

简论司法解释的违宪审查 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E7_AE_80_E8_AE_BA_E5_8F_B8_E6_c122_484682.htm 【摘要】从我国的司法解释的体制来看，我国的司法解释不同于西方国家，具有“准立法”的性质，而且现实中存在大量的司法解释销蚀宪法和法律的现象。故笔者认为在中国目前的社会现实下应该重新定位违宪审查，对我国“两高”的司法解释进行违宪审查 【关键词】司法解释 准立法 违宪审查 司法独立 不论是从违宪审查的理论界还是世界各国违宪审查的制度设计来看，本文的题目都颇显怪异。因为无论是哪国的法学理论家还是哪国的法律实践家可能都不会觉得需要对法院的司法解释进行违宪审查，何况在许多国家法院就是进行违宪审查的机关。笔者窃以为，理解这个问题必须首先要洞悉中国的司法解释之体制和司法解释之性质。“任何有特色事物的形成，可能更多的不是一种预先设计的结果，而是一种经验性的事实，因此其存在的合理性并不在于逻辑而在于事实”[]。我国的司法解释就是这样颇具特色的事物。 一．我国司法解释性质之定位 从我国司法解释的历史来看，我国的司法解释体制也经历了一个演化的过程。在相当长的一段时期内，“许多国家机关,如:全国人大法工委、公安部、司法部、财政部、国务院侨办、卫生部以及中央纪委、中央政法委甚至全国妇联等不具备司法解释主体资格的机关、社会团体也参与或单独作出司法解释”[]。司法解释缺乏严肃性和权威性，异常混乱。之后，通过1981年修改后的《人民法院组织法》、全国人大常委会制定的《关于加强法律解释工作的决议

》以及1987年3月31日最高人民法院制定的《关于地方各级人民法院不应制定司法解释性文件的批复》等一系列的法律、法规和规范性文件，才确立了中国目前的“二元一级”的司法解释体制。这种司法解释体制的涵义是：司法解释权是最高人民法院和最高人民检察院的专属权力，其它任何机关、团体、个人都不得进行司法解释。其实，司法解释的发展演化历史和其中所涉及的法律、法规以及规范性文件同时也是司法解释存在的合法性依据，尽管有不少人提出质疑。我国的司法解释既不同于普通法系法官不得脱离具体案件对法律进行抽象解释，也不同于大陆法系其它国家的司法解释。我国大量的司法解释并不是在具体应用法律时所作的解释，而是在没有具体对象和具体案件时作出的一种解释，即直接对某一法律作系统全面的解释。在目前中国的司法解释中，最高法院的规范解释起着与法律同等重要的作用，是中国法院和法官每天办案的直接依据[]。比如，《刑事诉讼法》共225条，而最高人民法院《关于执行 中华人民共和国刑事诉讼法 若干问题的解释》则有367条、最高人民检察院发布了多达428条的《人民检察院刑事诉讼规则》；《民法通则》共156条，最高人民法院发布了《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的解释》有200条；《民事诉讼法》267条，最高人民法院《关于适用 中华人民共和国民事诉讼法 若干问题的解释》多达320条；《继承法》共37条，而最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国继承法 若干问题的解释》一次性解释即达64条；《行政诉讼法》仅75条，最高人民法院发布的《关于贯彻执行 中华人民共和国行政诉讼法 若干问题的解释（试行）》则多达115条[]。仔

细研究可以得知，这些司法解释不仅仅是对其所依附的法律的说明和释义，而且还进行修改、创制和补充。有些在效力上甚至超过其所依附的法律，导致法律被架空。由此可见，不论是从形式上还是从内容上，这些司法解释很明显具有“准立法”的性质。

二．传统违宪审查含义之突破

违宪审查首先发端于北美，后波及欧陆。迄今为止，几乎所有的立宪主义国家都有自己的违宪审查制度和违宪审查机构。如，美国的违宪审查机构是联邦最高法院；法国的违宪审查机构是宪法委员会；德国的违宪审查机构是宪法法院。从这些国家的违宪审查实践和制度设计的目的来看，违宪审查主要是用来审查立法机关的立法和行政机关的具体行政行为 and 抽象行政行为，以期达到限制公共权力机关的权力和保障公民权利的目的。

就我国现有的状况来看，可以说我们只是处于“宪政主义的初级阶段”。我国违宪审查制度的设计还仍旧处于一个选择的“十字路口”。自从《行政诉讼法》颁布以后，法院可以对政府针对个人的具体行政行为进行司法审查，至今已经算是有了较为健全的行政诉讼制度和机制。可是对于立法机关的立法行为和行政机关的抽象行政行为却一直没有建立一个良好的制度[]，以至于让象《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》这样的违反宪法和法律的行政法规长期存在达十余年。

传统的违宪审查其审查的对象主要是立法机关的立法以及行政机关的具体行政行为 and 抽象行政行为，至今笔者亦没有听说有哪个国家的违宪审查机构去审查法院的行为。其原因主要是由法院作为司法机关的性质所决定的。司法机关不象立法机关那样掌握强大的立法权也不象行政机关那样掌握执行权，司法机关仅仅具有判断的权力。司法权在这

三者之中最弱，也最不会侵犯公民权利。也正因为如此，美国把进行违宪审查的权力交给了联邦最高法院。相比中国，这种理论显然行不通。笔者以为，研究和设计一项制度需要具有一定的前瞻性，但是更要植根于本国既定的和已然存在的社会现实。违宪审查发端于北美，却演绎出欧陆的各种模式即已充分说明。我国的现实是什么呢？现实是我国的最高人民法院和最高人民检察院的司法解释明显侵犯了全国人大及其常委会的立法权，不具有合法性，甚至违宪。可现实又是在中国目前立法不敷现实需要的“国情”之下，这种具有“准立法”性质的司法解释又具有一定的合理性和必要性。基于此，这种“准立法”性质的司法解释可能还会长期的存在下去。既然如此，那又为何不把这种“准立法”性质的司法解释纳入违宪审查的范围呢？现代西方的宪政主义国家没有把司法机关的行为纳入违宪审查的范围是因为司法权确实是三权之中最弱的，司法机关也没有象中国的“两高”这样具有制定这种有普遍约束力的有法律性质的准立法性质的文件的权力，也没有侵犯公民宪法和法律权利的能力。可中国的现实并非如此，两高的司法解释侵犯公民宪法权利、违反法律的现象并非不存在。难道我们能因为拘于传统违宪审查理论的束缚而放任这些现象的存在吗？

三．对司法解释进行违宪审查之必要性很明显，对司法解释进行违宪审查的必要性起源于我国司法解释的“准立法”性质和司法解释存在违反宪法和法律的现象。否则，也就没有必要浪费笔墨。笔者拟从对司法解释进行违宪审查所具有的现实意义来考察其必要性之所在。

1．对司法解释进行违宪审查有利于维护我国宪法和法律的权威 长期以来，我国“两高”的司法解释名

义上受全国人大常委会的备案审查。可是，由于没有一个正式的审查程序和制度存在致使“两高”的司法解释有许多是违反宪法和法律的。如果不对这些违宪和违法的司法解释进行审查，那么宪法和法律的权威将继续被消解，建设法治国家的梦想将终成水中月、镜中花。

2．对司法解释进行违宪审查有利于保障公民的宪法权利 两高的司法解释侵犯公民宪法权利的现象也是不胜枚举的，例如最高院的一纸司法解释还可以剥夺公民的宪法权利，比如最高院以司法解释的形式要求各级法院不受理某一种类的案件，这就事实上剥夺公民宪法所保护的申诉权、控告权和检举权，将一些社会纠纷拒之门外，导致公民投诉无门，任凭一些简单的民事纠纷酿成重大的刑事案件甚至严重的政治事件[]。

3．对司法解释进行违宪审查有利于维护我国法制的统一 现代法治国家的一个重要标志就是这个国家内的所有的法律（广义）都不得同宪法相抵触，同宪法的精神相违背。这也是违宪审查制度建立的一个重要目的所在。将司法解释纳入违宪审查的范围之内有利于消除同宪法和法律相违背的司法解释，维护国家的法制统一。

四．对司法解释进行违宪审查与司法独立 司法解释是法官和法院对法律条文的解释和说明。为弥补制定法的不足，补充制定法的漏洞，法律解释被认为是一种恰当的方法。法律解释应当通过法官来进行，因为他是从法律文字走向活生生现实的中介，是法律正义的最终体现[]。由此看见，从司法解释的本来涵义上来说，进行司法解释是法官的天职，法官要想适用法律必须首先进行解释。这是一种既存的事实，而不取决于人们是否承认。既然如此，有一种担心就是必要的。对司法解释进行违宪审查是否会影响司法独立呢？因为

对司法解释进行违宪审查的机关肯定不可能是法院或法官本身，否则就会造成法官既当裁判又当球员的角色冲突。笔者认为，对“两高”的司法解释进行违宪审查不会影响到司法独立[]首先，司法独立指的是司法权或者审判权的独立。从实然的法律层面来看，也就是我国宪法第126条所规定的，人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。而我国两高所行使的司法解释的权利已经远远的超出了审判权的范围，而具有立法的性质。而世界上尚且没有一个国家规定立法权是可以独立的。其次，违宪审查机关所审查的并不是法院所行使的司法权，而是法院所行使的司法解释这种具有准立法性质的权力。这完全不同于前些年曾盛行一时的人大对法院的“个案监督”。因此，笔者认为，从违宪审查机关所审查的对象---准立法权而非司法权以及我国“两高”所行使的司法解释权的性质来看，对“两高”的司法解释进行违宪审查均不与司法独立的原则相违背。由此，那种认为对司法解释进行违宪审查将会破坏司法独立的担心也是多余的。

五．司法解释的违宪审查之路径探索

2005年年12月16日，12月16日，十届全国人大常委会第四十次委员长会议通过了《司法解释备案审查工作程序》，这无疑有助于中国违宪审查制度的建立。可是，这毕竟与真正的违宪审查制度相去甚远，这个备案审查的工作程序也比较简单。对于中国将来要建立的违宪审查制度，学者多有设想。有的学者认为应该学美国由最高人民法院进行违宪审查；有的学者赞同欧陆模式，主张建立一个独立于其他一切机构的包括全国人大的宪法法院；也有的学者认为应该在全国人大常委会之下设立一个宪法法院（或者叫做宪法委员会）

。笔者认为王振民教授的思路比较可行即在全国人大（而不是全国人大常委会）之下设立一个违宪审查机构来专职进行违宪审查[]。故对于司法解释的违宪审查也应该由全国人大之下的这个违宪审查机构来实施。但是，根据王教授的设计，彼时的全国人大常委会将不同于此时。全国人大常委会将专职立法，那时全国人大常委会的立法将比现在更加完备和可行。这种准立法性的司法解释将有可能不复存在，那么也就没有审查的必要了。【注释】[]梁治平主编：《法律解释的问题》法律出版社1998年版第180页[]姜孟亚、盖世梅：《我国司法解释现状研究》载《中共南京市委党校南京市行政学院学报》2004年第四期[]陈春龙：《中国司法解释的地位与功能》载《中国法学》2003年第一期[]蒙柳万勇：《论我国的司法解释》载《行政与法》2003年4月[]王振民著：《中国违宪审查制度》中国政法大学出版社2004版第13页[]王振民著：《中国违宪审查制度》中国政法大学出版社2004版第13页[][美]本杰明·卡多左著，苏力译：《司法过程的性质》，商务印书馆2000年版，第1-60页。[]司法独立是否包括检察独立尚有争论，本文无意涉及[]王振民著：《中国违宪审查制度》中国政法大学出版社2004版第13页【参考文献】1．梁治平主编：《法律解释的问题》法律出版社1998年版2．王振民著：《中国违宪审查制度》中国政法大学出版社2004版3．[美]本杰明·卡多左著，苏力译：《司法过程的性质》，商务印书馆2000年版4．张文显主编：《法理学》高等教育出版社北大出版社2004版5．姜孟亚、盖世梅：《我国司法解释现状研究》载《中共南京市委党校南京市行政学院学报》2004年第四期6．陈春龙：《中国司法解

释的地位与功能》载《中国法学》2003年第一期 7 . 蒙柳 万
勇：《论我国的司法解释》载《行政与法》2003年4月 100Test
下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com