

法院判决的公布作为科学对司法监督的一个基本前提

Prof. Dr. Bernd Schuenemann

I

一、

在孟德斯鸠提出经典的分权学说之后，国家的巨大权力就必须分为三个不同的部分，以使社会，即公民整体可以承受。这三种权力，即立法权、行政权和司法权应该相互制约、相互协调。这种想法无疑是好的，但在执行过程中却遇到很多困难。但在政治现实中，在宪法中确立了分权模式的所有的国家里这些权力之间总存在着不同的联系，因此这种权力分割的效果至少部分得到了损害。最清楚的表现是在议会制国家里，这就是说，如果政府作为行政的最高极，由议会选出，也可由议会罢免，被另一届政府所代替。议会和其立法机关所拥有的权力，在这种制度里，政府和其行政机关相应地当然也就会拥有，因此，这两种权力只是机构上分开了，但从权力使用的角度上来看是一致的。但是在那些政府首脑直接或间接由人民选举产生的国家，例如美国或法国总统。在这些现代群众民主里，也只有那些大的党派的代表才有机会，因此只有在总统所在的党派在议会中不占多数是，才会有总统和议会之间真正的权力平衡。

二、

在现代的西方民主中立法权和行政权只能较弱地的分割开来。因此在德国和美国又有两种权力作为补充，即联邦制和多党制。而在象中国一样的一党制的中央国家里，除了经典的国家理论作为中心以外，只有司法作为监督手段。如果我认为的是正确的，它在中国法制国家的建设中还占有关键位置。为了能够正确认识中国未来在司法方面所要完成的巨大任务，我们必

须清楚，推行市场经济在形成越来越多的市场自主主体的矛盾中，也就产生了巨大的冲突可能性。解决这些矛盾非常复杂，非常困难，以至于那些目前为止只在私营经济中从事过相对数量少的多、复杂程度也相对简单的多的法官群体而言，开始可能会很难完成。对于那些在实现中国政府实行的宏伟的现代化纲领中出现的矛盾也是类似的，这些纲领的成功最终取决于它是否能被地方一级诚实和有效地执行。在这里中国政府有巨大的监督需求，这种需求是传统的在行政监督内部不能完成的，因为行政监督一再出现同样需要克服的问题，例如腐败。在这里司法可以也必须至少成为解决这些问题的一个重要部分，尽管我还想按照市场经济原理提一下看不见的手的调控。对那些由地方部门所作出的与法律违背的决定，公民有可以向法院提出申诉，这样公民一定程度上从政府那里得到了监督地方行政的职责。以此达到的监督的密度和深度是任何一种行政内部监督的制度都几乎不可能达到的。要完成司法的任务，法官群体还必须同样拥有高水平的法律专业和大量相关的能力，这些是他们在实现现代化以前就需要掌握的。

三、

为了使司法能够完成它在中国现代化进程中一再提出的巨大的任务，首先必须为有效的司法创造前提条件，我认为这只有在中国政府的保证下才能够完成。首先要具有的条件是，中国必须在相对较短的时间内拥有大量的高素质的法律人才。第二点当然要有这样的问题，担负巨大的监督任务的司法怎样才能进行自我监督。第一个问题不是我们今天的研讨会的主题，

但是我想马上建议这可以作为我们下一次见面的题目。因为在我过去几年里参加的中国法律学校（法律系）的很多会议上，美国的法律人才的培养模式非常明显地受到欢迎，经管它们培训的侧重于所需要的律师，而不是法官。人们可以看出，在美国法官的数量是相对少的，他们一般也是在接近他们法律生涯结束时才能到达这一职位的，因为他们的很多判决都被由外行所组成的刑事陪审法院所推翻了。与此相对应，中国不能等到几十年后有经验的律师乐意申请法官的职位，而是必须现在就在有 12 亿人口的大国里以拥有年轻的、高水平的法官的形式来建立有效的司法制度，在这里很显然只有德国法律人才培养的模式才是合适的。法律学校（法律系）由于自己的利益更偏爱于美国的模式，我在这里认为中国政府对此有快速采取措施的必要。关于其细节我认为我们应该在下次会谈时讨论。

今天我要谈一下第二个也是同样重要的问题，判决在保证她的监督任务时怎样做到自我监督。按照马克思—列宁的国家构造这种监督应该由共产党来完成，但是这可能会造成在一个圆规（圆圈）里面转，最后使得这个监督任务瘫痪。因为当裁判权监督地方行政，而地方行政又与共产党的领导一致时，司法不允许由其控制，而是应该自我监督。这样整个监督机制就会产生错误的结果，既不是监督本身自我取消了或者任意一个不能自我监督的机构成了多余的。要为这种两难抉择的情况找一个解决方法的话，第一眼看上去好象不可能。但是我认为还是有一个解决办法的，这在 100 年前在德国直觉性的找到了，也刚好表现出德国法律文化的特殊性：判决可以由法律科学来监督，法学可以监督，但是不能自我掌握，因此法学自身除了它内部无间断进行的自我批评式的科学讨论以外，不需要其他的监督。

请允许我更详细地讲解以下法学对判

决的监督，特别是描写一下所必须达到的条件，从而才能使这样的监督真正有效。

II

一、

我以对立法、判决和法学关系的几个法律理论的注意事项来开始。立法为今后的生活条件制定了抽象一般的规定，这随着时间的推移导致了规定范例杂乱的多样性。法学最基本的任务是，将无数的法律规定逻辑地系统化。司法以判定所提交的具体法律案件属于法律制定者想在法律规定里所规定的哪一个级别，以此来决定具体的矛盾，人们称这个过程为概括，因为在这里具体的案例被纳入一般的标准之内。同时按照传统的解释，这种概括属于法官的任务之内，现代的法律理论也表明，每一个概括都建立在相应的法律的解释之上，即法律也正好归纳了那些需要法官来判定的案例类型。对法律的解释又一再按照法律方法学方面的基本原则，并属于法学的基本任务。法官在概括的同时也在阐述法律，因此他的行为局部上和法律学者是重叠的。这同时意味着，他行为的这一部分是完全可以透过法学来进行批评的。尽管法官在具体案例的基础上解释法律的行为没有创造性，但是除此以外（从本质上来说甚至可以作为基础）他还必须对当事人关于法律案例的事实进行判决。法官的事实判定又要运用来控制举证和评定证据的诉讼法。因此法官对事实裁定的过程在其涉及到对诉讼法的结实和应用上，在一定程度上是对科学的批评是开放的。

二、

法官行为的大部分是使用法律知识和以此实现法律科学的监督。高等法院仅仅在法律监督中作为所谓的行为主管机关，即监督下一级法院所作出的判决，因此甚至是 100% 的对法律科学方法的运用，也就可以 100% 的受到法学的评判。要使得监督并不是只有理论行的可能，也是现实

中可性的，必须具备以下两个前提：第一在大学里工作的法律学者愿意并有能力，不仅仅是完成他们基本的法律系统化的工作，而是进一步将法律解释的工作更细和更具体推广到每一个细节。第二法院必须被强制，对他们所作出的判决按照法律科学进行论证，并尽可能地为可能作出的公布提供论证，因此法律科学的代表至少有可能对高等法院的每一个决定进行科学的分析和批评。如果以上条件都满足了的话，就不会有没有监督的法官判决。低级法院的判决可以按照重要的诉讼程序，以向高一法院提出上诉的形式被当事人反驳。如果能够公布判决的话，高级法院的判决将受到法学代表们的审查和批评。即使法学没有可能推翻高等法院的具有法律效力的判决，他们由于法学界的批评也被迫，在更新的判决中重新审视自己的观点，不是通过和科学界详细的讨论更深入更好地来论证，就是放弃他们到现在为止原有的观点，如果法律科学的批评具有说服力的话。虽然法学对司法的监督只是从精神上的，但是在一个象德国一样已发展起来的法律文化里没有一个高等法院可以藐视法律学术界的批评，而是必须试着，提出更好的论证或放弃原本就站不住脚的观点。这就是理性管理，正如按照中国人的传统更应该说是智慧管理，这在司法中也是不可以逃避的。同时这种以智慧来管理，是唯一不会滥用的管理，因为它没有真正的权利行使，而只是对政策性的，即借助权力手段来制定的权力进行理智的监督。在这个意义上法律科学对司法的监督是对权力分割思想的一个很好的补充，就好象北京天坛的屋顶和罗马彼得大教堂的穹顶一样。

III.

一、

对司法的科学性监督能有多大的作用，建立一个司法和法律科学界之间持续的批评式的对话的必要性到底有多大，这

在德国刑法和法国刑法的比较中很容易就可以看出。尽管欧洲 19 世纪法制国家的发展如果没有 1789 年法国大革命的话，根本就无法想象，但是当德国的刑法科学已经发展成为司法和法学之间持久的批判式的对话的范例时，法国本身的法学的发展依然是停滞不前（失败）。我想举一个所谓的不正当的过失犯罪的问题，一个人他在一定程度上没有阻止另一个人在死亡的威胁，尽管他可以，那他将受到他那个通过行为来实施犯罪的人的头等处罚。问题是，什么时候这种在刑法里所写的损害的发生时不行为应得到和行为实施时同样的处罚，关于这个问题在德国在这期间有超过 100 份高等法院的公开判决，当然还有同样多的来自法律学术界批评的文章和专题著作。与此相反在法国只有很少的关于公开的法院判决，同时也只有相当少的，而且大多数是限制在几个句子上的法律科学性文章。

一、

一个具体的例子：前几年德国联邦法院宣判一家公司的领导层为过失杀人罪，原因是由该公司卖出的皮革喷雾剂事后被证明是有毒的，没有被顾客投宿，而是继续又有几个其他的客人由于使用这种喷雾剂而死亡，这引起了在法律学术界一场非常激烈的讨论，就象一个尸体被放在解剖学家的解剖桌上，所有的组成部分都被分析并批评。正确的解决办法我认为是，一个品牌商品的生产商也有义务警告它的消费者关于事后可能出现的产品的毒性，厂家对于消费者受到的伤害应该受到和主动通过制造有毒产品所造成的犯罪后果所受到的惩罚是一样的。人们现在等待，联邦法院在一片批评声中会以什么样的方式做下一个重要的判决和它可能会准备怎样评论和更改它的判决。我还可以举很多类似的例子，这些都说明，在德国的司法中不允许有专制的存在，而只是他们敢做出这样的决定并在事实中至少在这些批评中

经受得起考验。

IV

一、

谁目前为止同意我的考虑的话，还必须考虑很多问题，一个国家在目前为止还不存在法律学术界对司法监督的情况下应该采取什么样的措施。我目前认为至少要满足三个条件。第一必须建设一个具有高专业水平的法官队伍，因为只有这样才能和法律学术界展开有建设性的批评式的对话。为此也要求一个高水平上的法律队伍，关于这一点我在此次研讨会上不能再详细地讲解。第二个基本条件是，当然也要有数量上同科学水平上同样的一流的高素质法律科学队伍存在。这个条件又回到了法律人才的培训上，因为只有法律人才的培训的范围内才能发现真正有天分的人才，才能为在高水平上工作的法律队伍招募人才。第三个基础条件是技术形式，它可以使三个条件最快最简单的实现。它必须为公开法院的判决专业性地建立公布机构，而且应该建立整个中国的法律人员都会看的专业刊物，在这种刊物里来自全中国的记者都会对阐述的问题和一定的法院的判决的公正性和非公正性发表看法。在德国存在着对最高法院无一例外的几个判决汇编，在这些汇编里有重要的判决。除此之外我们还有大量的在全德国发行的法律杂志，这些杂志是全国都可以读到的，而且里面刊登的是来自全德国的记者的文章，这当然椰油对高等法院的判决进行深入研究和对对其进行批评的评述。当然不可能所有的法院判决都公开，这也是没有必要的，因为很多的判决是常见性的熟练案件，他们的法律行为几十年来在细节上是非常明显的和毫无争议的。重要的是，每一个白该重要法律问题的判决无论如何原则上是应该分开的，这样就会引起法律学术界的评论。既有专门的各个高等法院判决的汇编，又有可以刊登那些由于某种原因不能在官方的汇编中采纳的判决的法

律专业杂志，这是最好的。

二、

要想有这种专业杂志，全中国的法律研究者都可以就判决以更详细和更评判性地研究，我个人认为还要进一步推动中国现有的更接近与美国的体制。然后专业刊物由各个系（法律院校）负责。象美国的事例所表现的那样，现有的刊物更多的一些基础性的讨论，而很少有针对性具体的研究。因为具体的审判问题被在大学里的研究者更多的是看成单纯的实践问题，而没有经常地去研究。与此相对应，在德国正在广泛应用的可以同时刊登法院判决和法律学术性文章的法律刊物的形式为此展示了一个好的解决办法。这种并存自身在一定程度上就达到了这样的问题，法院会就他们的判决和法律学术界的观点进行辩论，法律学术界也会在他们的论文中更多的考虑到法院的判决，从而逐渐形成了在司法和法律学术界之间非常重要的批判式的对话。