



司法文丛

程序、正义与现代化

—外国法学家在华演讲录

宋 冰 编



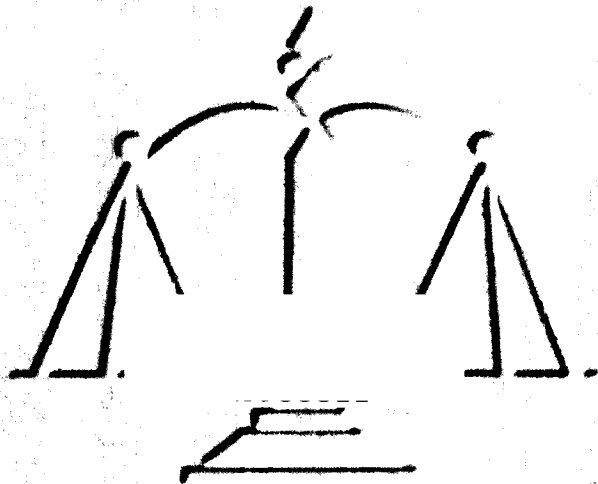
中国政法大学出版社

D916
586

程序、正义与现代化

—外国法学家在华演讲录

宋 冰 编



中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

程序、正义与现代化：外国法学家在华演讲录/宋冰编
北京：中国政法大学出版社，1998.10

(司法文丛)

ISBN 7-5620-1732-8

I. 程… II. 宋… III. 司法-演讲-选集 IV. D916

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 30426 号

责任编辑 宋 军

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 国家统计局印刷厂

开本 850×1168 1/32 印张 16.375 400 千字

1998 年 12 月第 1 版 1998 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1732-8/D·1692

印数：0001-5000 册 定价：27.00 元

社 址：北京市海淀区西土城路 25 号

邮 编：100088 **电话：**62229563 或 62228801

声 明：本书的翻译和出版已获许可，
未经本社书面同意，不得翻印。

前 言

1997 年，福特基金会与纽约大学法学院共同发起了“知名法学家系列讲座”，这一项目的目的是激发人们对中国司法改革的思考。过去的 20 年中，中国司法制度有了很大改进，其中一个重要的改进是经历了文化大革命的法律虚无主义之后，在 70 年代末期中国重建了法院体系。但中国的司法制度仍比较弱，而且受到许多问题的困扰。中国缺乏一个强有力的、专业化的法院体系，法官还不能完全独立地坚持“法治”，在不受行政干扰的情况下保持原则，对案件作出判决。

中国当前的司法制度面临着两个相矛盾的现象：一方面，法院体系比较弱，法官只受到有限的法律训练，素质相对低；另一方面，越来越多的中国人诉诸法院以解决问题。中国的市场经济正在发展，经济纠纷大量增加；个人权利和个人自主的意识增强，造成民事案件数量上升；政府近年通过了一系列法律，鼓励人们对政府官员的行为提出质疑。市场力量、个人期望和行政行为的变化与司法制度的变化不相称，于是就出现了困境。

上述项目的主要目的是要激发法院体系的高层官员和学者们思考当前司法改革的必要性，建立一个受人尊重的、专业化的法院体系所必须的条件。其主要目标是冲破中国法官在知识和专业方面与外界的隔离；他们中的大多数与外国司法界很少或根本没有联系。为达到这些目的，一些外国法律专家（大多数是德国、日本和美国的法官）在 1997 年 5 月和 10 月访问了中国，举办了有

关司法制度和程序的讲座。讲座所涉及的内容包括下列专题：司法职业与司法独立；行政法院；上诉法院及法官的作用；法治、现代化与法院体系；判决的执行与法院的权威；判决的艺术；程序公正与实体公正；公正与效率。本书反映了参与了该项目的专家们的工作，让我们从宏观角度对中国以外复杂的而成熟的司法制度的基本概念作一考察。

有人可能会怀疑，像这样的项目是否值得花那么多人力、物力和财力。我认为答案是明确的。首先，这样的项目为中国的法官与外国法律学者和专家今后长期的交流奠定了基础；此外，它使外国法律专家更了解中国的法院体系和它所面临的问题；最后，它使中国法官能详细了解不同的司法制度，并考虑这些不同的制度是否可以以及如何被利用来改进中国的司法制度。中国正尽力对待社会情况的迅速变化，它必须重新审视其重要的机构，以保持能充分考虑社会和经济需求的变化。这些机构包括中国的法院体系。

复杂而成熟的司法机构在受到精心设计的制度约束的同时可以拥有极大的权威，理解这样一个观念是本项目最重要的一课之一。这一观点猛一听上去有点令人难以置信（一些中国的法官确实不能理解这一观念），但它却是正确的。德国、日本和美国（以及其他一些司法制度发达的国家）的法官享有比中国法官更大的权威以及更高的地位，其原因就在于：这些法官的权力是由明确的、公开宣布的规则规定的，这一权力在与其他政府部门和公众的关系中是有限的。如果没有限制，社会公众肯定会耽心法官的权力过大。而且，从长远的观点看，法官的权力在很大程度上来自其社会地位以及社会对他们所作决定的合法性、公正性的信任；对法官权力的限制一开始好象削弱了法官的权力，但最终却形成了全社会对司法行为合法性的信任。

在与中国法官讨论了法院判决执行问题之后，我确信，一个

有效的司法制度的另一个重要因素是其判决的终局性，这正是中国司法制度目前缺乏的。首先也是最重要的一点是，司法制度的最重要宗旨之一是解决矛盾。如果一个“解决方案”可以没有时间限制并可以不同理由反复上诉和修改，那就阻碍了矛盾的解决。如果败诉方相信他们可以在另一个地方或另一级法院再次提起诉讼，他们就永远不会尊重法院的判决，并顽固地拒绝执行对其不利的判决。无休止的诉讼反映了、同时更刺激了对法院决定的不尊重，从而严重削弱了法院体系的效率。

最后，在我的讲座的讨论中，中国法官几乎总是考虑原告的利益、需要和权利，而且几乎都假定被起诉的人肯定做了什么错事，这一点令我震惊。他们所关心的是如何调查和证实被告的错误行为，如何针对拒绝履行的被告来强制执行判决。在任何一个发达的司法制度中，以牺牲被告利益为代价考虑原告的利益显然是不公正的、误导的。被告也许根本没有做错事，他们被起诉后要被迫在案件中辩解，并承受诉讼中无法避免的花费和压力；即使被告在诉讼中最终胜诉，在为自己辩解时也付出了代价。所以诉讼双方都同样有受到不公正的可能性。为了尽量做到公正，司法制度应当强调保持诉讼双方的合法利益；无论是从程序角度还是从实体角度，公正需要的是“一碗水端平”。

也许有人不同意我的看法，我希望这些不同意见能引发争论。因为，这正是“知名法学家系列讲座”以及本书的目的所在。

哈利·爱德华兹*

于华盛顿

(朱榄叶译)

* 爱德华兹法官为美国华盛顿特区联邦上诉法院的首席法官。

前 言

应张乐伦女士及宋冰女士之邀，为“知名法学家讲座”一书作序，实为一件幸事。

1996年，也是在张乐伦女士的竭力推荐和宋冰女士的努力组织下，在沪成功地举办了来自美国、德国、日本等国家的知名法学家讲座，上海地区的百余名法官参加了听讲并展开了广泛的交流，取得了良好的效果。

中国是一个有着悠久历史传统的灿烂文明的国家，中国法制的历史同样是漫长而具有鲜明特色的，曾经对周边国家产生过深远影响，被公认为世界五大法系之一，对世界法文化宝库作出了重大贡献。早在公元前4世纪，战国时期已经有了调整范围相当广泛的法律，著名法家李悝创制的《法经》是我国封建社会第一部成文法典，后经商鞅改法为律，制订了《秦律》，为中国古代法律奠定了基础。公元7世纪唐朝的政治、经济、文化发展到鼎盛时期，法律也趋于成熟和定型。到明、清王朝，中国法制更趋完备。

但是，中国历史发展到近代，西方的法律文化随着西方的商品一起输入中国，使得中国传统的法制遭受到猛烈的冲击，一大批中国的思想家、政治家把变法与救亡联系在一起，设计了种种改革法制的方案，均因当时社会的腐败和政权的专制而未能得以实施。1949年中华人民共和国成立，中国的法制历史翻开了新一页。建国初期，我国十分重视法制建设。但是，由于众所周知的

原因，以后也确实走过一段法律虚无主义的历程，法制建设遭受了严重的破坏。因此，中国人民更加体会到依法治国的重要性。改革开放以来，随着中国经济的飞速发展和市场化，中国的法制建设也取得了辉煌的成就，一个基本适应中国政治制度、市场经济和文化传统的法律体系已经建立，目前正日臻完善并赋予司法机关日益突出的重任。

为了实现司法公正，确保宪法及各项法律准确实施，十多年来，司法改革始终是各级司法机关的一项重要任务。随着中国经济的发展，尤其是世界经济一体化和知识经济时代的到来，司法制度的改革愈来愈成为一项迫切的任务。法制文明其根源于一个民族的历史长河、深深扎根于这个民族的政治、经济和文化传统之中，其存在总有其必然性和合理性。中国法律制度对于几千年社会稳定和发展起着十分重要的作用，无论是过去、现在还是将来，它都是中国法律制度赖以生存的基础。但是法律也是人类文明的共同成果，一切有益于中国法律制度完善的制度和经验都应当学习借鉴。回首 20 世纪的法制，尤其是司法制度的演进历程，各国却一改长期以来传统、保守、机械、封闭的司法理念，为了实现司法独立、公正和效率的统一，都几度加强对他国司法制度的研究并取长补短。改革成为一种潮流，不同法系之间的融合成为一种趋势，具典型性的大陆法系和普通法系在日益走近和靠拢，排斥和批评声愈来愈少，而借鉴和学习却越来越多，这说明了在现代化和世界经济一体化的趋势面前，法律制度的现代化和趋同化也是一个不可抗拒的潮流。如果我们展望 21 世纪的司法制度，那么也可以预见，改革仍然是潮流。融合仍然是趋势，而公正是永恒的主题，效率是需要重点解决的难题，社会功能的拓展是缓解司法日益不堪忍受的压力的根本出路。同时，随着科技发展和知识经济时代的到来，司法手段的现代化和法官的专业化又是何等重要。

正鉴于此，这些年来，上海地区的法院和上海法官在加强对司法制度研究的同时，不断加强与世界各国法律界人士的广泛交流，并努力比较、学习、借鉴各国司法制度中有益于我国司法制度完善和实现司法公正的经验。知名法学家讲座的举办，无疑对于我们正在进行的探索和改革是一次极好的学习良机，在感谢诸名法家的同时，让我代表上海法官再一次衷心感谢张乐伦女士和宋冰女士。

陈旭*

1998年10月

* 上海市法官协会副会长。

第一章 德国的司法职业与司法独立

傅 德*

一、导论：历史背景

为了理解目前德国法官的地位，对于历史上的发展状况作一简短探讨是很有意义的，也是很有必要的。

法官作为一项效力于君主（还有国王或其他诸侯）的职业，自从所谓的罗马法继受（大约从 1400 年到 1600 年）以来便在德国存在了。当时适用于德国各个地区的、彼此冲突、而且不适合现代经济的日耳曼法被几个世纪以来在罗马帝国形成的法律所替代，罗马帝国长期以来统治了大部分欧洲。为了运用这种罗马法，就需要受过专门训练的职业法官，因为罗马法不是用德语，而是用外语（拉丁语）写成的。此外并非每个外行都能理解它，从这个意义上来说，它并非是“大众化”的。确切地说它已达到一种抽象化和概念化的程度，以致于要运用它，必须首先进行科学的训练和持续的研究。因此就出现了受过训练的法学家，他们专门为君主（或者一些大的自治城市）服务。

在继受罗马法之前德国并不存在一个独立的法学家阶层和统

* 傅德（Eberhard Foth），德国联邦（最高）法院退休法官，博士。

一的法律。相反在英国那个时期有一个独立的法学家阶层，该阶层发展并运用了普通法。这个法学家阶层成功地抵制住了对罗马法的接受，使其在英国从未发挥过作用。这可能就是为什么英国以及美国过去甚至现在都不存在欧洲大陆（如德国、法国、意大利）意义上的职业法官的一个基本原因（还有其他一些原因）。

当时的职业法官与国家其他任职人员并无任何区别。他们都是“官员”，也就是说他们都必须执行君主的意志。君主掌握着不可分割的国家权力，同时也是最高法官。只要他愿意，他可以亲自审判任何案件；对法官作出的每一个判决，只要他不满意，他都可以加以改判。甚至在1779年普鲁士的国王还解除了几个最高法官的职务并将其投入监狱，因为他们作出了一项在他看来是错误的判决；该判决也被他改判了。在这种情况下总是听任君主的专断和反复无常也是不对的（尽管事实上经常如此），就在上面的事件里，皇帝改变判决是因为他认为法官不公正地歧视一个穷磨坊工人而偏袒一个富有的地主（涉及到的是一条河流的使用权）。

按照一般人的观点，国家的权力是不可分割的（这种观点直到今天仍然存在），而且是不可分割地掌握在唯一的君主手里（这种君主——国王、皇帝——现在已不存在了）。

国家权力不可分割的观点遭到了法国哲学家孟德斯鸠的质疑。他于1748年在他的著作《论法的精神》（*De l'esprit des Loix*）中指出，为了保护公民不受国家专制权力的侵犯，应该将国家权力一分为三：立法权（就是今天的议会所行使的权力）；行政权（就是政府所行使的权力）和司法权（审判权），每一种权力有其自身的作用。这三种权力应当互相制约，并且应努力保证国家权力不被滥用以及避免导致不公正。孟德斯鸠的观点在其后的几个世纪里日益被接受，成为我们的法官独立性的基础。所有在法律上承认这种独立性的国家都是这样，包括英美法系的国家。但法官独立性的实际表现形式多种多样，这是有必要的，因为这与

各国的法官地位密切相关。我已提到过，这种地位在德国（也包括其他欧洲大陆国家）与在英美法系国家是截然不同的。

因此不可避免的是，一方面要区别法官在职务上和人身上的独立性，另一方面又要将二者看作一个整体。因为只有将二者合而为一才能真正保证法官的独立性。例如，设想一下，一个法官在职业上，也就是在进行审判时完全独立，但他的法官职务和他的工作岗位随时随地都可能被他人（可能是一个委员会，也可能是议会）解除。这种法官并不是真正独立的，他的判决虽然得到承认，但是该判决如果不令某人或某些人满意，这些人可以撤他的职，他就必然会担心失去法官职位。这种可能出现的担心会影响法官的判决，他就会尽力去作出令上司满意的判决，从而不危及到他的职位。没有人身独立，职业的独立性也没有多大意义。

对于新的历史时期德国的现实状况还要说明一点。直到1918年德国都是由君主（皇帝、国王、公爵）统治的。在此期间司法机关以及法官职业及其独立性都有很大发展。1914年至1918年的第一次世界大战以德国的失败而告结束，并导致一场革命，此后德国成了一个民主国家。组成德国的各个州也都采用了民主国家模式，法官的独立性由此得以继续发展，但持续的时间不长。1933年以希特勒为元首的纳粹党攫取了政权，摧毁了民主政治，取而代之的是一个绝对的元首制国家，所有的权力不可分割地落入希特勒之手。而且他还行使着最高法官的职能。希特勒及其政党的权力随着第二次世界大战德国的彻底失败而告终。

在1933年到1945年希特勒及纳粹党统治期间，司法机构也成了非正义国家的一部分，其本身也从事着不正义的工作。尤其在战争期间作出了许多不公正的判决，其中有成千上万的死刑判决。法官若胆敢违抗，就会被开除公职。当然抵抗的法官并不多，因为大多数人都屈服于压力，或者至少不会做出一些太引人注目的判决。

自从恢复了民主制国家、即联邦德国（1949年）之后，这一时期的经历对立法工作产生了影响。无论如何不能再在德国出现一个像1933年到1945年那样的不正义之国。而且司法机构的组织尤其是法官的地位及其职业上和人身上的独立性都受到这些年的经历的巨大影响。

二、德国的法官和检察官职业

（一）前言

当我提到法官和检察官时，同时也包括了女法官和女检察官。在德国，妇女与男子一样能够以相同方式成为法官和检察官。1949年的基本法（二战后联邦德国的宪法）规定男女平等。这也适用于公共职务，当然也包括法官职业。以前女法官很少。在过去的几年里这种情况发生了变化。一个三人审判庭由2名妇女和1名男子组成或者由3名妇女组成，以及由1名女检察官提起诉讼，这并非什么新鲜事。在青少年案件的刑事诉讼中有一项特别规定，要求有2名陪审法官，——而且出于教育学角度的考虑——必须是1名女性和1名男性。

（二）法官

首先还是作一些说明。

1. 在德国有几个独立的法院，它们在管辖范围上各不相同。

（1）普通法院：（该名称要从历史上去理解，它是从过去传统制度中保留下来的法院。其他的法院并不是“非正规的”^{〔1〕}，而是作为现有制度的补充）它由刑事审判庭（刑事诉讼）和民事审判

〔1〕“普通”在德文中也有“正规”的意思。——译者注

庭（民事诉讼）组成。普通法院比其他法院规模要大得多。

（2）行政法院：它处理的是有关公法的争议。尤其是公民与行政机关之间的争议。

（3）财税法院：它审判的案子是，如果一个公民（或企业）对于应缴纳的税款与税务机关（通常是财政局）有不同意见。

（4）劳动法院：它受理的是劳资双方的争端（关于薪水、休假、辞退、罢工）。

（5）社会法院：它受理的是社会保险问题（养老金，由于失去工作能力、疾病、失业导致的补偿金）。

对这些不同的法院（我附了一张结构图）我们可以不予考虑，因为在所有法院中法官的地位都是一样的。这种地位的一致性由德国法官法加以确认。它对于我要讲的问题具有极重要的意义。因此我想在这里讲一下有关该法规的几个问题。

2. 1900 年之后不久（当时德国还是一帝国），在德国就有人强烈要求用一部特别的、专门适用于法官的法律来规定法官的法律地位，以便将法官与其他公务人员明确地区别开来。1949 年的基本法（联邦德国宪法）满足了这一要求。基本法第 98 条规定：所有法官（联邦法官和州法官）的法律地位由专门法规加以规定。又过了 12 年，直到 1961 年 9 月 8 日，德国的法官法才正式颁布。

3. 刚才我提到，在德国存在着联邦法官和州法官。这是因为，德国是一个联邦制国家，它由 16 个州组成；每个州都有自己的法院和法官（还有自己的议会，自己的部长，包括一个司法部长）。联邦法院是最高法院，在全联邦地区享有集中管辖权。作为最高上诉法院，它们可以对各州法院的判决作出改判。这是一种统一的、从州法院到联邦法院的上诉程序。

联邦法官和州法官之间的区别仅仅在于，他们以不同的方式被任命为法官。这一点嗣后我还要讲到。除此之外，法官的法律地位是相同的。

4. 德国最高法院是联邦宪法法院。它由两个审判委员会组成，各有 8 名法官，他们一方面审理有关宪法争端，比如联邦与各州之间的争端（诸如某一特定领域的立法权，联邦与各州税收收入分配）或者议会与政府之间的争端（诸如谁有权向南斯拉夫派出德国部队）；另一方面负责审理有关公民的“基本权利”是否受到国家措施（也可能是法院判决）的侵害。这些基本权利都规定在宪法中（人格尊严，言论自由，性别平等，住宅不受侵犯，从业自由等等）。对于宪法法官的任命以及他们的法律地位由专门法规加以规定。对此不必专门加以讨论。他们的独立性与其他法官是相同的。

现在让我们来讨论有关德国法官职业的几个问题。

在德国，对于法官、检察官以及律师（他们都接受同样教育）统一规定要在大学学习过法学。学习时间至少要达到 3 年半——因为德国的大学都是以半年为一个阶段（学期）——也就是至少 7 个学期。其中至少有两年是在德国大学度过，其他时间可以在外国学习，但成绩要获得承认。在学习结束时必须通过第一次国家司法考试。此后是两年的司法实习。在此期间“法律实习生”要在法院、检察院、行政机关以及律师事务所等不同岗位上工作，以便得到全面培训。法律实习生从国家得到一笔并不太高的工资；两年之后他们要通过第二次国家司法考试。通过者成为“法学毕业生”，可以当法官、检察官或者律师。到此为止，法官、检察官和律师的培训是相同的。

还要再谈一下两次国家考试。对于这种考试的评判是严格按照客观标准的。书面作业都是由两个评判人分别评定，而他们根本不认识该考生。通常——在各个联邦州有不同规定——第二个评判人甚至都不知道第一个评判人的评定结论，以避免无谓的干扰。

这里附带几点关于律师的说明。

律师是一项自由、独立的职业。任何人只要通过了第二次国家考试，都可以从事该职业。根据他的申请他可以被批准为律师。律师与其他职业相比还是存在着一些区别；因为正如法律所规定的，律师是一个独立的“司法机构”，有专门的法律——律师法，也有关于律师从业的条例，它们对律师与法官、当事人及其他律师之间的关系作了规定。

关于律师的地位存在着不同观点。一种观点强调他们是“司法机构”；其他观点更侧重于其“独立性”。不管怎样，谁通过法律获取了特别的权利，比如在刑事案件中查阅原始审判档案的权利——律师按照刑事诉讼条例的规定享有该项权利——他就必须承担特定的义务，以不辜负这种信任。

如果律师违背了他的职责，便会受到某种措施的制裁，包括“警告”、直至开除出律师行业，这种措施由特别成立的律师法院来作出。它的成员有律师和在其他法院从业的法官。总之，律师处于一种非常自由的地位。律师必须从事了某种行为（比如：贪污当事人的金钱；违反对当事人托付给律师的事实的保密义务；收费过高；严重侮辱法官、检察官、对方当事人）才能判定他违反了职责。

对于律师的何种业务收取多少费用，由法律——律师收费条例——加以规定。收费标准在民事案件中是按照争议额或争议标的物价值计算，在刑事案件中依该刑事案件的诉讼方式而定。也允许不遵守收费条例而与当事人协商报酬，但其必须是“适当的”；不受限制的自由是不存在的。

现在，我们再回到法官。

法官（或检察官）只能是一种国家公职（非职业法官在所有5种法院中只是在初审时协助职业法官工作，他们不在讨论之列）。不能要求国家任命自己为法官。如果向国家申请的人超过了实际需要（实际上总是如此），则由国家（主管此事的司法部；其

地位与任务在我讨论法官的独立性时还要详细介绍)按照申请人的水平来决定;这时两次国家考试的成绩具有最重要的意义。

如果法官被录用了,则他首先成为“见习法官”,也就是说,他可能被国家解职,而不需要严格的前提条件,而在辞退一名“终身”(指直到退休为止)法官时是需要符合一些条件的。录用为见习法官也就意味着要考验该人是否适合长期从事法官职业。在讲到法官独立性的问题时我还会讲述这一点。

总的来说只有极少数法官在试用期被辞退。大多数都会在随后的几年内,最早3年、最迟5年,被任命为“终身”法官,并同时在一所法院得到一个“正式位置”,也就是一个长期固定在那里的法官职位。这种任命也是由司法部作出的(联邦法官的任命见后文)。从这时起该法官便享有了完全的法官的独立性,对此我还要进一步说明。

在此后的时间,法官的职业生涯如何演变发展,这基本上取决于法官自己。只要他愿意,他可以在同一个职位上一直干到退休。不能违背法官的意愿而将其调到另一个法院,也不能违背其意愿而将其升职(或拿更高的薪水)。但是在一个法院内部可以违背法官意愿而将其从刑事法庭转到民事法庭;反之亦然。

法官的自我培训完全靠法官自觉。每个法院都有一个法学图书馆,以及一些常见的法学杂志。法官读不读或者读多少,没有人去检查。另外法官是否参加由司法管理机关举办的继续教育活动,这也是他自己的事,没有人强迫他去参加。进德国法官学院学习也是凭自愿。

德国法官学院是由联邦和各州共同设置的机构。它有两个会议场所(都位于风景秀丽的地方)。每次会议都有一个专题(经济犯罪,毒品犯罪,损害赔偿法,专家在诉讼中的地位等等)并持续一至两周。学院没有自己的师资力量。通常每次会议都由一个联邦州承办,并由其任命专题报告人,通常是法官,但也有大学