

LAWYER DIGEST

1 律师 文摘



2006 · 第一辑 · 总第十九辑

主编
孙国栋

要目:

季卫东 让律师迈上新台阶

迪特·格林 政治与法

王晨光等 vs 郭国松 司法改革攻坚还需要更多的自觉

熊选国 关于自首和立功问题的认定与处理

王 军 猴王集团破产案解析

方流芳 关于法学教育和法学论文规范的个案考察:《哈佛法律评论》

吴 革 律师,你为谁服务?

阿图尔·考夫曼 拉德布鲁赫:人道主义者·学者·伟人

冯 象 正义的蒙眼布(外一篇)

徐 贲 公共真实中的社会和谐:和谐社会和公民社会

中国法制出版社

律师文摘

2006·第一辑·总第十九辑

1

学术顾问 江 平 梁定邦 张思之
邓正来 贺卫方

编辑委员会 王才亮 田文昌 池英花
刘 宇 刘桂明 杜佐东
周荣炽 薛济民

执行编委 谭 礴 刘海蛟 董志军
李海周 孙国栋

主编 孙国栋

编辑 王景智 梁小玲

支持单位 广东华法律师事务所
北京才良律师事务所
北京京都律师事务所
北京易和律师事务所
江苏圣典律师事务所
浙江海通联合律师事务所
美国纽约州刘宇律师事务所

图书在版编目(CIP)数据

律师文摘.2006年,第1辑/孙国栋主编.—北京:
中国法制出版社,2006.2
ISBN 7-80226-056-6

I.律… II.孙… III.律师—丛刊
IV.D916.5-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 009314 号

律师文摘

LAWYER DIGEST

孙国栋/主编

经销/新华书店

印刷/北京清华园印刷厂

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/11.5 字数/210 千

版次/2006 年 2 月第 1 版

2006 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80226-056-6 定价:16.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码:100031

传真:66062741

发行部电话:66062752

编辑部电话:66026587

邮购部电话:66033288

读者俱乐部电话:66026596

让律师迈上新台阶

从1986年到2005年这段期间,中国律师成长的倍数是5,递增速度的确非常可观。尽管如此,在包括法官、检察官在内的职业法律家集团整体构成中,律师人数所占的比例却仍然只有1/5左右。在2000年,中国的法官与律师人数比例是2.5对1,与其他许多国家的同比状态(例如韩国的1对3、法国的1对5、日本的1对6、美国的1对25)恰恰相反。不得不指出,司法官僚与民间辩护律师之间在规模和力量上如此悬殊而倒置的朝野格局整整维持了二十年之后,已经导致法律话语空间出现某些缺陷——自上而下的宣传、教育、说服的声音,往往盖过自下而上的权利诉求的声音,很容易扭曲社会控制的反馈机制。

因此,为了适应维护个人权利的需要,随着司法改革的深入,有必要把调整职业法律家集团的内部布局、改变头重脚轻畸形发展的课题提上政治议事日程。也就是说,从2006年起,沿着“伸张私权、限制公权”的思路,与审判方式改革以及法官和检察官重新定编改制的作业相配合,应该通过司法官僚转业和跨部门人事交流等多种合理措施大幅度增加律师的人数和在整体构成中的比例,通过促进个人设所的方式拓展法律服务机构的分布面、改进专业分工以及进一步强化综合性大型律师事务所的国际竞争能力。

迄今为止中国律师制度进化的动机和动力何在?显而易见,主要还是经济需求。把律师定位成“政府不花钱的经济警察”这样的早期标语,就极其生动地反映了这一点。正是根据上述逻辑,司法部在1993年接受了律师事务所属于第三产业的概念,承认了法务市场的开放性和竞争机制,到2004年又开始容许律师广告的存在。然而,如果只是片面强调经济需求,势必会在有意无意之间助长律师事务所的营利指向,这显然不符合社会正义观和法律职业主义的要求。

鉴于限制营利指向的必要性,司法部早在1994年就开始进一步强调了律师在公益方面的作用和义务,并积极组织和主导了法律援助活动。在某种意义上也不妨认为,现行律师法第42条的法律援助义务条款,实际上就是中国司法行政当局以强制性规范和各种配套措施来克服法律商业主义偏颇、

坚持法律职业主义理念的一面很有特色的旗帜,可以在一定程度上发挥与其他国家律师法的人权保障条款相类似的功能,因为向弱势群体提供法律援助也是维权的一个重要方面。当然,仅有一个第 42 条还远远不够。

另外,以经济需求为杠杆而推动的律师制度的改革和发展,在强调事务所独立核算制和经营效益之余,也悄悄地改变了法务资源的配置,迫使律师从报酬较低的县和镇撤退、逐步向市场份额更大的城市集中。虽然公设律师事务所、法律援助中心以及乡镇法律服务所能够在相当程度上缓和这样的地区间失衡的严重性和各种不良影响,但到 2005 年,事实上已经有 206 个县变成了“零律师”区域或者说法律服务的空白地带。如何保障各地区、各阶层在接受法律服务方面的平等性,避免出现被正义遗忘的角落,显然已经成为今后法制建设的一项非常紧迫的任务。

众所周知,从 2004 年起中国开始主动调整经济战略,其结果,可持续性发展、绿色 GDP、环境风暴、缩小贫富差距等等,已经成为 2005 年最响亮的流行语。在这样的社会背景下,律师的行为方式也将或多或少随之发生变化。例如围绕公害的纠纷和诉讼正急剧增加,律师不仅担任案件代理人,而且还在某种程度上致力于把分散的权利诉求转写到制度框架里去。在环境诉讼以外的许多领域中,律师也构成民间与政府对话、沟通以及交涉的重要媒介,并在变无序为有序的过程中扮演着组织者或协调者的角色。

可想而知,要伸张私权,要强调分配正义,要建构民主的法治国家,就应该扩大律师的活动范围,加强职业法律家与公民个人之间的互动关系。所以我们有充分的理由期待,围绕律师的制度变迁从此会转入一个崭新的高级阶段。

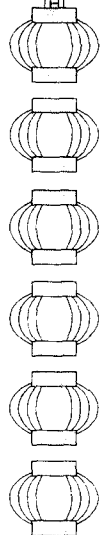


2006年1月6日于神户

《律师文摘》理事会成员

(以姓氏笔划为序)

- 于绪刚 北京市大成律师事务所高级合伙人(北京)
王志学 辽宁省四洋律师事务所高级合伙人(沈阳)
孙 飞 上海市建纬律师事务所深圳分所主任(深圳)
孙伏龙 河北省太平洋世纪律师事务所高级合伙人(石家庄)
朱元涛 北京市正见永申律师事务所合伙人(北京)
刘文君 广东省经天律师事务所合伙人(深圳)
刘彤海 河南省尊严律师事务所主任(濮阳)
刘建锋 北京市丹宁律师事务所执行合伙人(北京)
许兰亭 北京市君泽君律师事务所律师(北京)
李俊华 上海市建纬律师事务所昆明分所主任(昆明)
张 勇 南开大学法学院副教授(天津)
张墨水 北京市京鼎律师事务所主任(北京)
杨 斌 北京市五环律师事务所律师(北京)
肖树伟 北京市新世达律师事务所合伙人(北京)
陈惠忠 广东省星辰律师事务所合伙人(深圳)
周 强 北京市正见永申律师事务所合伙人(北京)
欧永良 广东省合盛律师事务所主任(广州)
赵红亮 北京市兰台律师事务所律师(北京)
贺宝健 浙江省海通联合律师事务所主任(杭州)
胡祥甫 浙江省星韵律师事务所合伙人(杭州)
秦 兵 北京市汉卓律师事务所合伙人(北京)
徐 彬 北京市首信律师事务所主任(北京)
浦志强 北京市华一律师事务所合伙人(北京)
贾承霖 北京市世纪律师事务所合伙人(北京)
梁 晨 北京市中瑞律师事务所合伙人(北京)
韩 良 南开大学法学院副教授(天津)
彭 航 北京市天平律师事务所合伙人(北京)
董 箫 河北省世纪方舟律师事务所副主任(石家庄)
曾祥一 重庆市索通律师事务所合伙人(重庆)
霍 健 中国海洋石油总公司集团公司副总经理(北京)
戴勇坚 湖南省万和联合律师事务所董事会主席(长沙)



目 录

卷首语

让律师迈上新台阶 / 季卫东

学术论坛

法理沉思 001 政治与法 / [德]迪特·格林 著 杨登杰 译

专家说法 011 两审终审制的反思与重构
——兼评“三审终审论”的非现实性 / 李 轩

热点话题 022 司法改革攻坚还需要更多的自觉 / 王晨光等 vs 郭国松
028 “环保风暴”与中国环境法治 / 周 珂 谭柏平 曹明德

业务进阶

办案规程 041 关于自首和立功问题的认定与处理 / 熊选国

判例研究 054 猴王集团破产案解析 / 王 军

业界瞭望

执业前沿 062 中国律师产业发展状况的经济分析 / 冉立文

他山之石 069 微软的应诉之术 / 仇晓慧

法学教育 072 关于法学教育和法学论文规范的
个案考察:《哈佛法律评论》/ 方流芳

附:可爱的法律评论

管理之窗

职业素养 091 “杀光所有的律师”?!
——和谐社会构建中律师的价值与使命 / 吕良彪

097 律师,你为谁服务? / 吴 革

102 论律师的自由 / 樊 华

111 拯救失落的灵魂 / 耿 民

史海钩沉

百代风流 115 拉德布鲁赫:人道主义者·学者·伟人

[德]阿图尔·考夫曼 著 舒国滢 译

法苑撷英

随 笔 123 正义的蒙眼布(外一篇) / 冯 象

131 公共真实中的社会和谐:和谐社会和公民社会 / 徐 贵

139 在美国最高法院旁听审判 / 信春鹰

143 科学让我恐惧什么 / 南 帆

148 罗隆基的人权思想 / 王思睿 何家栋

154 “混乱时代”的文学选择 / 曹文轩

书 评 161 美国民主下的司法社会

——重读托克维尔《论美国的民主》/ 周 威

观点汇粹 167 律师挨打,为何忍气吞声?(共3篇) / 陈有西等

人物集锦 168 东史郎等3人

报刊索引 169 请律师六注意等

编 后 记

Contents

Preface

Make Lawyers Take New Steps forward / by Ji Weidong

Academic Forum

Ponderation of Legal Principle

Politics and Law / by Dieter Grimm[Germany], translated by Yang Dengjie(001)

Expert's Comment on Law

Self-Reflection and Reconstruction about the System of the Second Instance being the
Final Instance / by Li Xuan(011)

Hot Topic

It Still Needs More Consciousness to Storm Fortifications of Judicial Reform
by Wang Chenguang, etc. vs. Guo Guosong(022)
Storm of Environmental Protection and Environmental Rule by Law in China
by Zhou Ke, Tan Boping, Cao mingde(028)

Business Step

Regulation of Handling Cases

Determination and Treatment on Voluntary Surrender and Meritorious Service
by Xiong Xuanguo(041)

Case Study

Analysis of Monkey King Group's Bankruptcy Case / by Wang Jun(054)

Lawyer's Outlook

Practice Front

Economic Analysis about the Developing Situation of China's Lawyering
by Ran Liwen(062)

Stones from Other Hills

The Microsoft's Method of Responding to a Lawsuit / by Qiu Xiaohui(069)

Education of Law

Individual Investigation on Education of Law and the Standard of a Jurisprudential
Thesis: Harvard Law Review / by Fang Liufang(072)

Window of Management

Professional Attainment

"To Kill All Lawyers"?! / by Lü Liangbiao(091)
Lawyers, Who do You Service? / by Wu Ge(097)

On Freedom of Lawyers / by Fan Hua(102)

Saving the Lost Soul / by Geng Min(111)

Uncovering Historical Anecdote

Historic Celebrity

Radbruch; Humanitarian · Scholar · Great Man

by Arthur Kaufmann(Germany), translated by Shu Guoying(115)

Cream in Law Garden

Essay

The Blindfolded Cloth of Justice / by Feng Xiang(123)

The Social Harmony in Public Truth; Harmonious Society and Civil Society

by Xu Bi(131)

At a Trial Session of the Supreme Court of U.S.A. As a Visitor / by Xin Chunying(139)

Science Makes me not Frightened / by Nan Fan(143)

Luo Longji's Thought of Human Rights / by Wang Sirui, He Jiadong(148)

Literature Choice in "Chaotic Times" / by Cao Wenxuan(154)

Book Review

Judicial Society under American Democracy / by Zhou Wei(161)

Viewpoint of Collection

Why did Lawyers Swallow an Insult after Taking a Beating ? (3 Articles)

by Chen Youxi, etc.(167)

Collection of Personage

Three Persons, Including Azuma Sirou(168)

the Press Index

Six Points for Attention must be Paid by Lawyers, etc.(169)

Editorial Postscript

目录翻译 屈 新

政治与法

[德]迪特·格林*著 杨登杰**译

一、法的制定

(一)前现代的社会

法的实证化对当代的法与政治的关系具有决定性的影响。法的实证化可以被理解为一段历史进程,在此进程中,法从传统的或超验的(transzendentel)形态转变为决定主义的(dezisionistisch)形态。实证法是此进程的结果。实证法的特点在于,它经由人有意识的制定行为而产生,且基于人的决定而生效。这个决定不是在法系统内,而是在政治系统内作出的。即有效的法由政治决定。就此而言,政治是凌驾在法之上的。独立于政治之外而为法所固有的内涵并不存在。政治在立法时固然面临正义的要求,但是由于不同正义观点的并存与竞争,应该以哪一个正义观点为标准的问题又成为政治决定的对象。因此,法的正义性构成现代社会的一个持续性问题。然而,这个问题的解决方案不在使实证法受超实证规范的约束,而是在实证法原则上的可修改性。

法的实证化从根本上改变了此前居主流的法与政治的关系。法可以由人制定的观念对古代社会来说是陌生的。法在当时无非基于远古的传统或神的创造而生效。社会发现本已存在的法,并以为它是不能修改的。在这种情况下,不会有法是否合乎正义的问题出现。法与正义在当时是一致的。这样的法不是人决定的对象,而是认知的对象。这样的法无论就它的内涵还是就它的效力来说,都不受政治左右。相反地,法凌驾于政治统治集团之上,并且如同约束其他法共同体一般约束政治统治集团。政治的任务仅限于贯彻在效力上不受政治左右的法。政治不必塑造法律,而是要维护法律,并且在发生违法情事时重建原有的合法状态。为了完成这个任务,政治被赋予权力。但是,只有在此权力为法服务的条件下,政治才拥有正当性而得以要求人民服从。

当时的政治当然不可以被设想为功能上独立的、专门从事于作出对集

* 迪特·格林:德国柏林科学院院长,博士,教授。

** 杨登杰:德国胡堡大学博士研究生。

体有约束力的决定的、本身又高度分化且持续发挥作用的社会子系统。这样一个社会子系统在今天是和政治的概念相联系的。在古代社会里,社会在空间上被分割成许多小单位,流动性低,传播局限于在场者,社会秩序建构在不容置疑的真理的基础上,因此不需要一个政治的子系统。一个职权广泛、领土广大的公权力根本不存在。只有个别的统治权利,这些统治权利分散在许多彼此独立的主体手中,且不与领土发生关联,而是与可清楚辨认出来的、由人组成的群体相联系。尤其值得注意的是,这些统治权利不是被当作可持续发挥作用的独立功能来运用。统治权利的主体无非把统治权利视为社会地位的一部分,多半视为土地所有权或宗教职位的附属品来行使,并且在行使时不需要一个特地为统治目的设置的行政下层结构。

回顾过去,不难看出,当时宣称具有无条件效力的秩序是受到特定条件制约的。一个永恒不变有效的、政治上无法被处置的法系统是以一个自身不变的社会为先决条件,或者至少预设社会变化如此缓慢,导致社会变迁没有被当作社会变迁来认识,因此也没有适应变迁的压力产生。当然,前现代的社会从来也不是静止不动到根本没有法律改革的需求出现。但是,法律改革是例外,并且在内涵上受到现行法的约束。法律改革既不可以废除也不可以修改现行法,而只能对它进行具体化和补充。因此,每一次改革都必须以永恒不变有效的旧法为依据。就此而言,改革也不被理解为创造新法,而是被理解为现存法律的开展。因此,以这种方式出现的法规范的效力不是以政治决定为基础。这种法规范无非是从它们与传统的法或超验的法在内涵上的一致性里汲取其规范效力。假如缺乏这种一致性,法规范也生不出约束效力。

然而,这样一个受到不变的法约束而改动余地狭小的系统是极不灵活的。不灵活正是这样一个系统的缺点。惟有法所涉及的社会关系保持不变,且法所引以为据的宗教真理不受质疑,这样一个系统才能存在。相反地,如果社会变迁加速,导致变化被当作问题来看待,而现行法为此类问题提供不出解决方案,则整个社会秩序将因此陷入正当性危机。因为社会秩序在过去是从真理中获取它的规范效力,正当性危机尤其会在对社会秩序的真理基础丧失共识的情形下出现。这样程度的危机只能经由法律修改来克服。既然现行法无法自我改变,在这种情况下,便需要一个有资格作出决定的有权者,来重建社会的要求与法律的解决方案之间失去的联系。以一种既定的,为人所不能支配的法来约束政治,是不能与这种需要相容的。

(二)法的政治化

伴随着16世纪的宗教分裂,旧秩序爆发了危机。在此之前,一系列的社会变化已经导致立法活动的增加,但是,人们并未放弃对法秩序的神性起源

和以此为基础的法秩序的不变性的基本确信。然而,宗教分裂正对这种基本确信发生影响。起先,宗教分裂固然不触及以神的意志为依据、而因此不能为人所支配的法观念。它却摧毁了此前存在的、至少能透过权威树立起来的对神的意志内涵的确定性。神想要为人类创造什么样的秩序,成为各教派之间一场无法调解的争论之对象,这场争论很快就扩大为内战。结果却不只是宗教的统一被砸碎。当在一个系统内,神的启示不只决定个人幸福,也决定整个公共秩序时,社会的和平也会崩解,取而代之的是对所有人生存的威胁。

在这种情形下,只有当内战的一方取得完全压倒他方的胜利,或者出现一个中立者超越于交战团体之上,并凭借绝对的权力强加给他们一个独立于有争议的真理之外的世俗新秩序,社会和平的重建才有可能。按照当时的情势,能促使此结果实现的只有诸侯。这些诸侯位于封建金字塔型秩序的顶端,并且在个别统治权利的众多拥有者之中已经拥有相对较多的统治权利。领邦诸侯一步步成功地把许多空间上、对象上和功能上分散的统治权利集中在他们手里,使这些统治权利逐渐聚合为包含广泛职权的公权力。虽然这个过程一直到相当晚才完成,但是在这个过程的早期就已经出现一个专门的政治系统,这个系统具体体现在诸侯身上,但随即也形成它自己的行政、军事与财政下层结构,且相对于中世纪的政权,被理解为国家。

只有政治系统从既定秩序的约束中解放出来,不受限于执行法律,而是另外取得制定法律的职权,政治系统才能完成它的任务,也就是短期来说消灭宗教内战,长期来说调整社会秩序以配合快速变迁的情势。当时兴起的君主制国家因此要求拥有广泛支配社会的权力。为了表明这种职权的特性,很快就引进主权的概念,在中世纪,同样没有可与主权概念相比拟的事物。因此,主权概念在它的起始阶段较少用来指称国家对外的独立性,较多用来指称国家内部无可抗拒的最高权力。这个最高权力属于诸侯,从不利的一面来说,它导致社会的完全私有化与社会的从属地位。诸侯诉诸其主权,本身可以不受法律约束,向社会制定它的法律。

然而,诸侯们没有马上利用这个权利来对社会进行全面而有步骤的新规划。固然,很快就出现活跃的立法活动,但是这些立法活动多半局限于由具体情事而引发的个别问题上或局限于重申旧法。与此相对,法秩序的核心领域或者保留了它传统的形态,或者经由学术上而非立法上所推动的罗马法之继受而被重新塑造,在当时,罗马法比起传统的本土法来说,具有更大的适应变迁的能力。即使某些国家在18世纪开始对整个法领域进行法典化的工作,在很大程度上涉及的还只是对传统规范的整理和系统化。尽管如此,随着国家与法的实证化之出现,法与政治的关系彻底改变了。法成为可

由人制定的,并可以作为政治目的的工具来使用。如此,政治便超越在法之上,并赋予法以内涵和效力。

这么一来当然就出现了正义问题。一旦政治上制定的法不再受到既定原则的约束,而在内涵上变得偶然,它就无法为正确性提供保证。因此,紧接着法的实证化而出现的是重新让立法与地位在立法之上的原则发生联系的尝试。在神的启示不可能再被考虑以后,人们就在人的本性中寻找基准点。问题是这样提出的:如果理性的存有者必须在一个设想中的无统治状态对他们的共同生活达成共识,他们会如何安排他们的共同生活。由此而发现的自然法应该在立法时约束政治。虽然冠着自然法的称号,自然法却不涉及法的约束。在法实证化以后,正义原则只能以超实证的方式发挥作用。从法律上来说,至高无上的君主也对什么是正义拥有定义权。政治上制定的法固然还以正义的理想为指导,这个正义的理想却没有法约束力。根据它的内涵,它或者是认可的(affirmative)或者是批判的理论。

(三)政治的法律化(Verrechtlichung)

一直到专制的诸侯国家所拥有的全面操控权必须向市民阶级的秩序观念让步的时候,才再度出现对政治支配法律的限制。既然市民阶级认为,只要社会成员彼此平等而自由,社会就能自我调节,社会就还需要法作为平等的个人自由的保证者。相对地,必须防止与社会自律相违背的法律约束出现。这当然不能经由回归到既定不变的法来实现。市民阶级的社会秩序本身无非奠基于较大范围的政治性法律修改行动,即使这种行动被伪装为单纯的自然法的实证化。不仅如此,在此彻底的法律改革之后,持续的社会变迁和日益增长的功能分化也使一个停滞不动的法秩序成为不可能。相反地,在市民阶级的时代里,经由创设专门的且随后持续发挥作用的立法机构,法的实证化才完全实现。

这就是说,人们所追求的对政治支配法律的限制,本身只能再借助法律来达成。这种法律固然必须在位阶上高于制定法(Gesetzesrecht),但是不可以超实证的方式发挥作用。这个问题的解决方案就是宪法。与自然法不同,宪法是实证法。然而,引进宪法使得实证法具有反作用性(reflexive),因为实证法被剖分成两个不同的规范群,其中一个规范群对另一个规范群的成立与生效条件作出规定。如此一来,规范制定本身被纳入了规范。政治固然取得了对社会制定法律的职权,在行使此职权时却没有专制君主的自由,而是自身为法律约束的对象。这种法律约束一方面涉及程序规定,如果一个政治决定要作为对集体有约束力的规范而生效,就必须遵守这些程序规定。另一方面,对制定法内容上的要求也以基本权利的形态被提出,违反这些内容上的要求可能导致制定法无效的后果。

宪法的解决方案并未离开实证法的土壤,因此也不可能经由宪法使政治再度受到不变的原则约束。作为实证法组成部分的宪法本身是以一个政治决定为基础,因此也可以再度被修改。然而,宪法对作出政治决定的基本原则和政治决定本身作出了区别,对基本原则的修改提出比对政治决定更高的要求,一般来说会要求更广泛的共识,常常也经过一个较繁琐的程序。如此一来,具有不同重要性的规范被定以远近不同的时间线,而创造了变迁中的稳定性。把法秩序剖分为宪法和制定法也使政治从经常性的前提寻找和讨论中解脱出来,这种经常性的前提寻找和讨论会重大削弱政治的决策能力。最后,立法过程中的失败者也较容易接受不顾其反对所作出的决定。

尽管如此,宪法不可能造成政治的完全法律化。如果政治的任务在于使社会秩序适应不断变化的形势要求,则政治为此需要一个行动的自由空间,宪法固然可以不同程度地限制这个空间,却不可能完全消除它。作为实证法的创造者的政治必然超越实证法。因此,宪法并不排除政治,而只是为它设定一个框架。相反地,一个完全法律化的政治将被彻底剥除它政治的特性,并最终被缩减为行政。政治的宪法约束就其作用范围来说也是有限的。宪法固然可以对政治决定的条件作出规定,但不可能事先规范决策过程的输入端。信念、利益、问题和动议出现在宪法所组织的意志形成过程之前,它们直到某个特定阶段才纳入宪法的疏导,宪法藉此当然也间接影响之前的决策阶段。

但是,即使是这种有限的政治之法律约束,其地位也还始终是不确定的。这和宪法涉及最高的法律执行机构有关。规范对象与规范保证者在此是同一的。所以宪法再没有自己的执行机构做后盾,来对抗违背其规定的政治,以发挥自己的影响力。宪法法院虽然缓和了这个问题,却没有解决它。因为宪法法院只可根据宪法,审查政治决定。当政治拒绝宪法法院审查的结果时,宪法法院并不拥有对抗政治强制执行的能力。宪法法院是依靠愿意承担后果的政治而运作的。此外,也不排除可能发生宪法法院逾越了为它设定的法律框架,披着适用宪法的外衣,自己从事政治性的规划安排。就此而言,法与政治的紧张关系原则上是无法消除的。

二、法的适用

(一)法与政治的分离

在法已经实证化的条件下,不再可能在立法层面分离法与政治。对立法的宪法约束也改变不了这个事实。对立法的宪法约束无非是以这个事实为出发点,而仅仅表达了由政治决定法内涵的正当性前提要件。相反地,法与政治的分离在法适用层面是完全可能的。政治固然经由颁布一般性规范来规制法的适用,具体案例中的规范解释与适用却摆脱政治的影响。政治既不

可以自己承担法律适用的任务,也不可以透过个别指示来操纵法的适用。在规范中得不到反映的政治观点对法的解释与适用来说也是不重要的。一旦一部法律在政治上被议决通过并发生效力,它就从其政治起源中独立出来而获得自主的生命。政治固然继续决定此部法律的延续;政治能废除它或修改它。然而,只要政治让此部法律继续存在,它的运用就脱离政治的控制。

然而,不同于法与政治在立法层面的结合,法与政治在法适用层面的分离并非情势必然所趋。这种分离无非是一个相当晚近的成就,而且是一个绝对还没有得到普遍承认和遵守的成就。在过去,专制的君主国家明白地拒绝了它。立法、执法与司法无非落在一个人手里。如此一来,君主不但有权对他所颁布的法律进行权威解释,也就是说以对法律适用有约束效力的方式进行解释。尤其重要的是,他还能自己接管每个法律适用行为,并基于他自己对规范的理解对个案作出决定。在今天,在那些不是透过自由,而是透过真理来为政治统治取得正当性的国家,法与政治的分离还是被拒绝采用。政治上被定义的真理要求拥有无条件的效力,所以容忍不了自主的子系统。因此,在这些国家,法在政治上的工具化继续延伸到法适用层面。

然而,在这种情形下,法所具有的建立社会信赖与创造行为安定性的能力大大降低了。只要无法预见国家权力是否遵守和贯彻现行法,就不可能有可靠的生活规划。一旦国家权力适用法律不平等、不公正,个人体验到的国家权力便是恣意的。对个人来说,国家权力便意味着一种经常性威胁,这种威胁妨碍了生活方式的自我决定以及开放的传播。因此,国家受它所制定的法的自我约束以及作为这种约束最重要的组织上保障的司法独立是比立宪运动还要久远的诉求,并且这种诉求早在启蒙运动的影响下就在某些专制的君主制国家获得实现。到今天,行政的合法性与法院的独立构成了法治国家的核心。当然,这种成就仍然受到威胁,这是因为政治具有尽可能肆意追求其目的的倾向,因此这种成就正需要宪法的保障。

在宪法上,法与政治分离的原则特别表现在法官独立的原则中。法的适用固然不仅发生在法院,而是出现在每一个根据法律要求调整行为或审查行为的法律后果的地方。但是,法的适用在司法审判里达到了高潮,因为在发生冲突的案件里,法院以有最终约束力的方式断定,一条一般性规范在具体个案里意味什么和要求什么。因此,司法审判在政治上特别受到威胁。然而,宪法的保护措施不仅限于保障独立的司法。禁止针对个案制定法律与禁止制定具有回溯效力的法律无非也有助于法与政治的分离。惟有据以判断行为的可预见性才是可能的。基于相同的理由,规范也必须能让人认识到,什么样的行为是被期待的。就此而言,明确性原则(Bestimmtheitsgrundsatz)也有助于法与政治的分离。

不同层面的法决策在时间上的延续和在功能上的专门化创造了稳定,也确保了自由。透过把立法者局限在针对未来的不确定多数案件颁布一般性规范,防止了立法者着眼于个案中的具体结果制定规范。相反地,司法原则上不准从事规范制定的工作,因为司法是基于对个案的认识来裁判的。一般来说,一个法律规则在应该为它所建构的程序里是不可以被质疑的:宪法在立法程序里,法律在司法程序里。经由这种方式,制定规范的决定(programmierende Entscheidung)和被规范制约的决定(programmierte Entscheidung)被分离开来,如此就限制了担任政治职位者可能追求私利和恣意行事的范围。这么一来,政治人物对自我图利及对恣意的放弃就不是被当作个人的道德实践来要求,而是在结构上、在系统内得到保障,并因此有较高的可能性取得成功。

(二)政治性的司法

法与政治在法适用层面的分离是一种制度性的分离。它确保司法机关在适用法律时免于受到政治的影响,也就是免于受到从事政治决策的国家机关和在此国家机关中活动的政党之影响。对司法内涵上之操控的惟一正当途径在于颁布一般性规范,法院应该适用这些一般性规范而不可以不受其限制。如果法院对规范的适用导致政治上不受欢迎的结果,则此结果可经由针对未来的规范修改获得修正,而不能经由对当前司法程序的干预予以改变。如此一来,就排除了法律适用的外来政治影响。然而,法与政治在法适用层面的分离并不意味着法官适用法律的内部过程也是非政治性的,也就是不代表法官完全没有空间作出形成性的决定(gestaltende Entscheidungen),不表示法官不可能超出一般性规范的政治影响之外发挥自己的政治作用。

这样一个法律适用内部的非政治化预设着立法者所制定的法规范能够完全决定所有个案的裁决。这种情形只有当所有可能出现的案件在立法时已经被预先设想到,并且在法律里已经作出规范的条件才会出现。一个想要满足这个条件的法秩序必须是没有漏洞且没有矛盾的,语言上清楚而不受社会变迁影响的。以上所进行的列举已经表明,我们不可能期待这样一个法秩序出现。一般性规范总是只能或多或少地决定个案的解决。决定的程度取决于许多不同的因素,尤其取决于规范密度、法规范的历史长短和规范对象的发展动态。但是,没有法规范在适用时总是不会引发必须由法官透过具体化和解释来回答的疑难问题。法官的前理解(Vorverständnisse)、出身和社会化,以及法官的政治偏好和世界观取向所造成的影响在此是难以避免的。

因此,在法官的每个法律适用行为里,认知的成分和意志的成分不可分离地结合在一起。与此相联系的主观影响则受到法学方法的节制。然而,有约束力的解释并不存在,并且立法者也不可能对法律适用者制定特定的方法。一般来说,多种不同方法论上的观点相互竞争,以至于它们之间的选择