

季卫东:最高人民法院的角色及其演化 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E5\\_AD\\_A3\\_E5\\_8D\\_AB\\_E4\\_B8\\_9C\\_\\_c122\\_485740.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_AD_A3_E5_8D_AB_E4_B8_9C__c122_485740.htm) 另类分权制衡与司法独立的悖论 从比较法学的角度来看，中国的审判制度以及最高人民法院的定位具有非常鲜明的特征。按照宪法和法院组织法的规定，最高人民法院是国家的最高审判机关，1因而也是各种诉讼活动的终点；在最高法院做出判断之后，原则上不应再留有继续争执的余地。但是，在现行体制下，最高人民检察院作为国家的法律监督机关，实际上仍然有权对最高法院的生效判决提出审判监督的抗诉并可能引起对终局裁判的重新审理，并且不受时效限制。2就这一意义而言，检察权似乎仍然保留着苏维埃式法律体系中“检察优势”的风格，归根结底要高出审判权一头，至少是还没有完全确立审判权在法制运作方面的优越地位。3更有甚者，在办理刑事案件时，必须坚持法院、检察院以及公安机关互相分工和制衡的原则，4这公检法三权（或者再加上司法部，称为“公检法司”四权）之间的关系似乎并不存在优先劣后的差异；有时还能发现作为专司犯罪搜查和社会治安的行政部门的公安机关反倒更有实力的某些迹象。以警察和检察（实际上还要加上不同形式的监察）来共同防止审判活动的失察，这就是中国式司法公正保障的基本原理，不妨理解为通过权力对规范秩序进行一元化整合的传统在当代的具体表现。也可以说，中国式法律秩序赖以协调一致的机制实际上是“行政审查（administrative review）”，并非“司法审查（judicial review）”。另外，宪法所标榜的审判权独立的概念涵义，仅限于

法院审案不受行政机关、社会团体和个人的干涉，<sup>5</sup>并没有约束立法权恣意的旨趣；恰恰相反，宪法明文规定了法院必须对产生它的国家权力机关负责，<sup>6</sup>地方人大组织法也肯定各级人民代表大会常务委员会乃至人民代表有权监督相应级别的法院，受理相关的申诉和意见。<sup>7</sup>最高法院本身还专门发布司法解释，要求各级法院主动接受人民代表大会方面的监督。<sup>8</sup>这就为立法权堂而皇之干预审判权、代议机构对司法机构进行法外的“个案监督”打开了方便之门。<sup>9</sup>另外，法院组织法指出上级法院对下级法院的审判活动也拥有监督权。<sup>10</sup>不言而喻，最高法院则有权监督全国各级地方法院和专门法院<sup>11</sup>。因而审判权独立是一种有限司法独立，只意味着法院系统相对于外部除代议机构之外的其他部门或团体的整体自主性；在法院内部，个别审判权之间并不存在区隔或相克的关系。这里其实面临某种很深刻的两难处境：如果没有法院系统的团结和最高法院的监督权，审判权往往很难抵御外来的干涉；但这样的监督权，也有可能特定条件下反戈一击，转变成法院系统内部压制各个法官自主性的行政性手段。还有必要指出一点，与法院对同级人民代表大会及其常务委员会负责的制度安排相关联，各地方法院的人事和财务基本上都取决于当地的国家权力机关和行政机关。<sup>12</sup>其结果，最高人民法院不能像日本最高裁判所那样通过分配予夺、任免升迁等司法行政上的有力操作杠杆来影响所有法官和下级法院，<sup>13</sup>它对各级地方法院和专门法院的监督权难免受到相当程度的限制。以各级审判机关“靠山吃山、靠水吃水”的事态为前提条件，独任法官或者合议庭实际上很难在涉及当地政界、财界利害关系的跨省或跨县的诉讼中保持不偏不倚的公

正立场，司法的地方保护主义的流弊也就难免渐趋严重、屡禁不止；最近甚至还出现了“全国性法院仅剩最高法院一家而已”这样耸人听闻的揶揄。<sup>14</sup>在“各自为阵”的背景下，如何避免最高法院的式微、维持审判的统一也就成为司法改革的“老大难”问题。由此可见，没有采取立法、审判、行政三权分立的政治体制，但却容许在司法机关内部实行公安、检察、审判（或者再加上司法行政）之间的另类分权制衡；没有采取联邦主义的司法体制，但却容许审判组织以地方为单位行事，在客观上弛缓了审判机关内部的垂直监控；这些就是当代中国审判系统中最独特的制度设计。在诸如此类的前提条件下，最高人民法院的活动方式和作用当然也会呈现出一些带有悖论性的征状。例如，人民代表大会至上的原则要求审判机关持司法消极主义的立场，只能严格适用法律、法规，但最高法院在对各类法院、上级法院对下级法院行使监督权、克服审判机关的地方本位主义倾向之际，势必表现出某种司法积极主义的态度，否则不能有效地实施司法行政工作。为了在外界压力较大的状况下维护审判独立，法院必须成为统一的整体，以集团的合力来抵制来自不同方面的干涉；但因为最高法院难以通过人事和财务来增强审判系统内部的向心力，所以不得不采取其他手段来形成和巩固各级法院之间的有机联系。然而这也很容易引起内部压抑和上级干涉，使审判独立在宏观层面与微观层面之间不能保持始终如一的连贯性。本文试图考察中国最高人民法院在上述情境里如何逐步推动司法的体制性改革、改善审判权的地位和作用的制度性举措和策略。一般而言，“攘外必先安内”----要抵制各方面的压力维护司法公正，最高法院首先需要协调内

部的步伐，实现法院系统自身的团结和统一，提高审判机构整体的效率和威信。为此不得不加强对地方法院的统率和监督，以司法行政为手段来确保审判独立原则的落实。因而首先需要分析最高法院如何在资源有限的窘境中“借鸡下蛋”，把不同的制度组件串联在一起并借助改革运动的势头来强化对各级法院的内部监督机制、阻止司法地方主义的潮流。然后再考察最高法院与外部的各种国家机关的互动，侧重讨论审判权与检察权、行政权以及立法权之间的外部权力关系，特别留意造成审判权强化以及最高法院重新定位的各种契机和举措。

责任制、司法解释以及审判监督程序的组合功能

1、最高人民法院的权力边界 在现阶段，中国的最高法院究竟能行使多大的权力、负有哪些责任？根据有关法律规定，最高法院的主要职能活动包括：（1）审判依法归最高法院管辖或者最高法院认为应该由自己审理的一审案件；15（2）审判高级法院和相应等级的专门法院进行一审后的上诉案件；（3）受理对各级地方法院和专门法院已经生效的判决、裁定的异议，必要时进行提审或者向下级法院发出再审命令；16（4）审判由最高检察院按照审判监督程序提起的抗诉案件17；（5）复核死刑判决；18（6）决定对下级法院的管辖不明确案件的指定管辖；（7）监督各级地方法院和专门法院的审判活动；19（8）就审判活动中具体适用法律和法规的问题进行司法解释以及解答，20等等。基本上可以归结为处理诉讼问题（向后看）和宣示审判规范（向前看）这两大方面。从权力结构的安排来分析，因为宪法解释和宪法实施的监督属于全国人大常委会的职权范围，所以最高法院迄今为止无从通过行使法令审查权的方式来扮演“宪法守

护神”这样的重要角色，既不能对法律条文进行德国式抽象合宪性审查，也不能就个案所涉及的法律规范进行美国式司法审查，甚至不能正式对宪法做出有权解释，因而也就无从发挥制衡立法权和行政权等政治上的作用，也难以充分发挥保障基本人权等司法上的作用。在司法行政方面，因为人事和财务的决定权本来不在最高人民法院的掌握之中，所以最高法院对各级地方法院和专门法院的监督权和影响力也受到很大制约。由此可见，按照制度设计者的既有思路，最高法院的功能基本上应局限于审判业务的终极断定以及它本身享有管辖权的那些案件的具体处理。这里值得注意的制度特征是，中国的最高法院不限于处理案件的法律审，也作为一审法院或者上诉法院处理案件的事实审，在很大程度上仍然保留着“必要覆审制”的传统。<sup>21</sup>那么，最高人民法院是不是与台湾地区的“最高法院”同样，要承担极其繁重的具体审判业务呢？<sup>22</sup>根据肖杨首席大法官向全国人大做的法院工作报告，最高法院从1998年到2002年共审结各类案件20293件；在2003年审结的案件数达到3587件，办理案件的数量也并不算太多。<sup>23</sup>可见，无论是定性分析还是定量分析，用“司法消极主义”的术语来描述中国最高法院的姿态都并不是没有根据的。

## 2、法官人数的扩充与监督困境

但人们实际上发现的最高法院却很积极有为，并不受限于审判业务，也并不拘泥于司法职能的各种形式要件。另外，现代中国的审判机关中一直流行的口号是“送法上门”、“让人民满意”。这种主动办案、介入社会的姿态，与西欧现代社会中当事人动员司法（access to justice）、法官坐堂“等案上门”的方式形成鲜明的对照，使得基层法院也呈现出司法积极主义的表象。

在1980年代，最高法院要求各级法院采取“处理一案、教育一片”、“扩大办案效果”的方针，并把通过审判形成政策、改善相关制度条件的设想体现为“司法建议”制度。<sup>24</sup>近年来，随着法制建设的深化，最高法院开始更活泼地就立法问题提出“司法建议”（也称法院的“立法建议”），并推动地方法院也在这方面上行下效，还号召广大法官与时俱进、积极投身于司法体制改革。<sup>25</sup>由于最高法院采取积极姿态并进行了坚持不懈的努力，审判权的地位正在逐步上升。与此同时，司法行政权向中央集中的趋势也日益显著。在这个过程中，法官人数规模的增大以及内部的整合化作业对于话语空间的深刻变化具有重要的意义，并由此引起了一系列的结构调整。众所周知，从1980年代开始，最高法院一直致力于扩大法官职业的容量。“文化大革命”结束后恢复司法功能的初期阶段，中国各级法院人员不足、经费匮乏的问题的确十分严重。<sup>26</sup>为此，在1985--1990年期间，接连三次采取了增加法院编制的措施，详情是85年增加四万两千人、87年增加五万五千人、90年增加一万两千人，使得全国法院的定员从83年的约十五万人扩充到91年的约二十五万人。<sup>27</sup>正是这样数目上的“大司法”系统为法治话语提供了扬声器和回音壁。但在扩大数量规模的过程中，人们也提出了如何保证质量、提高质量的问题。最高法院后来推行审判长选任制，确定精英化的人事方针，就是对质量质疑的回应。尽管如此，以数量取胜的司法“人海战术”却并没有从根本上改变。最近出台的改革人民陪审员制的一些举措，<sup>28</sup>实际上反倒有可能进一步助长“群众审判”的倾向，进一步壮大非专业化的法官队伍。这样数量巨大、质量不齐的状况使法制统一和审判

系统内部的协调均衡变得很难，从而迫使最高法院不能不进一步采取其他手段来加强监控机制。

### 3、司法行政中的责任制原理

在上述条件下，最高法院怎样才能加强对各级法院的掌控，保证审判的统一性和精密性？首先需要指出的是，通过诉讼费留成和管理方式的改革，逐步形成了法院系统财务自立和内部调剂的机制；通过加强严格司法人员纲纪和奖惩措施，逐步使上级法院和最高法院对下级法院的人事考勤获得了较大的发言权和决定权----通观整个司法改革过程，可以发现最高法院已经渐次修正自己的角色定义，加强自己在审判系统内部的司法行政方面的权力。另外，特别值得强调的是承包责任制的传统做法也被最高法院作为加强监控权的基本方式而广泛运用，具体表现为合议庭或者审判长责任制、错案责任追究办法、目标管理模式等等，使前述财务权和人事权的重组始终能够保持必要的、持续不断的约束力。现阶段的司法实践显示，落实责任制的方式主要有两种。一种是行政性方式，最有代表性的是“以审判程序带司法行政”的案件流程管理（traceability of case hearing processes）。这种制度设计把案件审理过程分成若干阶段和环节，分别根据法定审理期限、办案具体要求以及各种程序性作业的内容拟定目标值，不断进行观测、登记、督促和追踪管理。其渊源或许可以追溯到中国传统司法的“循环簿”做法，但在当今则与程序公正的观念联系在一起，<sup>29</sup>被理解为对审判权的“程序化控制”<sup>30</sup>装置。特别是法院之间联网和数码信息技术普及的条件下，案件流程管理与电脑化司法行政相结合有可能大幅度地提高审判的透明度和效率，但同时也有可能形成某种相互监督的可视化陷阱。无论如何，最高法院对各级法院的

监督权会因而变得更富有成效。另一种是运动性方式，例如“以改革举措带日常工作”的关系相机治理（contingent governance of relations），也有助于落实责任制以及司法行政的目标。事实上，最高法院一直在通过各种合乎时宜的司法政策以及其他创意来不断增强各级地方法院和专门法院的向心力和有机团结。在某种意义上可以说，司法改革的进展必须以最高法院的主导权为前提，反过来司法改革的进展本身也必然导致对最高法院的主导权的迫切需求。司法改革意味着一系列制度变迁的运动，会冲击既有的结构，会形成创造性浑沌，会诱发新型的有序化现象，只有在最高法院能够审时度势、果断地进行裁量决断的场合才能避免混乱、达到预期效果。结果司法改革本身也就自觉不自觉地发挥着加强最高法院的监控能力和审判统一的作用。

#### 4、司法解释与审判统一化

其次需要指出的是，最高法院为了在日常活动中有效地运作司法系统，必须维持审判规范的整齐协调。可以说，最高法院进行司法解释的基本功能就是在法律简素、规范多元的背景下确保法制统一，以权威主义的方式建构和维持某种高度集中的解释共同体。最高法院在1987年已经明文禁止地方各级法院制作司法解释性文件，明示只有最高法院才能行使司法解释权；31十年后又颁布关于司法解释活动的若干规定，使司法解释的集权性进一步加强--从此，最高法院各法庭或者部门的意见必须经审判委员会讨论通过才能被称为司法解释，必须是采取最高法院公告的形式发表的那些解释性文件才能具备法律效力，<sup>32</sup>以法庭和部门的名义传达的大量意见和批复被排除在司法解释的范畴之外，“口头司法解释”的存在意义也被否定。根据最高人民法院关于司法解释活动



的若干规定的旨意，司法解释大体上可以分为以下三种类型：第一、“解释”，是指最高法院就立法机关制定的某一实体法或程序法的规范内容，或者就特定的案件类型以及解决倾向性问题中的法律适用，进行具体而全面的解释以及在此基础上形成的审判规范。它的体裁和构成与成文法没有本质上的区别，基本属于法律细则化的范畴，发挥着填补法律空白、消除内容上的暧昧和抵牾、为立法机关提供经验以及规范素材等多种功能。某些司法解释甚至长达十几章数百条，俨如成文法典；第二、“规定”，即根据审判活动的实际需要确立审理案件的标准和规则。这种规定的内容往往与法院内部的业务、事务以及程序性和技术性问题有关，基本上属于审判系统本身活动的规章制度；第三、“批复”，为最高法院对高级法院、军事法院提出的法律适用中的具体问题或者请示的答复意见，有的涉及个案处理，有的涉及司法政策，有的涉及操作规则。以上三种类型的司法解释虽然在抽象程度上有所不同，但内容上的交叉之处不在少数，都对全国各级地方法院和专门法院具有普遍的约束力，在必要的场合这些司法解释都可以作为判决或裁决的根据而引用于司法文书之中。为了保障司法解释的实效，最高法院还规定司法解释的应用状态也属于审判监督的对象，上级法院以及最高法院可以对下级法院以及个别法官是否严格遵守司法解释等职能行为行使监督权。<sup>33</sup>司法解释与审判监督程序的结合对于法院内部的步调统一具有非常重要的意义。除此之外，《违法审判责任追究办法（试行）》、《审判纪律处分办法（试行）》<sup>34</sup>以及督导员制度，也从不同侧面保障了司法解释的约束力以及最高法院在司法行政方面的权威。总之，在这里

我们可以看到某种三位一体的机制成为最高法院对各级地方法院和专门法院进行监督的主要操作装置：（1）作为审判活动统一规范的司法解释，（2）保障这些审判规范的效力的审判监督程序以及相应的纲纪，（3）作为日常性人事考勤的基础和标准的责任制和各种任务指标。没有这些要件的配合，最高法院基本上不能有效地对全国各级法院进行监督，也很难自上而下实施司法行政。因此，在讨论对审判监督程序、司法解释方式以及科层制管理手法等进行改革时，我们不得不把司法行政的需要以及各种功能替代物也纳入视野之中。

5、两种不同的司法积极主义就最高法院的角色作用而言，在三位一体的监控机制中特别有必要分析的构成因素当然是司法解释，特别容易引起意见分歧的也还是司法解释。与关于立法的“司法建议”不同，司法解释在相当程度上可以理解为一种直接的“法官造法”方式，最高法院根据审判实务的需要和具体情境，以行使司法解释权的名义创造规范甚至公民的权利义务关系，使法律和法规的成文不断细则化。在很多场合，司法解释权实际上或多或少侵蚀了立法权的领域，甚至有时难免公然越权的嫌疑。正因为法官是采取立法者的行为方式，所以他们对于解释的限度和制约条件以及推理论证的规则的关心势必有所下降。其结果，审判规范乃至法律的体系性、一贯性不得不有所削弱，而呈现出多层多样的杂糅化构成，与学说汇纂（Pandekten）式的法律解释的整合化原型相去甚远。另外，很多司法解释在相当程度上只不过是一种司法政策而已，其中更被强调的不是法理上的融通无碍以及借助原则和逻辑的和谐演绎，而是实践的绩效以及“目的--手段”式的政策性思考。最典型的实例可以举

出《最高人民法院关于现阶段企业破产案件审理中应注意的若干问题的通知》（法发〔1997〕第2号），这个司法解释在有关行政法规的基础上，把劳动债权与土地抵押权的优先顺序颠倒过来，承认了在妥善安置破产企业职工这一社会政策面前的担保法理相对化。从“司法建议”到“司法解释”，映照出的是某种司法积极主义的姿态。根据司法建议的逻辑，法院似乎只是严格遵守和应用法律，而不得自行创造规范；即使在审理个别案件的过程中发现了制度上的阙失和需求，也只能向立法机关和行政机关提出改进的建议，改还是不改并非法院所能决定。然而，各级法院始终被要求以“目的--手段”的思维方式和制度设计的视角来进行利益考量，并且直接参与关于立法的政治性交涉，这的确是不争的事实。至于司法解释，则是最高法院在一定范围内被容许直接创造规范。两者都体现了司法积极主义的倾向，但司法建议仍然保持着司法消极主义的外表形式，而司法解释则基本上抛弃了那样的外表形式，至少是对审判机关的“解释”的概念内涵和外延在实践中进行了重新解释，对司法解释的各种限制在不同程度上变得较为宽松。从法庭规则的细节到司法审查实践的风波 司法解释涉及最高法院与最高检察院以及全国人大常委会之间的关系。现在就让我们转而从法院外部的权力结构、制度变迁以及对不同机关之间关系的调整的角度来分析最高法院的角色及其重新定义的问题。

### 1、审判权与检察权并列的格局及其改变

最高法院与最高检察院的地位政治是中国法制的基本特色之一，近年来随着司法改革的进展，局势变得更加微妙。在现行体制下，检察院虽然已经不再具备过去那种明显的优势，例如民事检察监督制度被废除，一般性

法律监督的范围也大幅度缩小，但却并没有随之确立明显的法院优越（judicial supremacy）。<sup>35</sup>与西欧式现代法治秩序的架构不同，中国的检察院是与法院比肩并立、分别对人民代表大会负责的。例如最高检察院与最高法院同样可以行使司法解释权，当两者的解释发生冲突时，并不是由最高法院作为司法判断的终极性机关来一锤定音，而需要由全国人大常委会以立法解释的方式解决有关矛盾。虽然各级地方检察院在按照审判监督程序进行抗辩时只能针对下一级法院的生效判决，以示对同级审判机关的尊重，似乎颇有些指向法院优越地位的意思。但最高检察院却有权对最高法院提起监督抗诉，使终极审判权本身却在某种程度上被迫相对化了。因此，以抗辩制为特征的司法改革举措难免在导致审判权抬头的同时，牵涉到检察院如何定位的问题。自1990年代末起，诉讼法学界已经有人公开对检判并列的格局提出质疑，要求确立以法院为中心的诉讼程序。<sup>36</sup>但是究竟应该如何改革，有关方面还没有达成共识。有趣的是，这种地位政治不仅表现在体制的整体设计方面，在审判活动的技术性细节上也有所反映。按照建国以来的传统，在诉讼程序中检察院应该与法院“平起平坐”，在开庭之际检察官应该与法官“同时入庭”，以体现两院的并列和制衡。但是，1990年代后期以来的司法改革却越来越明显地倾向于按照现代法治的国际惯例提升审判权的地位。在该项改革的过程中，值得注意的是全国法庭规则“四两拨千斤”的变革效果以及权力关系改组的象征性意义。以最高法院1994年1月1日颁布实施的一个简洁的法庭规则为分水岭，此后法官从不同通道单独进入法庭；在法官入庭或者宣告判决时，检察官也必须与当事人及其他

诉讼参加者等一同起立。每天重复这样的开庭光景，实际上在不断提示审判权与检察权之间力量对比的微妙变化，标志着终结两院并列时代这一深远的制度变迁的开始。

## 2、人大至上、行政优先以及有限司法审查论

法院与外部权力的关系中非常复杂的是最高人民法院和全国人大常委会（审判权与立法权）相互间如何重新定位的问题，与此相关的还有最高人民法院和行政法规制定机关的权限，并牵涉司法解释与行政解释之间优先顺序。如前所述，中国没有采取三权分立的体制，法院必须对人民代表大会负责并受其监督，在制度层面表现为定期的人事任免和工作报告。<sup>37</sup>虽然最高法院实际上通过司法解释的方式在一定程度上可以创造规范，但无论是理论上还是制度设计上，法院都必须坚持代议机构至上的原则，不能对法律、地方法规进行司法审查。在这个逻辑的延长线上，产生了法院也不能对行政法规甚至制定规则和决定的抽象性行政行为进行司法审查的明文规定。另外，虽然最高法院可以对法律规范进行解释，但这种解释必须局限在与审判活动有关的范围之内，当然更谈不上对宪法文本的解释。由此可见，提升审判权地位的关键是首先把司法审查的范围扩大到抽象性行政行为，以便对行政法规和规则等进行合法性审查；继而争取最高法院有权解释宪法，以便对法律规范进行合宪性审查。近年来最高法院推动司法体制改革也正是在这两个支点上着力。

### （1）司法审查的对象：从具体行政行为到抽象行政行为

当代中国的司法审查制的历史，可以追溯到1989年行政诉讼法第5条。该法规定的司法审查的最大特征是把法院的合法性审查的范围严格限定在具体行政行为，并在第11条中把作为行政诉讼对象的具体行为一一列举出

来，在第12条第（2）项中明确把行政法规、规章或行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定和命令排除在受案范围之外。<sup>38</sup>因为对行政法规、规章以及具有普遍约束力的决定和命令的行政解释也不是具体的行政行为，何况所有抽象行政行为都在一定程度上带有执行法律规范并对其内容作出行政性解释的属性，所以在逻辑上法院对行政解释也不能进行审查。换言之，在这里行政解释比司法解释具有优越性，是有悖现代法治主义原则的。最高法院在1991年发布了关于贯彻执行行政诉讼法的试行解释，不仅进一步明确了具体行政行为的边界，也开始对审判权与行政权之间的关系进行一定程度的改良。例如这个司法解释对行政诉讼法第12条第（4）项的不受理情节进行狭义解释，使行政法规，地方法规以及规则中规定的行政最终裁决的内容成为司法审查的对象。<sup>39</sup>另外，该解释还规定，关于所有权、使用权的归属的行政决定，即使具有普遍约束力，如有不服也可以提起行政诉讼。<sup>40</sup>至1993年，最高法院又以司法解释的形式明确指出，法院在审理行政案件时不适用与法律和行政法规相抵触的地方性法规。<sup>41</sup>当然，我们不会认为这就等同于容许对地方法规进行司法审查。但却不妨说，正是这个司法解释为过渡到对抽象行政行为以及地方法规进行司法审查的阶段提供了重要的契机或桥梁。最高法院在2000年废止了关于贯彻执行行政诉讼法的试行解释，以一个新的文件取而代之。就行政诉讼法的继续形成而重新制订的这个司法解释对抽象行政行为的概念进行了进一步限制，在涉及受理范围的地方不再采取“具体性行政行为”的说法，而改用“行政行为”这样的一般性表述。<sup>42</sup>虽然该解释仍然对抽象行政行为的司法审查

进行限制，但与此同时，对法律和行政法规制定机关本身的合法性监督显然有所强化，并或多或少导致对司法审查进行限制的那些制度条件的变化。例如在1999年通过的行政复议法，在对具体行政行为进行复议的大前提之下，把一部分抽象行政行为---作为具体行政行为根据的行政部门和地方各级政府的规定（但部门规章和地方政府规章除外）---也当作行政复议的对象。复议机关对这些抽象行政行为的判断有可能成为行政诉讼的对象，这时法院是否受复议机关的判断的约束就成为重要的问题。在一定场合或许会引起对抽象行政行为进行司法审查的态势，欲罢不能。另外，司法实践中也出现了针对抽象行政行为并导致法院进行相应审查和判断的个别案例<sup>43</sup>。尽管如此，2000年公布的立法法第90条只承认最高法院在认为行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例与宪法和法律相抵触时有权以书面方式向全国人大常委会请求审查，还是没有承认最高法院的法令审查权。（2）司法审查的理由：从履行国际义务到行使宪法解释权 在中国加入世贸组织之后，按照自由市场的准则对国内法律和法规进行修改、补充以及废除的作业已经成为国际承诺，在审判具体的案件中对抽象行政行为进行司法审查也属于成员国的义务之一。以此为背景，“有限司法审查”<sup>44</sup>论在中国法学界乘势而起、流布甚广，把抽象行政行为纳入法院审查的范围内的理论主张正在逐步成为通说。<sup>45</sup>在这种议论的延长线上，还出现了从限制立法权的角度提倡全面引进司法审查制或者把全国人大常委会的违宪审查与最高法院的违宪审查结合起来的各种意见。<sup>46</sup>无论如何，实行某种形态的司法审查制的必要前提是确立法院在解释法律方面的优势地位，为此，首

先必须承认法院有权对宪法文本做出解释，也就是说，最高法院有充分的理由在处理私人纠纷之际根据保障基本人权的需要的进行宪法判断。

3、以选择适用权为媒介对地方法规进行司法审查的可能性 如前所述，当代中国最高法院的司法解释，迄今为止不包括宪法解释。虽然中国的宪法和法律并没有禁止法院解释宪法，但明确规定有权解释宪法的只是全国人大常委会。（1）寻求审判机关解释和适用宪法的理由 为了创造审判机关解释宪法的条件，部分学者把宪法解释区分为立法性解释和司法性解释这两种类型，主张把司法性宪法解释权授予最高法院，甚至还有人主张应该使最高法院成为唯一的宪法解释机构<sup>47</sup>。最高法院自身也试图争取扩大司法解释的权限范围以适应日常性审判工作以及司法体制改革的需要。2001年8月13日发布的关于齐玉苓案的司法解释（法释〔2001〕第25号）虽然不能简单地等同于宪法解释，有关机构和人士也再三强调最高法院并无越权行为，但承认关于教育权的宪法条文可以作为民事案件的审判规范适用于私人关系的司法解释的确属于一种宪法性判断，并为法院借助法律规范的选择适用权进行法令审查以及司法性宪法解释打开了制度通道。（2）有限司法审查在地方的尝试和波及效果 在2001年第25号司法解释发布之后，全国各地出现了一些宪法性诉讼以及各级地方法院进行司法审查的尝试。<sup>48</sup>其中影响最大的是河南省洛阳市中级人民法院李慧娟法官做出关于地方性法规因违反全国性法律而无效的判断后受到撤销审判长职务和剥夺法官资格的严厉处分的事件。<sup>49</sup>李慧娟法官不服处分，直接向最高法院提出申诉。为此，最高法院行政庭庭长孔祥俊法官发表了以下见解：“立法法以及其他有关法律



规定不同法律规范的效力等级及选择优先适用的法律规范的规则的目的和功能，就是交给了执行机关自行解决规范冲突的钥匙，赋予直接的选择适用权。……法院在不一致或者相冲突的法律规范之间作出选择时，能否直接说明选择适用的理由，如下位法某某规定与上位法某某规定相抵触，甚至说明与上位法相抵触的下位法的规定当然无效？从裁判应当说理的角度而言，如果法院在不一致或者相冲突的法律规范之间进行了取舍，当然应当在裁判理由中阐明取舍的原因和依据。但是，由于各地司法环境差异较大，一些法院因在裁判文书中评判下位法(如地方性法规)与上位法的抵触而受到责难，或者其自身因担心受到责难而不敢在裁判文书中进行选择适用的评价，致使说理不充分或者未予说理。这些问题实际上都不属于是否应该在裁判理由中作出评价问题，而是司法环境的外部影响问题。出于保护法官的需要，可以不要求不适用下位法的裁判文书必须作出如此直言不讳的说理。同样，法官为自我保护的需要，在裁判理由的措辞中应当审慎，尽量避免使用诸如与上位法抵触的下位法规定无效之类的刺激性较强的字眼。随着法治水平的提高和司法环境的改善，相信这种问题会逐步得到解决”。<sup>50</sup> 特别值得注意的是，孔祥俊法官在这篇文章中提出了如下两个观点。第一个观点，法官虽然必须服从法律规范，但这种服从应该是“有思考的服从”，而不是盲目的服从。不言而喻，法官行使选择适用权就是“有思考的服从”的具体表现。另一个观点，按照立法法的规定，法官理所当然可以在一定程度上拥有认识和解决法律规范冲突的权限，但在作出法规抵触的判断之前必须尽量进行合法化解释。从这样的观点可以推论：关于具体

案件的法律判断必须从法律体系整体中寻找根据，而维持法律体系整体的统一性、整合性正是法官的使命，所以法官不能不享有对各种法律规范进行审查和解释的权利。另外，地方法院的法官们也以李慧娟事件为契机，提出了改革司法体制的要求，并开始探讨在审判中处理规范冲突的方法和程序<sup>51</sup>。（3）在司法审查与立法审查之间徘徊的公共选择 最高法院处理李慧娟法官的申诉时所采取的立场是承认法律规范的选择适用权，并支持李慧娟法官的判决主旨。这一立场以“关于河南省汝阳县种子公司与河南省伊川县种子玉米代繁合同纠纷一案请示的答复”（2004年3月30日发布）的形式作了明确的阐述。此后，河南省人大常委会制定了“河南省《中华人民共和国种子法》实施办法”，同时废除了与种子法相冲突的农产品种子管理条例；洛阳市中级人民法院也撤销处分决定，向李慧娟法官发出了复职通知书<sup>52</sup>。有理由指望今后的司法体制改革将以法规选择适用权为媒介或者杠杆，逐步赋予法院在确定准据规范的同时对有关规范的合法性、合宪性进行审查的权限。但是，全国人大常委会在2004年5月设立法规审查备案室的消息表明，中国的国家权力机关将继续坚持立法机关对合宪性、合法性进行自我审查的既定方针，近期内（至少是在第二次法院五年改革纲要所涵盖的2005--2010年这段期间内）司法审查的射程仍然不太可能涵盖全国性的法律和行政法规。司法改革必须突破体制的瓶颈按照1999年颁布实施的“人民法院五年改革纲要”的规划，纲要中提出的39项任务应该在2003年底以前完成，总结经验有关经验之后立即进入司法改革的第二阶段，推动法院体制的全面转型。2003年12月召开的全国高级法院院长会议传出

的消息以及各地法院的报告向社会宣告：前述五年改革纲要的各项目标已经基本实现。<sup>53</sup>但是，酝酿了两年多的第二次五年改革纲要，却迟迟没有出台。延宕和忧郁的原因并不难理解，这就是法院改革已经遭遇现行司法体制的障碍，如果不改造权力结构，法院改革的方向、步骤和具体内容就很难确定。虽然在2003年第10届全国人大第1次会议期间已经提出了关于设置司法改革委员会的两个代表议案，后来还为此召开了高层特别会议，但“只听楼梯响，未见人下来”；虽然最高法院、最高检察院以及司法部分别组织了司法体制改革研究小组并各自草拟建议方案，<sup>54</sup>但这些方案的全文尚未公开发表；虽然其中有些举措已经开始付诸实行，但基本上都是从技术上完备现行制度，并没有发生重大的结构性变化。在有关司法改革的新近报道中，值得特别关注的是最高法院提出的初步方案，以“司法权力的地方化、审判活动的行政化、法官职业的大众化”来概括现行司法体制的弊病，为解决这样的“三化”问题，提出了八大改革任务。例如通过建筑地方法院系统与全国性法院系统的审判权双重结构、另行划拨司法经费、收回委托高级法院行使的死刑复核权等举措克服司法的地方保护主义偏向；通过导入法官身份保障制加强司法独立，并研究职业法律家一元化的可行性；改革审判监督制度和再审程序；成立少年法院；等等。这些改革任务的确都具有重大的现实意义。但是，如果不对立法权、审判权以及行政权的关系进行较彻底的改组，上述举措能否贯彻到底、能否引发预期效果，还是难免令人生疑。在这个意义上可以说，最高法院是否有权进行宪法解释并把司法审查的范围扩大到抽象行政行为乃至法律和法规，就是今后司法

改革能否突破瓶颈、进入新阶段的一块试金石。毋庸讳言，司法体制改革的确是一个敏感的政治问题。但是，如果不承认最高法院适当发挥积极的政治功能，司法体制改革难免胎死腹中或者夭折的命运。这并不是说审判权必须介入政治性决策，更不意味着把“司法政治化、政治司法化”作为法院发展的方向，而仅仅强调法院、特别是最高法院在审理具体案件的过程中有可能及时洞察某些少数意见将转变为多数意见的社会趋势，从而可以提前在制度框架中表达这种少数意见、促进对少数意见的政治认知、使公共决策更加明智而富有弹性，避免多数派的专制和僵化以及代议机构因讨价还价的妥协而造成的盲点。实际上，这样的政治功能与法院的现有职权定义并不矛盾。一般而言，审判机关的作用包括两个基本方面，即解决私人之间过去发生的纠纷和指导私人之间未来的行为。后一个方面的作用涉及权利以及法律规范的宣告和创造，需要进行政治性判断。正因为法院在一定程度上可以使法律规范继续形成和完备甚至导致新权利、新政策的诞生，所以围绕审判的社会互动才有意义，司法参与才成为公共课题。中国社会依然处在转型的历史性巨变之中，但依法治国已经成为共识和国政方针----在这样的状况下同时强调变法与守法的结果，只能是大幅度增强最高法院在政治生活中的权威和功能。注释：1 《宪法》第127条第1款、《人民法院组织法》第30条第1款。2 以《宪法》第129条、《人民检察院组织法》第18条为根据。3 关于在现代法治中确立审判权的优越地位的意义，高柳贤三著《司法权的优位----理论和实践》（东京，有斐阁，1958年改定版）中进行了详尽的评述。4 《宪法》第135条。5 《宪法》第126条。6 《宪法》

第128条。7 《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第44条第(6)项。在理论上,人大对法院的监督功能不涉及具体案件的纠正,参阅蒋惠岭:《论权力机关对法院的监督》,载《人民司法》,1995(10)、蔡定剑:《中国人民代表大会制度》,373页,北京,法律出版社,1996。8 见最高人民法院《关于人民法院接受人民代表大会及其常务委员会监督的若干意见》(法发[1998]第26号)。9 对于个案监督,法学界的意见分歧很大。参阅王凡:《浅议地方人大的个案监督》,载《现代法学》,1998年第1期;王晨光:《论法院依法独立审判权和人大对法院个案监督权的冲突及其调整机制》,载《法学》,1999年第1期;谢鹏程:《人大的个案监督权如何定位》,载《法学》,1999(9);“人大怎么监督司法”特集,《法制日报》,1999--10--20。10 《人民法院组织法》,第30条第2款。11 关于最高法院监督权的概念内容,Cf. Susan Finder,"The Supreme Peoples Court of the Peoples Republic of China",in Journal of Chinese Law Vol.7 (1993) pp.163 ~ 164. 监督既是权力,也是责任,所以在中国曾经出现过1200名公民以最高法院对下级法院监督不力为由提起损害赔偿诉讼这样极其离奇的案件,详见报道《1200人为何“错告”最高人民法院?》,载《?望东方周刊》,2004年6月2日号。12 准确的表述是“双重领导,地方为主”。自1988年底开始,最高法院一直试图推动以加强上级法院权限为宗旨的改革实验,但迄今为止基本格局并没有改变。参阅郭纪胜:《法院管理概论》,154~155页、217页以下,北京,人民法院出版社,1992;王利明:《司法改革研究》,169页以下,北京,法律出版社,2001,修订本;蒋

惠岭：《司法权力地方化之利弊与改革》，载《人民司法》，1998（2）；王旭：《论司法权的中央化》，载《战略与管理》，2001（5）。其中因地方财政困难而采取的承认诉讼费用留成的权宜之计，虽然造成了许多负面影响，但却在一定程度上改变了原有的法院经费制度，增强了法院系统的独立性和内部联系。有关问题和相应的改革举措，参阅沈德咏：《应建立与市场经济相适应的法院体制》，载《人民法院报》，1994--6--6；最高人民法院：《关于集中部分诉讼费用具体解缴事项的通知》，1996--9--6；《人民法院诉讼费用管理办法》（财公字〔1999〕第406号）；《人民法院诉讼费征收办法》（法发〔1999〕第21号）等。13 关于日本最高法院事务总局通过人事和财务保障审判系统的集权性和统一性，参阅汪振林：《法官的“顶头上司”--日本最高法院事务总局研究》，收左卫民编：《最高法院研究》，195页以下，北京，法律出版社，2004；野村二郎：《最高裁判所---司法中枢的内侧》，东京，讲谈社，1987年。对这种状况的批评以及改革设想，参阅座谈会“最高裁判所的机构改革”，载《法律人》，第72号（1954年）；三月章：《最高裁判所论议的焦点》，收《民事诉讼法研究》，第4卷，东京，有斐阁，1967年；田英夫：《最高裁判所论---初步的研究》，东京，日本评论社，1971年。14 参见《2004司法改革前瞻：让司法机关不再制造民怨》，载《法律与生活》，2004（1）。15 《人民法院组织法》第12条第4款、《刑事诉讼法》第22条、《民事诉讼法》第21条、《行政诉讼法》第16条。16 《人民法院组织法》第14条第2款、《刑事诉讼法》第205条第2款、《民事诉讼法》第177条第2款。17 《人民法院

组织法》第32条规定了以上四项职能活动，另外参见《人民检察院组织法》第18条。18 《人民法院组织法》第13条、《刑事诉讼法》第199条。19 《宪法》第127条第2款、《人民法院组织法》第17条第2款和第30条第2款。20 《人民法院组织法》第33条、《全国人大常委会关于加强法律解释工作的决议》第2条。关于上述职能活动的细节，参阅傅郁林：《论最高人民法院的职能》，载《中外法学》，2003（5）。21 自唐代以来确立的一项很重要的中国式审判制度是，根据案件的重要性提升行使决定权的级别，大案要案必须不等上诉自动在不同审级进行多次开庭，上级机构对该案的事实认定和法律适用进行全面审理。这样的做法被日本东洋法制史学者滋贺秀三教授表述为“必要覆审制（the obligatory review system）”。概念内容的定义，见滋贺秀三：《清代中国的法与审判》，23～24页，东京，创文社，1984。22 据日本的中国法研究者铃木贤教授的调查报告，台湾地区“最高法院”在2001年受理案件1万3000件，加上前年度未审结的案件1万余件，共有2万3000余件需要处理；终极审判结构除最高法院外，还有最高行政法院以及公务员惩戒委员会，三者拥有的法官人数合计100余人。铃木贤：《台湾的法律人制度》，收广渡清吾编：《法律人的比较法社会学》，228页，东京大学出版会，2003。23 最高人民法院现任法官的精确人数没有公布。根据1988年的统计，中国最高法院的总人数是750余名，其中具有法官资格的有300余名（据《人民法院年鉴》1988年卷934页）。受上层人员编制所限，这十六年间的变化幅度不至于太大。到2003年底为止，最高法院院长和副院长（均为大法官）的人数是10位，审判机构的庭长有8位，

但加上立案和执行等业务部门的负责人则为11位，因此真正行使终极判断权的最高法院法官的人数当在20余位左右，理论上平均每人每年审结大约170余件案件，与日本的情况颇类似。但值得注意的是，上述中国大法官的主要职能并不是审理具体案件。作为参照物，我们不妨比较一下其他国家最高法院或者联邦控诉法院审判案件的数据。德国联邦法官495人（其中一般法审判系统249人、行政法审判部门64人、财政法审判部门60人、劳动法审判系统32人、社会法审判系统46人），在1999年共审理除刑事诉讼外的上告审案件16047件（其中一般民事案件5685件、行政案件3001件、财政案件3179件、劳动案件1932件、社会保障案件2250件）。美国联邦最高法院法官9人、联邦控诉法院法官153人，在1997年审理控诉审案件为刑事10521件、民事35414件。据广渡清吾编：《法律人的比较法社会学》，416页、422~423页。日本最高裁判所由法官15人、具有法官资格的调查官30余人、司法研修所教官40余人、事务总局官员50余人、法务省等行政机关排遣官员114人以及职员700余人组成，总计有上千人的规模；每年由大小合议庭审理的上告案件为2000--3000件，平均每个最高裁法官每年审结的案件数是150件。据野村二郎：《最高裁判所----司法中枢的内侧》，11~15页；六本佳平：《日本的法律与社会》，191页，东京，有斐阁，2004。24关于“司法建议”的概念、类型以及基本制度设计，参阅吉林省四平市中级人民法院编：《审判管理操作规范》，407~413页，北京，人民法院出版社，1995。25肖扬：《为完善社会主义市场经济体制提供有力的法律和司法保障》，载《人民日报》，2003--11--20。26详见江华：《关于人民法院在人、财、物



方面的严重困难情况的报告》（1983年6月30日），收《江华司法文集》，305～312页，北京，人民法院出版社，1989。

27 据《人民法院年鉴》，1988年卷，935页，1991年卷402页。

28 最高人民法院、司法部《关于人民陪审员选任、培训、考核工作的实施意见》（2004年12月16日发布）推行的结果，很可能将使人民陪审员的性质更远离陪审制或者参审制的原型而更接近非专业化的“准法官”或者“治安绅士（Justice of the Peace）”，等于基层法官队伍的变相扩编。

29 有关看法参见国家法官学院编：《法院立案工作及改革探索》，264页，北京，中国政法大学出版社，2000。

30 语出陈旭《审判管理与司法的现代化》，收《司法审判动态与研究》，第1卷第1辑，133页，北京，法律出版社，2001。

31 最高人民法院《关于地方各级人民法院不应制作司法解释性文件的批复》（1987年3月31日颁布）。

32 据最高人民法院《关于司法解释工作的若干规定》（1997年6月23日颁布）第3条、第4条、第8条、第11条。

33 同上，第16条。

34 均收于最高人民法院办公厅编：《中华人民共和国法官守则》，北京，人民法院出版社，2000。

35 参阅雷铎、张培田：《新中国检察审判制度演进研究》，第3章，北京，中国检察出版社，1995；张雪娣：《有关检察机关职权的争议》，收刘立宪、张智辉主编：《司法改革热点问题》，194～209页，北京，中国人民公安大学出版社，2000年；雍自涛等：《民事检察监督制度的理论与实践》，收沈德咏、曹建明主编：《中国审判监督改革研究》，118页以下，北京，人民法院出版社，2002年。

36 崔敏：《论司法权力的合理配置----兼谈检察制度改革的构想》，信春鹰、李林主编：《依法治国与司法改革》

, 371 ~ 372页、379 ~ 382页, 北京, 中国法制出版社, 1999。

37 最高法院向全国人大年度工作报告的制度化过程以及正反两方面的影响, 参见左卫民、冯军:《寻求规范与技术的合理性----最高法院与全国人大的关系研究》, 收左卫民编:《最高法院研究》, 211页以下。

38 关于中国独特的司法审查概念以及相关制度的详细分析, 参见罗豪才、王天成:《中国的司法审查制度》, 载《中外法学》, 1991(6); 罗豪才主编:《中国司法审查制度》, 北京, 北京大学出版社, 1993。

39 最高人民法院《关于贯彻执行若干问题的意见(试行)》(法行发[1991]第19号)第3条。

40 同上, 第7条。但在实践中, 法院“不予受理”和当事人在社会压力下“撤诉”的现象却屡见不鲜。

41 最高人民法院《关于人民法院审理行政案件对地方性法规的规定与法律和行政法规规定不一致的, 应当执行法律和行政法规的复函》(法函[1993]第16号)。

42 参见最高人民法院《关于执行若干问题的解释》(法释[2000]第8号)。关于前后这两个解释的差异, 参阅最高人民法院行政审判庭编:《行政执法与行政审判参考》, 第1辑, 84~138页的条文对照表, 北京, 法律出版社, 2000。

43 例如1999年末发生的刘燕文诉讼案件, 被认为是抽象性行政行为的司法审查悄然开门的典型实例。参阅沈岷:《制度变迁与法官的规则选择----立足刘燕文案的初步探索》, 载《北大法律评论》, 第3卷第2辑, 159~203页, 北京, 法律出版社, 2000。

44 关于“有限司法审查”存在不同的表述。综合各种观点, 这一概念可以从以下四层含意上进行界定:(1)法院只对行政法规、地方性法规以及各种不同类型的规章行使司法审查权, 法律不在范围之内;(2

)对违法性的判断仅限与法律相抵触的个别条款,不及于有关法规或规章的整体;(3)有关审查和判断的效力仅限个别案件,不及于其他案件、其他法院;(4)法院的审查和判断不具有终局性,当事者和制定机关如有不服可以向全国人大常委会请求最后裁定。45 参阅曹建明:《加入WTO对中国司法工作的影响及思考》,载《法学》,2001(6);甘文:《WTO与司法审查的范围》,载《人民法院报》,2001--7--22;孔祥俊:《WTO法律的国内适用》,第5章第4节“我国对司法审查的承诺”,北京,人民法院出版社,2002;傅思明:《中国司法审查制度》,北京,中国民主法制出版社,2002。46 例如王磊:《试论我国的宪法解释机构》,载《中外法学》,1993(6);王磊:《宪法的司法化》,北京,中国政法大学出版社,2000;包万超:《完善我国违宪审查制度的另一种思路》,载《法学》,1998(4)。47 有关议论不妨参阅王磊:《宪法的司法化》,139~146页。48 例如关于平等权的“蒋韬诉中国人民银行成都分行招聘限制身高案”、“公务员优待案”以及针对大学考试合格线地区差异的数起基本权诉讼,参阅王珊:《“中国宪法平等权第一案”庭审实录》,载“中国律师网”(http://www.law.com.cn/pg/newsShow.php?id=6457);何兵:《招聘行为的宪法分析》,载“中国宪政网”(http://www.calaw.cn/include/shownews.asp?newsid=545);《新闻周刊》2001年9月1日号报道、《法制日报》2002年8月22日报道。49 该事件的经过以及社会反响,详见报道《一个“小”官司直接终结一个女法官命运》,载《21世纪经济报道》,2003年11月18日。50 引自孔祥俊:《法官在法律

规范冲突中的选择适用权》，载《法制日报》，2003--12-- 1。  
51 例如珠海市中级人民法院副院长董?法官的文章《法律冲突与法官的权力----李慧娟事件回放与评论》，载《法制日报》，2003年11月20日。52 《李慧娟事件再调查》，载《人民日报》（“时代潮”副刊第10号），2004--6--4。53 《全国法院第一个5年纲要39项改革基本完成》，载《法制日报》，2003--12--17。54 《2004司法改革前瞻：让司法机关不再制造民怨》，载《法律与生活》，2004-- 1 -- 7。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](http://www.100test.com)