

厦门大学法学院诉讼法学系列

Access to Justice

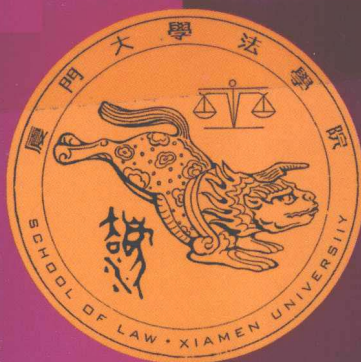
第 2 辑

总主编 齐树洁

德国司法制度

The German Judicial System

邵建东 / 主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS



厦门大学法学院诉讼法学系列 >>> 第2辑

Access to Justice

总主编 齐树洁

德国司法制度

The German Judicial System

主编 邵建东

撰稿人 (以撰写编章先后为序)

邵建东 刘青文 齐晓琨

孙佳敏 朱 军 周 梅

李 芬



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

德国司法制度/邵建东主编—厦门:厦门大学出版社,2010.7

(厦门大学法学院诉讼法学系列/齐树洁主编.第2辑)

ISBN 7-5615-3615-5

I. ①德… II. ①邵… III. ①司法制度-研究-德国 IV. ①D951.66

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 133856 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

沙县方圆印刷有限公司印刷

2010 年 7 月第 1 版 2010 年 7 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:35 插页:2

字数:666 千字 印数:0001~3 000 册

定价:48.00 元

如有印装质量问题请与承印厂调换

本书作者简介

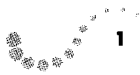
- 邵建东** 德国哥廷根大学法学硕士、法学博士，江苏省人民检察院副检察长，南京大学法学院教授、博士生导师、中德法学研究所中方所长，主要从事中德比较法学、经济法学、民商法学的教学和研究。本书主编，撰写第一、四编。
- 刘青文** 南京大学法学硕士，德国哥廷根大学法学博士。现为南京大学中德法学研究所讲师，主要从事民法学、消费者保护法学研究。撰写第二编。
- 齐晓琨** 中国政法大学法学硕士，德国法兰克福大学法学博士，中国社会科学院法学研究所法学博士后。现为南京大学中德法学研究所副教授，主要从事民法学研究。撰写第三编。
- 孙佳敏** 女，南京大学法学硕士，德国哥廷根大学法学硕士，现为南京航空航天大学人文与社会科学学院讲师，南京大学政府管理学院政治学理论博士生。撰写第五编。
- 朱 军** 南京大学法学硕士，德国哥廷根大学法学硕士，现在德国哥廷根大学攻读博士学位。撰写第二十四章。
- 周 梅** 女，南京大学法学硕士，德国帕绍大学法学博士，中国社会科学院法学研究所法学博士后。现为南京大学中德法学研究所讲师，主要从事民商法学研究。撰写第二十五章。
- 李 芬** 女，南京大学法学硕士，德国哥廷根大学法学硕士，现为江苏省地方税务局纳税服务处工作人员。撰写第七编。

出版说明

厦门大学法律系(现为法学院)创办于1926年,其后几经坎坷,历尽艰辛。自1979年复办以来,法学院在重视提高诉讼法学教学质量的同时,始终密切关注并积极参与我国诉讼法律制度的建设及诉讼法学学科的发展。近20年来,法学院教师出版、发表了许多专著、教材和学术论文,内容涉及民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼、海事诉讼、仲裁制度、破产制度、海峡两岸诉讼制度比较以及司法改革等方面,在法学界产生了较大影响。1999年,经国务院学位办批准,厦门大学开始招收诉讼法专业硕士研究生。2001年5月,为适应诉讼法教学和科研的需要,提升学术研究水准,促进诉讼法学学科的发展,并为我国正在进行的司法改革摇旗呐喊,尽一点绵薄之力,我发起编写“厦门大学法学院诉讼法学系列”。受20世纪90年代英国民事司法改革的启示,我们将本丛书的主题确定为“接近正义”(Access to Justice)。

本系列第一辑以民事诉讼法为主题,包括《民事程序法》、《民事司法改革研究》、《民事证据法专论》、《仲裁法新论》、《英国证据法》、《ADR原理与实务》(再版时改名为《多元化纠纷解决机制》)、《强制执行法》、《破产法研究》共8种,已于2004年6月全部出齐并先后重印或再版。这套书的出版在法学界引起很大的反响,受到专家和读者的好评,并被多所法律院校采用为教材。2002年9月,英国文化委员会和驻华大使馆发来贺信,对《英国证据法》的出版表示祝贺并予以高度评价。2003年,《仲裁法新论》获得厦门市第五次社会科学优秀成果二等奖,《英国证据法》获得福建省第五届社会科学优秀成果三等奖;2004年,《民事程序法》、《英国证据法》同时获得“首届中国优秀法律图书奖”;2006年,《民事程序法》入选普通高等教育“十一·五”国家级规划教材。

第二辑在继承第一辑写作风格的基础上,有所发展和创新。为适应我国司法改革的新形势,这一辑以司法制度及其改革为主题,共有10种,包括《程序正义与司法改革》、《公证制度新论》、《环境纠纷解决机制研究》、《多元化纠纷解决机制原理与实务》、《英国司法制度》、《美国司法制度》、《德国司法制度》、《民事审前程序》、《台港澳民事诉讼制度》、《调解衔接机制理论与实践》。其中,《程序正



义与司法改革》、《公证制度新论》于 2007 年同时获得福建省优秀法学成果一等奖;《程序正义与司法改革》、《多元化纠纷解决机制原理与实务》于 2008 年分别获得厦门市第七次社会科学优秀二等奖和三等奖。

《德国司法制度》由长期研究德国法律制度的著名学者邵建东教授担任主编,全体作者均具有留德背景,并从事法律教学和研究工作。德国是世界上最发达的国家之一,也是近现代西方法律文化的诞生地之一。德国司法制度历史悠久,体系完备。它既继受了罗马法的传统,也保存了若干日耳曼法和教会法的特点,被公认为大陆法系的典型代表。德国法对中国近现代法制的现代化进程产生过重要影响。第二次世界大战以后,德国顺应经济和社会发展的客观需要,特别是欧洲一体化和经济全球化的潮流,不断更新法律理念,改革司法制度,使之与时俱进,日臻完善。本书在对德国司法制度的基本情况进行简要介绍的基础上,着重对德国的宪法诉讼制度、民事诉讼制度、刑事诉讼制度、行政诉讼制度、劳动与社会诉讼制度及财税诉讼制度进行系统的、较为深入的研究。书中所引用的德国法律和司法制度领域的立法、司法裁判和法学理论方面的文献,大多由编著者直接从德语原文中翻译、引证,并力求体现其新颖性和完整性。

2000 年 1 月,邵建东教授与我相识于德国 Freiburg 大学。此次他在百忙之中欣然应邀主持《德国司法制度》的编写,我深受感动。在历时两年有余的写作过程中,全体作者认真负责,精益求精,以一丝不苟的治学精神成就了这部学术专著。

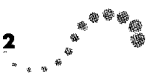
“厦门大学法学院诉讼法学系列”第一辑、第二辑共 18 种书,总字数一千余万字,涉及面广,工程浩大,影响深远。本丛书的编写开始于 2001 年,完成于 2010 年。数百位作者呕心沥血,历时 10 年,终于告竣。这是厦门大学诉讼法学科建设的的一件大事,值得我们庆贺和纪念。本丛书的出版得到了厦门市中级人民法院、莆田市中级人民法院、东莞市中级人民法院、泉州市公证处、北京市天元律师事务所、广东君强律师事务所、厦门市司法局、厦门仲裁委员会、厦门市公证处、厦门大道之行律师事务所、厦门大学法学院、厦门大学出版社领导以及范愉教授、李浩教授、邵建东教授、程春华博士的鼓励、支持和帮助,在此一并表示衷心的感谢。

尽管作了很大的努力,但由于作者的学识和能力所限,本丛书的不足之处在所难免,恳请专家、读者批评指正。

齐树洁 谨识

2010 年 7 月 7 日

于厦门大学法学院



目 录

第一编 德国司法制度总论

第一章 德国“司法”的概念及特征	(1)
一、德语“司法”概念辨析	(1)
二、本书所称的“司法”的范围	(3)
三、司法的特征	(4)
第二章 德国司法制度的历史发展	(6)
一、古代司法制度	(6)
二、中世纪司法制度	(6)
三、近代司法制度	(8)
四、现代司法制度	(10)
五、当代司法制度	(18)
第三章 德国法学教育制度	(24)
一、概述	(24)
二、大学基础教育阶段	(25)
三、第一次国家考试	(26)
四、见习期和第二次国家考试	(27)
五、优越性评价	(29)
六、法学教育制度的改革	(30)
第四章 德国法院制度	(38)
一、概述	(38)
二、法院组织制度	(39)
三、法官制度	(46)

第五章 德国检察制度 (49)

 一、概述..... (49)

 二、检察机关的职能..... (50)

 三、检察机关的性质和特征..... (51)

 四、检察机关的组织结构..... (52)

 五、检察官..... (52)

第六章 德国律师制度 (53)

 一、律师制度的发展概况..... (53)

 二、律师的地位和任务..... (56)

 三、律师的执业许可..... (57)

 四、律师的主要权利和义务..... (58)

 五、律师公会..... (59)

 六、律师法院及其制裁措施..... (60)

第二编 德国宪法诉讼制度

第七章 德国宪法诉讼概述 (62)

 一、德国宪法诉讼的历史..... (62)

 二、作为宪法机构的特别地位..... (64)

 三、联邦宪法法院的组织结构..... (65)

 四、决议的形成和特别意见..... (68)

 五、德国宪法法院的权限范围..... (69)

第八章 德国宪法诉讼程序的主要特征 (71)

 一、程序规范的不完备..... (71)

 二、对申请的要求、诉讼代理和调查原则 (72)

 三、程序参与人、参加诉讼、陈述意见的权利..... (72)

 四、调解和调解性地平息争议..... (73)

 五、一致同意的驳回..... (74)

 六、法官的自行回避与法官的偏袒..... (74)

第九章 德国宪法诉讼的类型 (76)

 一、机构争议..... (76)

 二、联邦争议..... (80)

 三、规范审查程序..... (82)

 四、宪法诉愿..... (93)

五、其他程序	(112)
--------------	-------

第三编 德国民事诉讼制度

第十章 德国民事诉讼概述	(115)
一、民事诉讼法的任务和性质	(115)
二、德国民事诉讼的历史发展和法律渊源	(118)
三、民事诉讼的原则	(120)
四、参与民事诉讼程序的主体	(125)
第十一章 审判程序	(141)
一、审判程序概述	(141)
二、第一审普通程序	(145)
三、证据	(163)
四、法律救济	(171)
五、特别程序	(188)
第十二章 强制执行程序	(193)
一、概述	(193)
二、强制执行的机关	(195)
三、强制执行的前提条件	(197)
四、强制执行的过程和法律救济手段	(201)
五、强制执行的种类	(203)

第四编 德国刑事诉讼制度

第十三章 德国刑事诉讼概述	(208)
一、刑事诉讼法的历史发展	(208)
二、刑事诉讼法的渊源	(212)
三、刑事诉讼法的原则	(214)
四、刑事诉讼的阶段	(219)
五、刑事诉讼行为	(220)
第十四章 刑事诉讼中的参与人	(225)
一、法院	(225)
二、检察机关	(229)
三、警察	(232)

四、被指控人 (233)

五、辩护人 (237)

六、被害人 (241)

第十五章 审前程序..... (247)

一、审前程序概述 (247)

二、限制人身自由的措施 (248)

三、强制性身体检查 (255)

四、搜查 (259)

五、扣押物品 (262)

六、新的侦查措施 (264)

第十六章 审判程序..... (275)

一、公诉 (275)

二、检察机关不起诉 (278)

三、证据和证明 (282)

四、证据禁止规则 (291)

五、审判过程中的协商 (296)

六、审判的步骤和判决 (299)

第十七章 法律救济..... (303)

一、概述 (303)

二、第二审上诉 (305)

三、第三审上诉 (307)

四、再审程序 (312)

五、抗告 (315)

第十八章 特别程序..... (318)

一、自诉程序 (318)

二、快速程序 (320)

三、刑事处罚令程序 (321)

第五编 德国行政诉讼制度

第十九章 德国行政诉讼概述..... (326)

一、行政法院的历史发展 (327)

二、行政法院的组织结构 (332)

第二十章 行政法院的受案范围与管辖权	(335)
一、受案范围	(335)
二、管辖权	(340)
三、诉讼管辖中的特殊问题	(342)
第二十一章 行政诉讼的参与人	(347)
一、概述	(347)
二、行政诉讼被告的具体问题	(351)
三、行政诉讼原告的具体问题	(354)
第二十二章 行政诉讼的类型	(358)
一、撤销之诉	(359)
二、义务之诉	(373)
三、一般给付之诉	(379)
四、确认之诉	(384)
五、规范审查之诉	(385)
六、其他诉讼类型	(388)
第二十三章 行政诉讼程序	(392)
一、行政复议前置	(392)
二、暂时法律保护	(400)
三、行政诉讼程序的一般规定	(404)
四、行政诉讼的第一审程序	(410)
五、行政诉讼中的法律救济手段	(421)

第六编 德国劳动诉讼与社会诉讼制度

第二十四章 德国劳动诉讼制度	(432)
一、劳动法院制度的历史发展	(433)
二、劳动法院的组织结构和人员	(438)
三、劳动法院的管辖权	(441)
四、劳动法院的判决程序	(449)
五、劳动法院的裁定程序	(460)
第二十五章 德国社会诉讼制度	(466)
一、社会法和《社会法典》	(466)
二、社会诉讼制度概况	(468)
三、社会法院的管辖范围	(471)

四、社会法院的诉讼程序 (475)

第七编 德国财税诉讼制度

第二十六章 德国财税诉讼概述 (479)

 一、德国财税法院的历史与地位 (479)

 二、德国财税法院的组织 (483)

 三、财税诉讼的类型 (486)

 四、财税诉讼的原则 (490)

第二十七章 财税诉讼的适法性 (496)

 一、概述 (496)

 二、受案范围 (497)

 三、法院管辖 (499)

 四、参与人能力 (500)

 五、诉讼能力 (502)

 六、诉权 (504)

 七、起诉行为的合法性 (505)

 八、起诉前置程序 (508)

 九、其他受理要件 (511)

第二十八章 裁判 (514)

 一、诉讼标的、变更诉讼和撤诉 (514)

 二、被告在诉讼中的行为 (517)

 三、法院的审理与裁判 (520)

 四、程序的停滞 (534)

第二十九章 法律救济 (536)

 一、上告 (536)

 二、抗告 (544)

 三、其他法律保护手段 (546)

 四、再审 (548)

第一编

德国司法制度总论

第一章

德国“司法”的概念及特征

一、德语“司法”概念辨析

德国的全称为“德意志联邦共和国”(Die Bundesrepublik Deutschland),位于欧洲大陆中部,国土面积为 35.7 万平方公里,东邻波兰、捷克,南接奥地利、瑞士,西连荷兰、比利时、卢森堡、法国,北与丹麦接壤。人口约为 8230 万人,是欧盟人口最多的国家。首都柏林。^①

在德语中,有多个名词或术语可以用来表达中文“司法”或“司法制度”的意思,主要有 Judikative, Justiz, Gerichtsbarkeit, Rechtsprechung, Rechtspflege 等。下文对这几个概念进行初步的辨析。

Judikative 是一个外来语,来源于拉丁文,一般在抽象的意义上使用。德国

^① 1949 年 9 月至 1990 年 10 月德国分裂为联邦德国和民主德国两个国家。波恩为联邦德国的首都,柏林为民主德国的首都。德国统一后,德国联邦议院于 1991 年 6 月 20 日以 337 票对 320 票的多数,决定将议会和政府迁往柏林。参见何勤华主编:《德国法律发达史》,法律出版社 2000 年版,第 1~2 页。

是一个比较典型的实行三权分立的国家,国家权力分为立法权、行政权和司法权。Judikative 即用来表示国家权力之一的“司法权”或“司法机关”,往往与 Legislative(立法权、立法机关)和 Exekutive(行政权、行政机关)并列使用。

Justiz 也是一个外来语,起源于拉丁文的 iustitia,通常用来表达组织意义上的“司法”,如司法部、司法局等,有时也泛指从事司法工作的法院和法官。

Gerichtsbareit 是一个地道的德语词汇,是一个在德国《基本法》和许多法律中正式使用的术语。这个概念主要有两个方面的意义:一是指一个国家的司法机关即法院对特定的法律纠纷行使司法裁判权,强调一国的司法主权;二是指诉讼管辖,即不同领域或系统的法院对不同性质的法律纠纷行使管辖权。德国是一个联邦制国家,在法院管辖方面有联邦法院系统和各州法院系统之分。此外,与中国实行一元法院制不同,德国实行多元法院制,即根据不同性质的法律纠纷设置多个法院系统,分别行使诉讼管辖权,如审理民事和刑事案件的普通法院系统或普通诉讼管辖、审理行政案件的行政法院系统或行政诉讼管辖、审理劳动争议的劳动法院系统或劳动诉讼管辖、审理社会纠纷的社会法院系统或社会诉讼管辖、审理宪法争议的宪法法院系统或宪法诉讼管辖等。

Rechtsprechung 也是一个地道的德语词汇,同样是由《基本法》和各个部门法普遍使用的正式概念。这是一个复合词,形式上由 Recht(法)和 Sprechung(说、判)两部分组成。Rechtsprechung 具有多重含义。第一,它指抽象的“司法权”或“司法机关”,相当于 Judikative;第二,它是指法院进行司法裁判的活动或过程;第三,它是指法院作出的、体现裁判活动结果的各种形式的裁判,包括判决、裁定、决定、处分等;第四,它也指法院作出的具体的裁判文书,相当于“判例”。概括地看,Rechtsprechung 的实质含义乃是指法院作为司法机关对法律纠纷的裁判。

Rechtspflege 也是一个复合词,由 Recht 和 Pflege(执掌、护理、维护)组成,泛指“司法”,即行使司法权的各种活动。与 Rechtsprechung 相比,Rechtspflege 的意义更为宽泛,主要体现为两个方面。第一,Rechtspflege 的主体不仅限于司法机关,有时也包括行政执法机关;第二,Rechtspflege 不仅包括法院作为司法机关裁判法律纠纷的活动(即 Rechtsprechung),而且还包括法院以外的其他司法机关实施法律、维护法制的活动或过程,如检察机关的执法活动、强制执行行为、法律咨询和法律服务活动等等。在德国,特别是诸如土地登记、遗产事件、监护事件、公证事件、不动产移转、公示催告等非讼事件,性质上也属于广义的“司法”(Rechtspflege)范围,但是已超越 Rechtsprechung 的范畴。由此可见,Rechtspflege 是指广义的司法,而 Rechtsprechung 则是指狭义的司法。以律师执业为例:德国的律师是自由职业者,他从事的法律服务属于广义的司法活动,因此律师也被定位为“司法的机关”(Organ der Rechtspflege)。然而,律师不是司



法裁判纠纷的主体,他从事的活动不是 Rechtsprechung。



二、本书所称的“司法”的范围

本书所称的“司法”、“司法制度”,基本上是在狭义上使用的,大致等同于“诉讼”、“诉讼制度”。德国实行三权分立的政体,司法作为与立法、行政相对应的一项独立的国家活动,仅指司法机关适用法律解决法律纠纷的活动。在德国,狭义的司法权就是审判权,狭义的司法机关就是指法院,狭义的司法实际上就是指审判。检察机关从事的活动虽然在广义上属于 Rechtspflege 的范畴,检察机关甚至附设于法院,但检察机关受政府司法行政机关的领导和指挥,性质上已不属于司法机关的范畴。

在我国,“司法”这一概念在古代并不存在,它是在清朝末年从西方引进的。对这一概念,学术界和社会大众在理解上尚存在较大的分歧,因而是一个内涵和外延都尚不确定的概念。在当今的语境下,我们至少可以从狭义、中义和广义上来理解“司法”这个概念。在狭义上理解,“司法”仅指法院对法律纠纷的裁判活动。相应地,司法机关仅指审判机关即法院,司法活动仅指审判活动,司法权仅指审判权,司法制度仅指审判制度,司法人员仅指法官。从中义上理解,“司法”除法院对法律纠纷的裁判活动外,还包括检察院的司法、执法活动。相应地,司法机关是指审判机关和检察机关,司法活动是指审判活动和检察活动,司法权是指审判权和检察权,司法制度是指审判制度和检察制度,司法人员是指法官和检察官。从广义上理解,“司法”还包括行政机关和其他相关主体的执法活动以及执法、司法辅助活动和法律服务活动,如公安机关、司法行政机关、监狱机关的刑事执法活动,律师、仲裁员、公证人员、调解人员、鉴定人员的执法辅助活动和法律服务活动等。相应地,中国的司法制度从广义上包括审判制度、检察制度、侦查制度、仲裁制度、执行制度、监狱制度、劳动教养制度、司法鉴定制度、律师制度、法律援助制度、公证制度、国家赔偿制度、人民调解制度等。^① 也有的学者将中国的司法制度区分为“司法制度”和“司法相关制度”,前者包括法院、检察、侦查和执行制度,后者则包括律师、公证、仲裁、调解和司法鉴定制度。^②

^① 谭世贵:《中国司法制度》,法律出版社 2008 年第 2 版。中国政府的官方网站上,也是从广义上来界定中国的司法制度的。

^② 左卫民:《中国司法制度》,中国政法大学出版社 2002 年版。



三、司法的特征

德国《基本法》未对“司法”(Rechtsprechung)这一概念下定义,也未明确这一概念的特征。在德国学术界,学者们对“司法”有不同的定义,^①对“司法”的特征理解不一。伊普森教授言简意赅地指出,司法是指由不参与的(并且是独立的)第三人以法为标准,在一个正式的程序中作出的法律裁判。^②毛雷尔教授认为,司法是指由独立的、仅服从于法律和法的国家的法院,在以特别的保证手段型构的程序中,对法律纠纷作出有拘束力的裁判。^③联邦宪法法院则认为,司法活动的典型特征是,在特别规定的程序中,对争议案件中的法律状态,作出具有最终拘束力的澄清。^④由此可见,司法活动具有以下几个典型特征:^⑤

第一,司法活动涉及的对象是法律纠纷。司法活动处理的是法律纠纷,而不是政治纠纷、社会纠纷或者个人纠纷,即使这些纠纷对裁判法律纠纷可能具有一定的意义。由于法律纠纷发生在两个当事人之间,因此司法是在一个对抗性程序中进行的,形成意见和反对意见,原告和被告互相对立。司法的唯一准则是法律和法。

第二,裁判具有拘束力。司法机关作出裁判,特别是最终审级的裁判,具有终结诉讼程序的拘束力。法院的判决具有法律确定力或既判力。形式上的既判力意为在法律救济手段的期限届满、放弃法律救济手段后或者诉讼途径用尽后,裁判不得再被撤销;实体上的既判力则是指,最终的裁判在双方当事人之间形成拘束力,因此不得再在其他法律纠纷中被质疑。司法的意义即在于终结法律纠纷,恢复法律和平。

第三,独立性。司法活动的性质对司法机关提出特定的要求。司法人员为了能够作为不参与的第三人客观地作出裁判,必须处于中立的和独立的地位。

① 学术界对“司法”概念的不同定义和理解,请参见 Maurer, *Staatsrecht I. Grundlagen-Verfassungsorgane-Staatsfunktionen*, 5. Auflage, 2007, S. 611~613.

② Ipsen, *Staatsrecht*, Rn. 758. 转引自 Maurer, *Staatsrecht I. Grundlagen-Verfassungsorgane-Staatsfunktionen*, 5. Auflage, 2007, S. 613.

③ Maurer, *Staatsrecht I. Grundlagen-Verfassungsorgane-Staatsfunktionen*, 5. Auflage, 2007, S. 613.

④ BVerfGE 103, 111, 137f.

⑤ Vgl. Maurer, *Staatsrecht I. Grundlagen-Verfassungsorgane-Staatsfunktionen*, 5. Auflage, 2007, S. 613~614.

这一方面要求司法机关组织上的独立,另一方面也要求裁判个案的法官在事务上和人身上保持独立性。

第四,程序性。司法活动特别强调程序性,即所有活动都必须在法律规定的程序中进行。这一要求旨在确保司法人员在事实上和法律上作出“正确的”裁判,确保能够通过司法活动创造出法律的和平和安定。

第五,消极性或被动性。司法活动的裁判性质表明,司法机关只是对业已发生的法律纠纷作出评价、判断和裁决,因此司法机关不能自行、积极地去从事倡导性的和形成性的活动。司法机关只能根据申请启动诉讼程序,而不能自行启动诉讼程序,这就是所谓的不告不理或“无原告即无法官”原则。司法具有“护法”功能,而非“造法”功能。司法活动不是政治性的意思形成过程,而是受法律拘束的认识过程。即使司法机关能够创造性地适用法律,法官也可以进行造法活动即推动法的发展,但法的发展也还是要受到现行法的约束。