论(如“强奸享受”论)、措词轻浮的言论、易惹争端的言论(如云南的“标杆”论)、歧视性或偏见的言论(如“移民福利津贴”论)、过激的言论(如法庭上脱下法袍骂当事人)、过度曝光或吸引眼球的言论(如法官“尿不湿”言论就属于这种情况),都可能对法官群体、对法院、对司法系统产生负面的影响,损害司法的尊严和信誉。相反,法官慎言有助于促进公众对法院的尊重,有助于维护法官群体的声誉。

3. 从法官所象征的司法独立地位来讲,法官慎言义务是为了维护司法的独立性。如果法官不慎于言论,过度引起关注,就会使公众怀疑其独立性。因此,限制法官言论自由的法官慎言义务,是为了维护司法的独立性。

言论是一种表达观点、沟通意见、辨析真伪的工具,法官在多数情况下不需要和公众就个案、就社会争议、就政治争端、就公众对司法的评论、就对本人人身攻击言论,进行沟通和辩论。特别是针对对立的意识和观点,倘若法官公开言论中过度偏向于其中某一种社会意识或政治意识,过度袒护其中某一意识和观点,则会容易引起人们对司法中立性和独立性的怀疑。比如日本寺西候补法官的案件中,寺西参与一个反对国会正在审议的某法案的公众集会。在公众面前称“本来打算作为公开辩论者来发言,但是所有警告我说‘可能会有处分’。我认为就算我发言表明反对这个法案的立场也不算是积极的政治活动,但我还是不作为公开辩论者发言了”。就在这种欲言又止的言论中,他公开了自己的候补法官的身份,并表明了反对法案的立场。因此仙台高等法院认为“该候补法官的行为表现了用言外之意表明对相关法案的反对而又支持召集此集会团体的

<sup>⑤</sup> 《加拿大法官职业道德原则(1998年)》载怀效锋编《法官行为与职业伦理》,法律出版社2006年版,第232-234页。

<sup>⑥</sup> 前引21,吉·加尼维文,第308页。

<sup>⑦</sup> 前引40,第22页。

主张的目的,并且利用了法官的职务名声具有的影响力在很多人的集会上发言支持了上述主张”符合“《法院法》第52条第1款中的‘积极地进行政治运动’”,对其给予警告处分。最高法院认定原裁决恰当,该终审裁决中就强调“法官不能侵害中立、公正原则”指出“‘积极地进行政治运动’是指主动地进行有组织、有计划或者持续的政治活动,有可能损害法官的独立性和中立、公正的行为”。森际康友教授认为,法官有言论自由,但担任法官的人在宪法上有特别的地位,应该在言行上进行一定的自我约束。他引用裁决说“不禁止法官作为一介国民对法律制定持有反对意见,不禁止在不让人怀疑法官独立性和中立、公正的场合下发表意见”。<sup>④</sup>

可见,如果就这些易争议的内容发表言论或参与辩论,卷入纷争,那就令法官失去独立的形象和立场。

#### 四、我国法官慎言义务及主要遗留问题

我国在上个世纪,法官没有职业化的背景,因此法官职业道德规范没有受到重视,是很不完善的。2001年是新世纪初,随着我国法治化、加入WTO(2001年)、司法职业化(自1998年肖扬任大法官起),我国法院明确进入司法职业化建设阶段。最高人民法院于2001年制订并颁布《中华人民共和国法官职业道德基本准则》(以下简称《2001年法官准则》)。明确提出了法官“谨言慎行”的义务,是一大进步。最高人民法院2005年11月4日发布试行《法官行为规范》,按立案、庭审、诉讼调解、文书制作、执行、信访、业外活动等来归纳,但涉及法官言论的规定比较简单。至2010年最高法院对《2001年法官准则》作了修订。在2010修订版的《法官准则》中,《2001年法官准则》原来的50条,被压缩为30条。有关法官言论的一些具体规定被删去一部分,并写入2010年修订版的《法官行为规范》。

法官言论应当受到比公民言论更多的限制。无论是法官言论的形式、时间、地点和内容,都会产生可能损害司法权威、公正审判的效果。法官慎言义务所包括的内容,首先涉及法官言论的分类,通过对这个问题的厘清,我们可以整理出我国法官的哪些言论应该受限制。

法官言论大致上包括这样几项:1. 法官庭内言论与庭外言论;庭内言论是指法庭上甚至包括审理程序过程中的言论。2. 法官口头言论与书面言论;3. 法官业内言论与业外言论;4. 法官媒体言论与非媒体言论。这几类区分对于划清法官慎言义务的内容,是有帮助的。多数国家对法官的慎言义务的范围十分广泛,不分场合,更不分庭内还是庭外,而是包括法官在所有活动中的言论都要谨慎,比如美国法律家协会(ABA)的《司法行为示范守则(1990)》中明确规定“在所有活动中,法官都必须避免不适当的言行和不

<sup>④</sup> 前引42,第281-282页。

适当的表现”(准则2)。我国《法官行为规范》第七条所规定的法官慎言义务也是不分场合的,要求法官“约束举止言行”。其中包括了“谨言慎行,不得有任何损害司法公正和法官形象的言行。这作为法官言论的一条总括性的义务,是合适的。

通过对我国现行《法官行为规范》(2010年)的考察,我们会发现我国法官职业道德中确实已经存在“慎言义务”。我国法院对法官慎言义务作了较全面细致的规范,大致包括庭审语言规范的义务、法官语言文明的义务、判决语言严谨的义务、法官言论保密义务、法官私下交流的慎言义务、法官业外言论的义务、法官在媒体的慎言义务等七项:

1. 法官庭内语言规范的义务。我国《法官行为规范》第6条规定“不得随意发表有损生效裁判严肃性和权威性的言论。”第26条“规范庭审言行,树立良好形象”;庭内言论也应当包括立案时的言论,法官也负有慎言义务,如第20条规定“当事人在立案后询问证据是否有效、能否胜诉等实体问题,……不得向其提供倾向性意见”。第34条规定“诉讼各方发生争执或者进行人身攻击”时要“及时制止,并对各方进行批评教育,不得偏袒一方;”“告诫各方必须围绕案件依序陈述”。第36条规定“宣判后,对诉讼各方不能赞赏或者指责,对败诉方提出的质疑,应当耐心做好解释工作”。法官庭内慎言义务还应当包括法官有义务制止诉讼参加人的言语歧视。

2. 法官言语文明的义务。《法官行为规范》第8条规定“加强修养。……言语文明……”第30条“礼貌示意当事人及其他诉讼参加人发言”;第31条规定“当事人、辩护人、诉讼代理人发表意见重复或与案件无关的,要适当提醒制止,不得以生硬言辞进行指责”。《法官行为规范》对其他环节的法官言论也作了规定,比如第79条规定来访人表示不解决问题就要滞留法院或者采取其他极端方式,要“及时进行规劝和教育,避免使用不当言行刺激来访人”。可见女法官脱下法袍激情怒骂或指责当事人的言论,是明显不妥当的。

3. 法官判决语言严谨的义务。《法官行为规范》第46条规定“裁判文书应当内容全面、说理透彻、逻辑严密、用语规范”。“简易程序案件的裁判文书应当简练、准确、规范”;“组成合议庭审理的案件的裁判文书要反映多数人的意见”,但没有对少数人的意见(涉及“不同意见书”问题)作规定。

4. 法官言论的保密义务。《法官行为规范》第6条(一般规定)、第83条(在写作授课中)、第84条(对媒体发言)都规定了保密或不透露信息的义务。如第83条“在写作、授课过程中,应当避免对具体案件和有关当事人进行评论,不披露或者使用在工作中获得的国家秘密、商业秘密、个人隐私及其他非公开信息”,第84条“在接受采访时,不发表有损司法公正的言论,不对正在审理中的案件和有关当事人进行评论,不披露在工作中获得的国家秘密、商业秘密、个人隐私及其他非公开信息。”

5. 法官私下交流的慎言义务。我国《法官职业道德基本准则》(2010)第十三条规定“审理案件保持中立公正的立场,平等对待当事人和其他诉讼参与人,不偏袒或歧视任何一方当事人,不私自单独会见当事人及其代理人、辩护人”。《法官行为规范》第29

条还规定“不得与诉讼各方随意打招呼 不得与一方有特别亲密的言行”。

6. 法官业外活动中的慎言义务。《法官行为规范》第 80 条规定“约束业外言行 杜绝与法官形象不相称的、可能影响公正履行职责的不良嗜好和行为,自觉维护法官形象。”第 83 条关于从事写作、授课等司法职务外活动时,规定“(一)在符合法律规定、不妨碍公正司法、不影响审判工作的前提下,可以利用业余时间从事写作、授课等司法职务外活动;(二)在写作、授课过程中,应当避免对具体案件和有关当事人进行评论,不披露或者使用在工作中获得的国家秘密、商业秘密、个人隐私及其他非公开信息”。另外,《法官行为规范》第一条还规定“……不得有违背党和国家基本政策以及社会主义司法制度的言行”,也意味着法官在业外也不得发表不谨慎的政治言论。退休法官也负有慎言义务,如《法官职业首先基本准则》第 26 条规定“法官退休后应当遵守国家相关规定,不利用自己的原有身份和便利条件过问、干预执法办案,避免因个人不当言行对法官职业形象造成不良影响。”

7. 法官面对媒体的慎言义务。《法官行为规范》第 83 条规定“接受新闻媒体与法院工作有关的采访”,“(一)通过法院新闻部门接受新闻媒体采访;(二)接受采访的内容涉及重大、疑难、复杂问题的,应当事先做好充分准备;(三)在接受采访时,不发表有损司法公正的言论,不对正在审理中的案件和有关当事人进行评论,不披露在工作中获得的国家秘密、商业秘密、个人隐私及其他非公开信息”。2009 年最高人民法院《关于人民法院接受新闻媒体舆论监督的若干规定》还规定了相关的法官慎言义务的内容。如其中第 4 条规定“对于正在审理的案件,人民法院的审判人员及其他工作人员不得擅自接受新闻媒体的采访。对于已经审结的案件,人民法院可以通过新闻宣传部门协调决定由有关人员接受采访。对于不适宜接受采访的,人民法院可以决定不接受采访并说明理由。”可见,最高院某副院长面对媒体评论许霆案的一审判决,云南高院某副院长在接受媒体采访时对李昌奎案的一审判决发表观点,在职业伦理上都是不妥当的。

我国法官慎言义务在实践中还存在一些遗留问题,主要包括以下三点:

第一,法官可否对生效或未生效的判决进行评论?我国《法官行为规范》第 6 条规定“不得随意发表有损生效裁判严肃性和权威性的言论。”此处只规定“生效判决”。由此条款可知,正常评论的条件是指不损害生效判决的严肃性和权威性。但在实践中偶尔会发生法官甚至领导以怀疑或不肯定的口吻来评论已经生效的判决。当然这种情况不包括上诉审的法院法官对下级法院的判决在职责范围内所作的正常评论。那么未生效判决呢?

对未生效的判决,法官是否可以评论呢?比如某法院原副院长 2008 年所评论的“许霆案”中,被告人许霆于 2007 年 12 月一审被判处无期,2008 年 2 月 22 日,案件重审 3 月 31 日,许霆才被判处 5 年徒刑。笔者对此有两点看法,其一,法官自行改判原审判决,并不会产生消极影响,而一个有影响力的法官对未生效判决的评论,在中国这样的行政化司法体系内,却势必会影响司法的严肃性和权威性。其二,此事不能只看法官

对未决案件评论是否会产生影响判决的后果——我们也确实无法证明该院长的评论是否影响了判决,更重要的是,要看是否有损法院的严肃性和权威性。该院长的评论在一定程度上损害了原审法院和最高法院的严肃性和权威性,是不合适的。

美国法律家协会(ABA)的《司法行为示范守则(1990)》“在某诉讼系属或者即将系属于任何法院时,法官不得进行任何可能被认为影响诉讼的处理结果或者破坏其公平处理的公开评论以及可能严重干涉公平审判或者听证的非公开评论。法官必须要求受法官指挥或者控制的法院人员不得从事上述行为。本节并不禁止法官在履行其正式职责时进行公开陈述,并不禁止法官就法庭程序向公共媒体进行公开解释。”<sup>④</sup>因此,波斯纳法官的《国家事务》一书对尚未判决的克林顿案件的评论受到了指责和批评。Lubet教授指出,波斯纳认为“克林顿实施了犯罪,其结果就是摧毁甚至颠覆美国的司法系统”在其他地方,波斯纳还认为克林顿总统犯了伪证罪,诈骗罪以及向政府提供虚假陈述。“一个受人尊敬的联邦法官的公开观点可能会影响公诉人是否要起诉的决定”。Lubet教授进一步指出,因为波斯纳是一名法官,所以他对该事件的评论可能会违背联邦司法中立性这个原则。

波斯纳为自己辩解的要点有二:一是他认为克林顿的案件不是一个“即将进行的审判”(an impending case),所以他没有违背《美国法官司法行为准则》3A(6)条的规定。二是法官对于公共事件的评论是美国宪法第一修正案赋予的一项权利。他说,“禁止法官的自由言论将引发第一修正案这个问题”。<sup>⑤</sup>其实,波斯纳作为资深法官,不会没有预见到克林顿总统案件不会成为一个诉讼案件,换言之,他应当预见到此事会变成一个诉讼案件,而他仍然进行了公开评论,这不得不说是涉嫌违背慎言义务的。Monroe Freedman教授在其《法官的言论自由——评Lubet和波斯纳之间的争论》一文中似乎偏向于支持波斯纳,他认为,《美国法官司法行为准则》3A(6)条的规定应当被理解为“一个法官不应对有可能会落到他自己身上的案件进行公开评论”。<sup>⑥</sup>

第二,法官慎言义务与司法积极主义之间,是否存在一定的矛盾?我国司法文化历来有行政性色彩,加上由于社会转型期的矛盾爆发,于2009年以来出现了“能动司法”的方针。2008年前后,十七大召开,全国人大换届,最高法院换届,与其同时,我国在经济(2008年金融危机影响到中国)与社会(重大事件特别是群体性事件发生具有集中爆发的特点)形势发生一系列急剧变化,政治与司法也面临严峻形势和转型任务。最高人民法院在2008年3月完成换届,新任领导基于司法新背景和新形势,于9月份提出“能动司法”,这可能成为法官职业道德修订的大背景。但尽管如此,关于法官言论义务的

<sup>④</sup> The Code of Conduct for United States Judges, Guide to Judicial Policy, Vol. 2A, Ch. 2, P2. 类似的规定还有我国台湾地区《法官伦理规范》第17条规定“法官对于系属中或即将系属之案件,不得公开发表可能影响裁判或程序公正之言论。但依合理之预期,不足以影响裁判或程序公正,或本于职务上所必要之公开解说者,不在此限。”

<sup>⑤</sup> Rechart A Posner: The Ethics of Judicial Commentary, A reply to Lubet, Court Review, Summer2000, P6.

<sup>⑥</sup> Monroe Freedman: Free Speech for Judges, Court Review, Winter2001, P4-5.

规定仍然部分被保留了下来。

尽管目前不再提“能动司法”,但这种中国式的“司法能动主义”不能不说是根深蒂固的。在2010年的《法官职业道德基本准则》和《法官行为规范》中也明显表现出来了。比如《法官行为规范》第2条中的“努力实现办案法律效果和社会效果的有机统一”,比如第5条的“一心为民。落实司法为民的各项规定和要求,做到听民声、察民情、知民意,坚持能动司法,树立服务意识,做好诉讼指导、风险提示、法律释明等便民服务”,第19条的“发现涉及群体的、矛盾易激化的纠纷,及时向领导汇报并和有关部门联系,积极做好疏导工作,防止矛盾激化”。……因此,如何处理法官慎言义务与中国式的“司法能动主义”之间的矛盾?于此,我们无法回避的难题大致包括:

1. 有的法官可能会质疑:我们基层法官所面对的诉讼当事人,文化水平不高,对法庭的尊重程度也不高,如果法官用规范、温和、礼貌的语言,能不能解决实际问题呢?法官可能会在急躁中发出草率言论,“法官因一时冲动而说出欠考虑或不严肃的话可能会破坏本来非常专业的程序”,“如果法官与辩护人、当事人、证人交谈时态度温和、训练有素、礼貌谦恭,那么他就不太可能走极端”<sup>⑤</sup>,这从理论上讲是很正确的。但在某些我国基层的有激烈冲突的审判中,问题也随之而来——法庭上的激烈冲突,法官靠什么样的语言来制止冲突呢?《法官职业道德基本准则》第二十二条规定“尊重当事人和其他诉讼参与人的人格尊严,避免盛气凌人、冷硬横推等不良作风”。

2. 法官通常只有在涉及向诉讼当事人行使释明权时,才有必要向诉讼当事人依法阐明法律的内容,但也必须避免对方当事人对法官的偏向的怀疑。《法官行为规范》第5条规定“做好诉讼指导、风险提示、法律释明等便民服务”。但法官的这种“释明”权(或义务)也应当是规范的。法官释明是一种积极的司法行为,如何做到法庭语言的规范、节制、平等,确实是需要法官的经验和修养的。这涉及法官言论的中立性义务,原2001年的《法官基本准则》第11条规定“法官审理案件应当保持中立。法官在宣判前,不得通过言语、表情或者行为流露自己对裁判结果的观点或者态度。”原2005年《法官职业道德基本准则》第28条规定“不得用带有倾向性的语言进行提问,不得与当事人及其他诉讼参加人辩论、争吵”。这都是很好的条款,遗憾的是,这些慎言义务的规定目前在现行《法官基本准则》和《法官行为准则》中被删除了。

3. 中国式审判中,法官在整个诉讼或调解过程中保持慎言与司法的“公正、高效、权威”(中国共产党十八届三中全会《公报》用语)之间如何协调?法官慎言会不会影响司法的高效和权威?可能会有人质疑地问:在基层法院要求法官做到慎言是不是符合现实?这要看情况。有一种情况是正常的审判或调解,法官的慎言仍然能够取得良好效果。如果在中级法院及以上法院的诉讼中,法官慎言义务是相对容易做到的,但是不

<sup>⑤</sup> 引自加拿大司法委员会《加拿大法官行为评论》第七章,载怀效锋主编《法官行为与职业伦理》法律出版社2006年版,第281页。



是在基层法院的诉讼中,法官就无法做到慎言了呢?《大邑调解》一书中谈到,法官用恰当(如使用当地语言会让老百姓有亲近感)、规范的语言进行调解,还是有好效果的,基层民众的文化水平在提高,对于法律术语也较容易接受。<sup>53</sup>另一种情况是非正常的情况,比如法官下基层执行判决遇到冲突,比如法官参与政府强制拆迁、抓计划生育等等。非正常情况还远不止这些,但基本上还原为一个根本的问题——司法权的本来面目不应该回归?由此可见,法官慎言义务的落实,还有待于司法体制改革和司法观念的转变。还有一种情况,即不同职级的法官,其言论的被关注度是不同的。比如一位普通法官的言论的受关注度,显然不如高职级法官(如各级法院院长)的关注度高。法官公开激烈批评律师的言论并不少见,但是最高人民法院的副院长批评律师的言论却一石激起千重浪,而普通法官更加激烈的批评律师的言论却无人问津无人知晓。可见,法官慎言义务还需要考虑区别对待,越高职级的法官,慎言义务必须更加严格。

第三,法官是否可以对判决进行解释和辩护?这在我国相关文件中没有规定。我们现在就有一些法官,对已作出的判决向媒体向社会做公开的解释。比如2012年吴英死刑判决后,网上质疑声起。本案审判长就审判答记者问,他说明网络上关于吴英案审判违心违法的言论完全是造谣的同时,也为法院和判决作了辩护<sup>54</sup>。这和云南高院某副院长向媒体解释李昌奎案一审判决所发表辩护意见一样,都是不妥当的。国外法院多数认为法官不必对判决进行解释。加拿大司法委员会的《法官行为评论》中说法官总是试图在判决做出后对它加以辩解或解释。判决是可以被上诉法院或最高法院撤销,而事后的解释是无法被撤销的。“一个判决在写的时候是清楚明了的,但经过进一步思考后,似乎就变得模棱两可了。对这种情况,法官可以再作说明吗?”“……长期以来的司法传统是,法官对案件只能做一次说明,而且是对判决理由做说明。此后法官不能对判决进行解释、辩护、评论,甚至不能澄清批评者觉得含糊其辞的疑点”。<sup>55</sup>

当法官或其判决受到无端的批评和指责时,法官也有必要忍受,保持沉默。“司法沉默”的优点在于保持了法官的中立性和独立性。但是,如何回应人民群众的呼声呢?有时这两者被浓缩成了“司法沉默”与“司法为民”的矛盾。法官慎言义务与司法克制主义有着天然的密切关联。这就涉及对司法权特性和司法权本质的看法,需要我们整体地去理解和把握中国司法的改革方向。如果我们继续走向职业化的司法改革方向,那么适度的“司法沉默”是必要的。

第四,法官慎言义务在各国间存在多大的差异?各国司法体制和司法制度有差异,所以司法伦理也可以有差异。比如美国法官的公开选拔的原则,其内容是与法官的政

<sup>53</sup> 张永和《大邑调解》,法律出版社2011年版,第68页以下。

<sup>54</sup> 2013年2月7日上午,浙江省高级人民法院吴英案二审审判长沈晓鸣接受《法制日报》记者专访“详解个中缘由”,解释浙江省高级人民法院二审为什么要维持一审判决,以集资诈骗罪判处吴英死刑。参见《法制日报》2013年2月7日。

<sup>55</sup> 前引52,第285页。

治活动相关联的,像这种国情和制度上的不同安排,不同于我国,因此不可能照搬照抄、现学现用。尽管如此,中国司法伦理与各国司法伦理中的主要原则和规范相比,还是具有许多共性的。我国法官慎言义务与各国惯例或规定对比来看,书面差异不大(主要差异在于对法官政治中立性及其言论的不同要求),而较大差异在于法官伦理的践行以及法官的认同感。某省高级人民法院院长说法官“不得不穿着‘尿不湿’审理案件”的言论,如果从观念上看,还是因为他对法官慎言义务的意识比较淡薄。他对“法官不应该过多地引起关注”的意义认识不足。这与我国较迟建立法官伦理规范有关,也与这几年司法职业化所走过的弯路有关,法官伦理规范的修改变化也带来了不稳定因素。法官职业伦理的建立需要一国对司法权的性质、法官的性质和功能保持一个准确的和稳定的共识。当然,这并不是说法官伦理是一成不变的。“法官伦理的内涵不是永久不变的金科玉律……特别是,面对市场制度及民主政治现实的法官,应该在多大程度上以及怎样掌握并精通这些规范内容,而且这些规范内容随着时代的进步而发生变化。”<sup>⑤⑥</sup>中国法官伦理仍然处在不断朝向司法职业化的目标发展,因此法官伦理还会发展和完善。

## 五、与法官慎言义务有关的制度安排

总体来看,我国对法官的慎言义务是作了“客观化”规定的,有司法积极主义色彩的,同时内容也是比较全面的,但还需要对“法官慎言”作总体义务上的强化,从而促进法官慎言义务的履行,不至于让这项义务沦为虚设。目前法官慎言义务还是缺乏实践和落实。关键原因还在于我国对法官的谨慎义务上,存在“重行为轻言论”的倾向。慎言义务的落实,除对法官加强素养和职业意识教育之外,还需要从制度安排上来强化。特别是对法官言论不当的惩戒制度。

现行《法官行为规范》只在第93条规定了对法官不当言行的惩戒,“各级人民法院广大法官要自觉遵守和执行本规范,对违反本规范的人员,情节较轻且没有危害后果的,进行诫勉谈话和批评教育;构成违纪的,根据人民法院有关纪律处分的规定进行处理;构成违法的,根据法律规定严肃处理。”实践中,对法官职业道德的要求只强调对违规“行为”的惩戒,而对法官“言论”上的违规,却常常是视而不见的。似乎法官违规的言论不是什么太大的问题。因此,法官的慎言义务也就成为可有可无的义务,有违反者,也鲜见受惩戒的先例。建议在我国建立相应的措施,比如,如果法官在法庭之外曾经有某种强烈的观点,有时他也会在审理案件的法律争端涉及他曾发表的观点时存在偏见,因此,(该法官)应当被剥夺审理该特定案件的权利,或者如果事后披露出该法官在审理此案之前曾经发表过类似的强烈观点,则该判决应被撤销。<sup>⑤⑦</sup>

<sup>⑤⑥</sup> 前引32,第288页。

<sup>⑤⑦</sup> [澳大利亚]大卫·义普:《司法中的偏见》,载怀效锋编《法官行为与职业伦理》,法律出版社2006年版,第115页。

另外,还有一些值得引起重视和深入研究的制度安排问题,主要包括:

1. 如何强化对法官判决说明理由的义务? 法官言论存在“多说”与“少说”的不同场合的不同要求。“法官对案件只能作一次评论,而且对判决理由做说明”<sup>⑤③</sup>。法官不应在法庭上和判决后说过多的话<sup>⑤④</sup>,但应当在判决书中“多说”,论证要充分,不可直奔结论,而要让人望山跑死马。<sup>⑥①</sup>另一方面,对于审判中的不同意见的表达,需要建立一个机制。比如合议庭与审判委员会的讨论中,法官言论如何得以充分表达?“法官异议书(不同意见书)”制度与法官言论自由是什么关系?如前所述,法官无疑有言论自由,但很特殊,特殊在哪里呢?在于他可以坚持独立的见解。法官不同意见书制度就因此而存在。我们在合议庭和审判委员会会议制度中,可否对某些特别重大的、社会存在争议的案件(如吴英案、许霆案等),建立“法官异议书(不同意见书)”制度?“法官异议书(不同意见书)”确实有其利弊,但它“能让个别法官个人对具体裁判的观点,能被大家所辨识。而在法官个人的见解被公开的情况下,法官必须为自己的见解负责,不能轻易地变更立场,这种自我约束的效果,使得裁判的结果成为可以预见的”<sup>⑥②</sup>。

2. 法官对判决之后的公众评论是否要作回应? 在澳大利亚法官看来,这涉及四个需要谨慎区分的问题:一是接受采访的目的,二是出现在媒体上的对象问题,三是谁应该出现在媒体,四是媒体所采用的宣传手段。<sup>⑥③</sup>我国法院对此时有采取新闻发布会、记者招待会、新闻通稿、法院公告、互联网站等形式<sup>⑥④</sup>。但原则上讲,法院或法官对判决的舆论评论不必再作解释,甚至多数情况下并不是都有必要的。因为法官的慎言义务还包括在判决书中谨慎论证判决理由,以及判决之后的谨慎发言。如果判决书中寥寥几笔,而事后大发言论来论证其判决的正当性,那就误入歧途了。这恰恰说明了法官对自己所做的判决的不自信。国外类似的通例是,在公布判决理由之后,法官不应当公开进行评论,即使是澄清模糊之处也不行,这已成为规定了。有时法院的判决会遇到一些不公正、不准确或是恶意的评论。许多法官认为根据情况,法院应当对此作出回应,特别是当这类评论可能对法官的能力、品格或独立产生不公平的影响时。这类回应应由首席法官或是法院的其他领导来进行。<sup>⑥⑤</sup>

<sup>⑤③</sup> 前引52,第285-286页。

<sup>⑤④</sup> 西方法律谚语说“多嘴的法官不动脑”,意思是告诫法官说多嘴多舌会妨碍准确判断。历史上有个多嘴而可爱的英国法官为了提醒自己在法庭上少说话,他在审判席上放了一张小纸条,上面写着“少说为好”。还有一位被称为“喋喋不休的法官”,就是因为是在法庭上说过多的话而结束法官生涯。参见[英]丹宁勋爵:《法律的正当程序》,李克强等译,法律出版社1984年版,第52页。

<sup>⑥①</sup> 郑永流:《法律方法阶梯》,北京大学出版社2008年版,第34页。

<sup>⑥②</sup> Gerd Roellecke:《不同意见书》,张永明译,载苏永钦等译注:《德国联邦宪法法院五十周年纪念论文集》,台湾联经出版公司2010年版,第403页。

<sup>⑥③</sup> 前引40,第30-31页。

<sup>⑥④</sup> 最高人民法院《关于人民法院接受新闻媒体舆论监督的若干规定》第2条规定“对于社会关注的案件和法院工作的重大举措以及按照有关规定应当向社会公开的其他信息,人民法院应当通过新闻发布会、记者招待会、新闻通稿、法院公告、互联网站等形式向新闻媒体及时发布相关信息。”

<sup>⑥⑤</sup> 前引19,第85页。

3. 谁可以保护沉默的法官? 法官自己不说话, 当受到批评或议论或攻击的时候, 应该有另一主体出来保护法官。比如在有的国家, 总检察长或司法部长起着保护法官名誉的作用, 保护他们不受批评的干扰。同时, 首席法官也成为法官的代言人。<sup>65</sup> 在大多数欧洲国家, 法官在对付不合理的批评时, 会用民事侵权法来解决问题。同样, 在多数欧洲国家, 负责向公众解释审判过程的法庭新闻官司会经常使用这一法律为法官及其判决结果辩护。如上所述, 澳大利亚也有同样的共识和制度安排——法官遇到恶意的评论, 应当由首席法官或法院的其他领导来进行回应。<sup>66</sup> 在我国, 目前的法官伦理规范中没有明确规定由别的机构或职位来进行保护。但在最高人民法院《关于人民法院接受新闻媒体舆论监督的若干规定》第9条规定“人民法院发现新闻媒体有‘以侮辱、诽谤等方式损害法官名誉’的, ‘可以向新闻主管部门、新闻记者自律组织或者新闻单位等通报情况并提出建议。违反法律规定的, 依法追究相应责任’”。这就意味着, 侮辱和诽谤法官的行为, 仍然要按民事侵权由当事的法官提起侵权诉讼, 这显然是不合适的<sup>67</sup>, 而是应该在制度上来解决类似藐视法庭的问题<sup>68</sup>。

4. 如何开展对法官的批评? 对法官伦理行为的监督制度可否结合民间公众的监督? 对法官的批评, 按司法惯例和传统, 重要的在于要保证对法官的责问不要损害司法独立性。批评是否目的明确、如何评估它有明确的目的? 在欧洲, 可分为两种: 一是采取封闭的有限度的批评, 一是采取开放的公共形式。前者是专业范围内的, 是法官同行的批评, 因此滥用这种批评的余地很小。<sup>69</sup> 根据法国法院系统的资料, 对法官职业道德的监督, 由体系内的监督转向全社会的公开监督。过去对法官的职业道德问题的调查和处理, 是由体系内的不公开的和单独审理的状态下, 由司法系统内部的纪检机关进行的。目前的趋势是, 转向公开化, 有司法官员认为对此的唯一制约是民意的力量。<sup>70</sup> 从当下中国民众或媒体批评法官的情况来看, 还难以判断其弊端得失。如果在法官职业素养整体不高的情况下, 对公众的批评权给予过多的限制, 是不合适的。当然, 如果对法官的批评没有一定的限度<sup>71</sup>, 过于泛滥无度, 也会损害法官和法院的职业独立性和权

<sup>65</sup> 前引38, 迈克尔·K. 阿都文, 第27页。

<sup>66</sup> 前引19, 第85页。

<sup>67</sup> 比如1996年6月, 江西莲花一法院院长以刑事自诉状状告执业律师诽谤, 诉请追究其刑事附带民事责任。参见刘志军《本案尚未开庭——全国首例法官起诉律师诽谤案调查手记》, 载《中国律师》1997年第2期。法官到本地法院起诉他人诽谤, 怎么符合回避原则呢?

<sup>68</sup> 我国对“藐视法庭”的言论所采取的措施中, 最严厉的只是司法拘留, 而这种强制措施适用的对象只针对法庭中的言论, 而不针对法庭外的攻击法官或法庭的言论。在要不要设立“藐视法庭罪”的问题上, 争论的焦点在于: 当法官受侮辱诽谤甚至殴打伤害时, 是否也和普通公民一样平等地自行行使诉讼权利? 这里没有把法官当作一种代表法庭的权威和尊严来看待。所以在诉讼法的几次修改中均否定了设立藐视法庭罪的必要性, 看来是需要反思的。

<sup>69</sup> 前引38, 第25页。

<sup>70</sup> 前引21, 第312页。

<sup>71</sup> 笔者认为, 民众对法官的批评与民众对政府官员的批评, 在“度”上应该存在差异。民众批评政府官员的尺度, 应该以“实质性恶意”为界限, 超出这个“度”才构成诽谤, 然而, 对法官的批评, 应该适当收缩。对法官的批评应当以不影响法官的独立性和法院的权威性为前提。参见前引38, 第25页。

威性。我国《法官行为规范》第90条规定“各级人民法院要严格要求并督促本院法官遵守本规范,具体由各级法院的政治部门和纪检监察部门负责”。第93条规定“情节较轻且没有危害后果的,进行诫勉谈话和批评教育;构成违纪的,根据人民法院有关纪律处分的规定进行处理;构成违法的,根据法律规定严肃处理。”法官的哪些言行可在公众舆论的范围内接受批评呢?笔者以为,如果法官不适当的言行属于职业范畴的,则应当在法院内部封闭的状态下进行,当然,法官的公开言论是例外。如果法官行为超出职业伦理范畴而构成犯罪性质的,那当然应该可以公开并接受全社会的评论。

5. 是否禁止新闻媒体对法官的被调查和处理事件公开的报道?法国曾经有禁止新闻媒体对法官的被调查和处理事件公开的报道,这条规则的理由是“司法的权威性和信誉建立在对法官过失的遮掩和保持沉默上,以维持法官清白无瑕的神话”<sup>②</sup>。我们知道,“媒体与律师和法院这两个司法机制之间长期以来互存戒心。……从平衡的意义上讲,这两个强有力机制之间的基本不信任也许是健康的,因为这起到让他们监督对方的作用。”<sup>③</sup>对法官嫖娼行为的调查和处理,如果设置媒体报道的禁令,会产生什么样的后果,我们是可想而知的。对于法官因言论被调查或处理的事件本来就是在公开状态下展开的,更无法也无需避免媒体的介入。

这关系到法院与媒体的关系,到底保持怎样的距离是合适的?有种观点认为法官向媒体的公开言论有时会促进公众对司法的认知,有好处。但也有观点认为法官在判决之后不作评论。法官的判决与言论在公众舆论中的不同待遇。舆论对判决的评论是要谨慎的,但对法官的言论却可以自由评论,甚至是非常严厉的。“假如法官能够知道,他所说的笨话会很容易上报的话,那么这不失为是一个有益的监督法官之方法。”(Justice Templeman)<sup>④</sup>。

## 结 语

法官的慎言义务的落实,需要从两方面入手,一是要追根溯源到我国司法理念和司法体制机制。如何回归司法权的应然本相?如何确立法官的职业本色?如何让法官成为真正的法官?这是外部问题。二是要从法官自身考虑。一切言行都是个人内心的反映。法官慎言,就需要法官的内心保持谦和、谦卑、谦抑的态度,这种“内求诸己”是非常有必要的。一是因为法官拥有判断是非、曲直、有无甚至生死的最终权力,二是法律人确实存在职业带来的固有的不足。这种不足表现在多方面,至少我们过多地考虑形式主义的抽象规则和程序,会疏忽生活的鲜活、多样与真谛。尤其是“我们处于两种伦理

<sup>②</sup> 前引21,吉·加尼维文,第312页。

<sup>③</sup> 大卫·G. 克拉克、厄尔·R. 哈特奇森《大众传媒和法律:自由与约束》,载怀效锋主编《法院与媒体》,法律出版社2006年版,第1页。

<sup>④</sup> 陈新民《公法学札记》,中国政法大学出版社2001年版,第306页。

体系表面上不可克服的矛盾的表演现场:一个是义务与仁爱、平和与恭顺,一个是权利和荣誉、斗争与骄傲。”<sup>⑦⑤</sup>法律人的思想和心理体系是后者。我们偏信于后者,而轻视了前者的意义。当我们处在内心的正义感过于强盛的时候,法官内心会有过激的冲动,也会有过激的言论和行为。“没有爱的正义将会僵化成自我的正义”<sup>⑦⑥</sup>。但我们常常并不能清晰地证明自己是最符合正义的,吴经熊说“我们永远不能证明我们是醒着的,说我们是清醒的”。<sup>⑦⑦</sup>古代士人有所谓“修身”<sup>⑦⑧</sup>、“知言养气”<sup>⑦⑨</sup>,况且,我们个人身居要职,不仅以个人和法院的名义掌握判断权,还代表法官职业群体形象,因此在多数情形下不应该轻易敞开“金口”。

---

**Abstract:** Recently, there are many debated events caused by the judges' inadequate remarks. Whether the professional ethic norm of Judges in China has established the “duty of deliberative speech”? How to make the courts and the judges to sufficiently understand the meaning of the “duty of deliberative speech” and the restriction of judges' speech? How to deal with the relationship between the “duty of deliberative speech” and the judicial activism and the justice that serving for people? This article investigates many developed countries' judicial ethics and the norm of judicial behavior, articulates the major contents and problems of the judges' duty of deliberative speech, analyzes the reasons why the judges should observe the duty of deliberative speech, introduces the difficulties and the relevant resolutions of the duty of deliberative speech in practice, and discusses the major problems of institutional safeguard of the duty of deliberative speech.

---

(责任编辑:李小明)

---

<sup>⑦⑤</sup> [德]拉德布鲁赫《法哲学》,王朴译,中国政法大学出版社2005年版,第105页。

<sup>⑦⑥</sup> 前引75,拉德布鲁赫书,第103页。

<sup>⑦⑦</sup> 吴经熊《超越东西方》,周伟驰译,社会科学文献出版社2002年版,第149页。

<sup>⑦⑧</sup> 孔子说“修己”,见《论语·宪问》。《管子》一书也有“修身”篇。荀子有《修身篇》。

<sup>⑦⑨</sup> 《孟子·公孙丑上》。