

文章编号:1673-1751(2013)03-0040-10

# 司法应当在宪法制度下合法运行

莫纪宏

(中国社会科学院法学研究所,北京100720)

**摘要:**通过考察司法概念在中外制度上的演变,指出司法概念在当下制度上有广义与狭义之分。通过考证司法概念在我国目前制度化的状况后指出:司法概念目前不属于我国现行宪法所认可的制度化术语,它的正当性主要存在于执政党的司法政策中。要贯彻落实依宪治国的指导思想,必须提倡依宪司法,而当下要实行依宪司法的首要任务就是司法入宪。从我国现行宪法所确立的人民代表大会制度的根本原则出发,我国司法入宪中的司法只能是广义上的,而司法入宪的结果必然要求宪法司法化,在广义司法框架下,全国人大及其常委会属于享有最高司法权的最高司法机构。与此同时,法院、检察院也应当在司法入宪的前提下,依宪司法,推动司法宪法化,保证宪法在司法审判中得到正确的实施。主张只有司法被纳入宪法制度下运行,司法才能真正发挥自身的制度功能,充分发挥其公正为民的法律救济作用。

**关键词:**司法;宪法制度;合宪性;合法性;宪法司法化;司法宪法化;司法入宪;依宪司法

**中图分类号:**D921 **文献标识码:**A

## 1 司法概念的传统内涵

### 1.1 司法的辞源学意义

汉字中的“司法”一词是何人所造,目前学术界还没有定论,目前资料显示,司法在文献中最早出现之处,见于《汉书》应劭曰“平正司法者莫过于天,养物均调者莫过于地也。”在《魏书》和《晋书》中均未见司法一词,几百年后的《陈书·姚察传》载“思廉在陈为衡阳王府法曹参军,转会稽王主簿。入隋,补汉王府行参军,掌记室,寻除河间郡司法。”姚思廉是姚察之子,这个姚思廉成为中国正史中记载的第一位“司法”。《旧唐书》载:上州设“司功、司仓、司户、司兵、司法、司士六曹参军各一人,并从七品下。”“司法”成为“六曹参军”之一,隋唐的司法均掌刑法“法曹、司法掌刑法”。《宋史·刑法志》:“凡诸州狱,则录事参军与司法掾参断之。”司法的职责是管理与法(主要是刑法)的判决和执行有关的事务。《明史》未见司法一词。《清史稿》中首次出现司法是在1907年。光绪三十三年(1907年)“丁巳,改按察使为提法使,置巡警、劝业道,裁分守、分巡各道,

酌留兵备道,及分设审判厅,备司法独立,增易佐治员,备地方自治,期十五年内通行。戊午,诏:宪法,官民均有责任,凡知所以预备之方,施行之。”司法是预备立宪时使用的核心词汇,已经属于现代宪政意义上的司法,与立法、行政相对。庆亲王奕劻等遵旨核议厘定官制,以“立宪国官制,立法、行政、司法三权并峙,各有专属,相辅而行。立法当属议院,今日尚难实行。请暂设资政院,以为豫备。”<sup>[1]</sup>纵观司法一词在汉语中的演变,清末仿行宪政之前,被视为一种管理与法的判决和执行相关的一种官职;清末仿行宪政期间,被用来指称与立法、行政相对应的国家权力。1908年《钦定宪法大纲》“君上大权”篇:总揽司法权。司法之权,操诸君上,审判官本由君上委任,代行司法,不以诏令随时更改者,案件关系至重,故必以已经钦定为准,免涉分歧。

民国后,1913年《中华民国约法》(袁记约法)第44条规定:司法以大总统任命之法官组织法行之。1946年《中华民国宪法》序言声称“中华民国国民大会受全体国民之付托,依据孙中山先生创立中华民国之遗教”而制订。其中第七章为司法,第77条规定:司法院为国家最高司法机关,掌理民事、刑事、行政诉讼之审判及公务员之惩戒。《中华民国宪法》中的司法系孙中山先生立法、行政、司法、考试、监察“五权”思想的体现,

收稿日期:2013-05-20

作者简介:莫纪宏(1965-),男,江苏靖江人,博士,中国社会科学院法学研究所副所长、研究员,博士生导师,国际宪法学协会理事、中国法学会宪法学研究会副会长。

主旨在于履行对案件进行审判的国家职能。

共产党领导的人民政权,从根据地时期开始使用司法来表达人民政权的组织结构。1946年《陕甘宁边区宪法原则》“三、司法”条款规定:各司法机关独立行使职权,除服从法律外,不受任何干涉。1949年《共同纲领》第17条也明确规定:废除国民党反动政府一切压迫人民的法律、法令和司法制度,制定保护人民的法律、法令,建立人民司法制度。但是,其后的1954年宪法、1975年宪法和1978年宪法文本中并没有司法一词,这说明作为表述国家职能性质的司法概念已经退出了以1954年宪法为代表的社会主义类型宪法的术语体系。1982年宪法虽然有两处涉及司法,但是并不是独立词语,而是作为“司法行政”来使用的。从宪法文本演变的情况来看,在1982年宪法(现行)文本中没有司法一词并不是立宪者的一时疏忽,而是有意为之。从立宪者的指导思想来看,司法作为与立法、行政相对应的表述国家职能性质的专门术语由于缺少权力分类的正当性,故对其概念也就无法作为制度术语来加以肯定。

### 1.2 司法概念的实质内涵

由于司法一词作为汉字没有在现行宪法文本中得到完全肯定,所以从法理上来说,以司法为中心词来描述我国现行国家制度特征的任何学术观点,都缺少有说服力的制度依据。因此,在学术研究中,往往只能依托司法概念构建起“空中楼阁”。以江平先生主编的《中国司法大辞典》为例,<sup>①</sup>一个专门性的关于司法问题的法学大辞典,却没有“司法”词条,只有“司法解释”、“司法部”、“司法行政”和“司法助理”几个术语,“皮之不存,毛将焉附?”而在上海辞书出版社出版的《辞海》<sup>②</sup>中也只收集了“司”,没有“司法”词条。如果从学术价值上来看,《中国司法大辞典》的编撰在制度上是没有意义的,因为该辞典没有对“司法”作出制度上的界定;但从学理上来看,所有收入该辞典的词条都可以视为编者自身对司法一词含义的实质性理解。

在国内外同类法律、法学词典中,对“司法”作出实质性解释的可以说是《牛津法律大辞典》<sup>③</sup>,该辞典虽然没有“司法”词条,却有描述“司法”性质的派生性词条“司法的”。该辞典对“司法的”(judicial)解释为:关于法官的术语,在很多情况下区别于“立法的”、“行政的”,在另外一些情况下,区别于“司法以外的”,后者指不经法院处理以及没有法官干预的处理。很显然,《牛津法律大辞典》是以法官的职务活动为核心来定义“司法”的,也就是说,凡不是法官履行职务的活动都不属于司法概念的范围。这是对司法的实质性内涵作的狭义解释。中国社会科学院法学研究所法律辞典编委会编的《法律辞典》(简明本)<sup>④</sup>对“司法”词条的解释是:国家权力之一。指由法律赋予司法权的国家机关适用法律的活动,依法处理诉讼案件和非诉讼事件。《法律辞典》对司法实质内涵的解释可以被视为广义的司法,因为该辞典的定义并没有将“司法”概念的实质内涵仅指向法官,而是指向了“法律赋予司法权的国家机关”。虽然司法权的概念需要以司法为基础,存在着概念的循环定义方面的逻辑问题,但从另外的限定词,如“适用法律的活动”“诉讼案件和非诉讼事件”来看,《法律辞典》对“司法”的理解绝对超越了法官依据法律所从事的职务活动的范围。但不管是狭义的司法,还是广义的司法,“司法”一词的实质性内涵都与处理具体案件相关,是有关国家机关依法处理具体案件的活动。“司法”中的“司”应作动词理解,“司法”是谓宾式的词组,不宜理解为机关、权力。司法机关、司法权力等只能依托“司法”概念的性质来构建自身的实质内涵,没有明确的“司法”概念,也就没有清晰的司法机关、司法权力和司法制度等概念的合法性。

### 1.3 司法是有关国家机关依法解决具体法律争议的活动

从现代宪法的基本原理出发,司法作为一种

① 江平.《中国司法大辞典》,吉林人民出版社,1991年版。

② 夏征农,主编.《辞海》,上海辞书出版社,1989年版。

③ (英)戴维·M.沃克.《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所,译,光明日报出版社,1988年版。

④ 中国社会科学院法学研究所法律辞典编委会,编.《法律辞典(简明本)》,法律出版社,2004年版,第612页。

国家的职能,它与立法、行政等国家职能相对应。虽然在具体形态上存在着“三权”或“五权”之说,但司法的实质性内涵大致上是比较清晰的。立法是针对不特定的社会公众制定行为规则的活动,执法是使法律规定在实际生活中得到具体实现的活动,司法则是对实际生活中出现的法律争议依法进行处理的活动。相对于立法、行政的性质来说,司法必须是对具体问题的处理,司法所处理的具体问题应当是存在法律争议的,没有法律争议的具体问题不属于司法职能的范围。对司法性质作出上述界定,有着各国宪政实践经验的支撑。例如《维基百科》对“法国宪法委员会”的词条解释是:法国政府由行政分支(共和国总统、总理、部长和他们的服务者及附属组织)、立法分支(国会的两院)和司法分支组成。司法分支不像在美国最高法院下的美国联邦法院,不被组织成一个单独的层次体系(行政法院在国务委员会下,民事和刑事法院在最高法院<sup>①</sup>下),而且它的一些实体有咨询功能。因为历史原因,对有类似“最高法院”这样能够撤销立法的有力的法院的任何例子,长久以来有着敌意。宪法委员会是否是一个法院是一个学术讨论的议题,但一些学者认为它是法国的最高法院<sup>[2]</sup>。类似的现象还有英国上院的司法委员会以及负责处理英联邦法律事务的枢密院,等等。如果从实质意义上来理解司法概念的内涵的话,就不会将司法问题简单地理解为只是“法官”或者是“法院”的事务。

具体到我国现行宪法的文本规定,虽然文本中没有司法一词,但是,依据宪法和法律处理具体法律争议的活动并没有被排斥在国家机构应当履行的国家职能的范围之外。在实质意义的司法概念下,我国的全国人大常委会也具有一定的司法职能,其法律依据随处可见。例如,2000年《中华人民共和国立法法》第90条明文规定:国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以向全国人民代表常务委员会书面提出进行审查的要求,由

常务委员会工作机构分送有关的专门委员会进行审查、提出意见。前款规定以外的其他国家机关、社会团体、企业事业组织以及公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以向全国人民代表常务委员会书面提出进行审查的建议,由常务委员会工作机构进行研究,必要时,送有关的专门委员会进行审查、提出意见。根据上述规定,全国人大常委会要依据立法法的规定行使违宪或违法审查权,对可能存在违宪或违法问题的行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例进行审查,必然面临法律争议,因为没有“法律争议”,违宪或违法的案件就不可能被提交给全国人大常委会解决。

明确实质意义上的司法概念,有助于当下司法体制改革的法理构建。特别是避开了将司法束缚于法院的活动,或者只是将司法囿于传统的“公、检、法、司”。以解决法律争议为核心来重构国家职能体系,可以最大限度减少改革阻力,更有效地利用实质司法的功能来全面推进法治建设。与此同时,以法律争议为核心来建构司法概念的实质性内涵,在制度上还可推动权限争议处理程序进入司法领域,继而形成一个完整的司法制度形态,彻底改变当下存在严重价值缺陷的司法制度结构。

## 2 司法概念在我国目前属于司法政策学的范畴

习近平总书记在2013年1月7日全国政法电视电话工作会议上强调指出:深化司法体制改革,坚持从严治警,坚决反对执法不公、司法腐败,进一步提高执法能力,进一步增强人民群众安全感和满意度,进一步提高政法工作亲和力和公信力,努力让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义,保证中国特色社会主义事业在和谐稳定的社会环境中顺利推进。习总书记关于司法问题的指示至少有三处亮色:一是要深化司法体制改革;二是要提高司法公信力;三是要在每一个司法案件中都能体现公平正义。中央政法委书记孟建柱在全国政法电视电话工作会议上就

① 原文为“翻案法院”。

司法工作的重点进一步补充道:要把以人为本、公平正义作为灵魂,紧紧抓住影响司法公正和制约司法能力的关键环节,优化司法职权配置,完善诉讼法律制度,规范执法与司法行为,进一步提升执法与司法公信力。孟建柱书记的讲话也有三个亮点:要重视司法能力、司法职权和司法行为的建设。可以说,习总书记和孟建柱书记的上述讲话,是迄今为止党和国家领导人对司法问题所做的指示中,内容最全面、要求最具体的。上述讲话精神可以视为对党的十八大报告提出的社会主义法制建设新的十六字方针“科学立法、严格执法、公正司法和全民守法”中“公正司法”内涵的最新注解,具有指导司法实践工作的重要意义。

当然,也要看到,要在制度上认真贯彻落实习总书记和孟建柱书记关于司法工作的指示精神,首先必须要解决司法工作的一些基本理论问题和具体的指导思想问题。从我国现行宪法所确立的基本法律制度来看,司法及建立在司法概念基础之上的司法制度并不属于“基本法律制度”的范畴,与现行宪法所确立的人民代表大会制度之间的基本法律关系也没有宪法文本上的清晰界定。当下进行的司法体制改革以及围绕司法体制改革所采取的各项措施,其直接的依据是执政党的司法政策,司法问题仍然依靠执政党的司法政策来调整,司法工作尚需通过修宪或修法的方式逐渐纳入国家的“基本法律制度”的范围。这是一个不可随意加以模糊的理论界限和制度瓶颈,脱离了执政党的政策来讨论司法体制改革问题,在理论上是徒劳的,在实践中也不可推演出任何具有操作价值的有效方案。这一点,可以从现行宪法的文本的规定中充分体现出来。现行的1982年宪法只有两条涉及司法一词,即宪法第89条第八项规定:国务院领导和管理民政、公安、司法行政和监察等工作;第107条规定:县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限,管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作,发布决定和命令,任免、培训、考核和奖惩行政工作人员。在上述两处规定中,司法并不是作为独立词来表述的,而是以“司法行政”的术语形式出现。从宪法解释学

的角度来看,虽然在汉语文意上可以将司法行政理解为偏正结构的名词词组,即“司法”的“行政”,但在宪法的其他条款中并没有司法概念,所以,将司法行政理解为“司法”的“行政”是缺少宪法文本依据的。故从宪法解释学的角度来看,在宪法文本术语的表现形式上,司法行政属于一个不可拆分的宪法术语,只能通过宪法解释的途径来确定司法行政作为政府行政工作的一部分的具体制度内涵。因此,除非通过修改宪法的途径来明确司法一词的制度内涵,否则,目前在学术界广泛使用的“司法”“司法权”“司法制度”“司法体制”和“司法体制改革”等以司法作为中心词所衍生出来的一组概念,也就没有了明确的宪法依据。由于我国现行宪法所确立的根本政治制度——人民代表大会制度,没有肯定立法、行政和司法的国家权力配置方式的合法性和合理性。因此,只能基于执政党的政策文件来解释司法以及与司法相关概念的内涵,而不可能给予司法概念一个完整的法律内涵。

通过执政党的政策来规范司法工作,早在新中国建立前夕由王明起草的《中共中央关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》(以下简称《指示》)就已经讲得非常清楚。该《指示》明确指出:在无产阶级的以工农联盟为主体的人民民主专政的政权下,国民党的六法全书应该废除,人民的司法工作不能再以国民党的六法全书为依据,而应该以人民的新的法律作依据。在人民新的法律还没有系统地发布以前,应该以共产党政策以及人民政府与人民解放军所已发布的各种纲领、法律、条例、决议作依据。目前在人民的法律还不完备的情况下,司法机关的办事原则应是:有纲领、法律、命令、条例、决议规定者,从纲领、法律、命令、条例、决议之规定;无纲领、法律、命令、条例、决议规定者,从新民主主义的政策。同时司法机关应该经常以蔑视和批判六法全书及国民党其他一切反动的法律、法令的精神,以蔑视和批判欧美、日本资本主义国家一切反人民法律、法令的精神,以学习和掌握马列主义——毛泽东思想的国家观、法律观及新民主主义的政策、纲领、法律、命令、条例、决议的办法来教育和改造司法干部。只有这样做才能使我们的司法

工作真正成为人民民主政权工作的有机构成部分;只有这样才能提高我们司法干部的理论知识、政策知识与法律知识的水平和工作能力;只有这样才能彻底粉碎那些学过旧法律而食古不化的人的错误的和有害的思想,使他们丢下旧包袱,放下臭架子,甘当小学生,重新从马列主义毛泽东思想及我们的政策、纲领、命令、条例、决议学起,把自己改造成为新民主主义政权下的人民的司法干部;只有这样做他们才能够对人民服务,才能与我们的革命司法干部和衷共济,消除所谓新旧司法干部不团结和旧司法人员炫耀国民党的六法全书和自高自大的恶劣现象。从该《指示》关于司法工作的指导思想来看,最核心的精神就是人民的司法工作要以执政党的“政策”为依据,必须彻底抛弃一切旧的司法观念。

从1949年10月1日新中国成立至今64年的时间里,王明代起草的《中共中央关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》中关于司法工作应当以执政党的政策为依据的精神并没有过时,而且有充分证据证明司法领域主要依靠执政党的政策来调整。首先,在新中国成立后制定的前三部宪法(1954年宪法、1975年宪法和1978年宪法)的文本中根本就没有出现“司法”一词,这一立宪现象至少表明,作为汉字的“司法”并没有被宪法采纳为描述国家基本法律制度的术语,至少在法律层面上把“司法”制度作为国家基本法律制度的条件尚不成熟。1982年宪法虽然在宪法文本中有两处出现了司法行政一词,但从宪法解释学的角度来分析,可以明确地排除从司法行政的内涵中可以合理地推导出独立的“司法”概念的可能性。在世界各国宪法中普遍存在的“司法”制度,而在我国宪法中还不具有指称某一类具体法律制度的功能。造成这一立宪现象的原因可能很多,但绝对不是制宪者在起草或修改宪法文本时的一时疏忽,而是有意为之。

由于我国实行的是社会主义制度,人民代表大会制度是我国的根本政治制度,所以我国对国家权力性质的划分并没有采纳资本主义国家通常采取的立法权、行政权和司法权的权力三分法,而是采用人民代表大会(以下简称人大)作为国家权力机关,人大产生“一府两院”(人民政府、法院

和检察院),一府两院依据宪法和法律行使职权,并向作为国家权力机关的人大负责,接受人大的监督。作为国家权力机关的各级人大,其宪法和法律职权并没有被限制在特定的领域,而是兼具立法、行政和司法、法律监督等职能。各级人大作为国家权力机关行使的国家权力是一种集合性的国家权力,其权力的功能从某个角度涉及了司法问题。例如,各级人大及其常设机构可以依据法律就某个具体问题作出决定,这种权力制度的设计已经明确地肯定了各级人大作为国家权力机关具有依法处理具体法律问题的职权。各级人大行使的集合性国家权力,按照管理事项可以划分为立法权、重大事项决定权、人事任免权和监督权“四权”。如果从立法、行政和司法等权力三分法角度来看,人大享有的四权已经涵盖了立法、行政和司法三项权力职能,因此我国宪法所设计的国家权力结构是以国家机构为中心,而不是以国家权力的性质为核心,法院和检察院也是以机构承担的各项法律任务为中心,其日常职权并没有被完全限制在司法的范围内,这一点正是在规定国家基本制度方面社会主义类型宪法与资本主义类型宪法的本质区别。

尽管在我国现行宪法文本中没有涉及“司法”,但这并不意味着司法一词就不可以研究或者是在实际中禁止加以使用的。事实上,自改革开放之后,从党的十一届三中全会到党的十八大,都对“司法”保持了高度的关注。以党的十二大以来的历次党代会的重要文件为例,党的十二大工作报告没有出现司法一词,党的十三大报告正式提出了“司法机关”的概念和加强“司法”的理念。报告指出“我们必须一手抓建设和改革,一手抓法制。法制建设必须贯穿于改革的全过程。一方面,应当加强立法工作,改善执法活动,保障司法机关依法独立行使职权,提高公民的法律意识”。这里已经提及“保障司法机关依法独立行使职权”。上述表述实际上是对执政党的各级党组织提出的要求。党的十四大报告没有提及“司法”概念。党的十五大报告对“司法”概念有了进一步深化,提出了“司法工作”“司法改革”“司法机关”和“司法队伍”的概念,我国执政党对“司法问题”的认识逐渐系统化。党的十六大报告完

整提出了司法体制的概念,并且专项阐述了司法体制改革问题。江泽民在《全面建设小康社会,开创中国特色社会主义事业新局面》工作报告中指出:“推进司法体制改革。社会主义司法制度必须保障在全社会实现公平和正义。按照公正司法和严格执法的要求,完善司法机关的机构设置、职权划分和管理制度,进一步健全权责明确、相互配合、相互制约、高效运行的司法体制。从制度上保证审判机关和检察机关依法独立公正地行使审判权和检察权。完善诉讼程序,保障公民和法人的合法权益。切实解决执行难问题。改革司法机关的工作机制和人财物管理体制,逐步实现司法审判和检察同司法行政事务相分离。加强对司法工作的监督,惩治司法领域中的腐败。建设一支政治坚定、业务精通、作风优良、执法公正的司法队伍”。党的十七大工作报告则进一步深化了党的十六大工作报告关于加强司法体制改革的司法工作精神,提出了完善司法制度、优化司法职权和规范司法行为的要求,从而在更加科学和规范的意义确立了司法工作的政策依据。胡锦涛在党的十七大报告中强调指出:“深化司法体制改革,优化司法职权配置,规范司法行为,建设公正高效权威的社会主义司法制度,保证审判机关、检察机关依法独立公正地行使审判权、检察权”。党的十八大报告直接提到司法一词的地方共有五处,即“进一步深化司法体制改革,确保审判机关、检察机关依法独立公正行使审判权、检察权”;“推进权力运行公开化、规范化,完善党务公开、政务公开、司法公开和各领域办事公开制度”;“加强政务诚信、商务诚信、社会诚信和司法公信建设”;“完善立体化社会治安防控体系,强化司法基本保障,依法防范和惩治违法犯罪活动,保障人民生命财产安全”;“民主制度更加完善,民主形式更加丰富,依法治国基本方略全面落实,法治政府基本建成,司法公信力不断提高,人权得到切实尊重和保障”。

自改革开放以来,如果说党的十三大报告首先肯定了司法工作的合理性和重要性的话,党的十六大、十七大和十八大报告则比较科学、系统和完整地描述了我国司法制度的构成、司法工作的基本政策要求以及司法体制改革的目标,自此我国在执政

党指导下的司法工作得到了全面的政策保障。

但从司法工作的理论依据来看,目前我国仍然只能依据执政党的政策来谈论司法体制改革,而无法在基本法律制度层面上来精确地定义“司法”的内涵,这种状况也充分体现了当下我国法制建设的基本特点,即社会主义法律必须以执政党的政策为依据,社会主义法律及其法律制度,归根到底是执政党政策的体现。在处理法律与政策关系时,法律有明确规定的,从法律规定;法律没有规定的,应当直接依据执政党的政策。从政策和法律的关系以及制度的稳定性和可靠性来看,直接依据国家法律建立的基本法律制度,明显要高于仅仅基于执政党的政策所采取的措施。从执政党对国家生活和社会生活实行政治领导的基本政治模式来看,被实践证明正确的并且可以普遍适用的执政党的政策最终肯定会通过立法程序上升为国家的法律,成为约束人们行为的法律规范。从此意义上来看,虽然当下我国只能从党的政策层面来谈论司法体制改革问题,但最终还是要通过立法途径将执政党的司法政策转化为国家的司法制度,从而基于合宪性的基本要求来全面有效地推进司法体制改革。

值得注意的是,目前我国宪法与其他部门法在对司法问题的态度上是有所差异的。宪法没有为司法概念提供任何合宪性依据,但是在现行有效的刑法和刑事诉讼法等法律、法规中提到了司法。例如2012年新修的刑事诉讼法第17条规定:根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则,我国司法机关和外国司法机关可以相互请求刑事司法协助。从法解释学的角度来看,没有司法当然就没有司法机关,既然新的刑事诉讼法已经明确采用了司法机关的概念,作为司法机关存在的逻辑前提的司法的概念也就当然是合法的概念了。但作为根据宪法制定的刑事诉讼法,在宪法文本没有提及司法机关的前提下,刑事诉讼法却明确使用了司法机关的概念,因此从字面上来看,新的刑事诉讼法中所使用的司法机关概念显然“于宪无据”。不过从法解释学的角度来看,也不能简单地推定新的刑事诉讼法的相关规定明显违宪,因为我国的立法工作还要接受党的政策指导,在现行宪法没有明确修改之

前,依据执政党的政策来制定或修改法律,在合法性上也是可以成立的。而且这种政策对立法直接指导又进一步表明了执政党对司法问题的法律态度,也就是说,从保证法律与宪法的一致性角度来看,司法概念迟早是要进入宪法文本的。为此,在依据执政党的司法政策不断推进司法体制改革的过程中,应当及时关注通过修改宪法的方式,将“司法”写入宪法。司法入宪意义非常重大,它不仅能为当下进行的司法体制改革提供直接的宪法依据,更关键的是,将司法概念引入现行宪法文本,也必然会在法理上要求对司法制度在人民代表大会制度中的法律地位作出重新界定,由此达到不断健全和完善我国基本政治制度的目标,真正实现基本政治制度的有效改革和转型。

### 3 依宪司法是司法制度化改革的重要方向

2012年12月4日,习近平总书记在首都各界纪念现行宪法公布施行30周年大会上发表的重要讲话(以下简称“12·4讲话”)中明确指出:宪法的生命在于实施,宪法的权威也在于实施。我们要坚持不懈抓好宪法实施工作,把全面贯彻实施宪法提高到一个新水平。宪法的根基在于人民发自内心的拥护,宪法的伟力在于人民出自真诚的信仰,只有保证公民在法律面前一律平等,尊重和保障人权,保证人民依法享有广泛的权利和自由,宪法才能深入人心,走入人民群众,宪法实施才能真正成为全体人民的自觉行动。要在全社会牢固树立宪法和法律的权威,让广大人民群众充分相信法律、自觉运用法律,使广大人民群众认识到宪法不仅是全体公民必须遵循的行为规范,而且是保障公民权利的法律武器。习近平总书记的讲话将宪法实施提到了一个前所未有的高度。因此,宪法作为国家的根本法,其法律效力应当作用于国家生活和社会生活的所有领域,包括一切国家机关行使国家权力的活动以及一切社会组织和公民个人行使宪法和法律权利的行为。习总书记在“12·4讲话”中还进一步明确“依法治国首先是依宪治国,依法执政关键是依宪执政”。这就意味着宪法是我国现行各项法律制度的基础,宪法的原则必须具有指导国家生活和社会生活所

有领域的功能。因此,依据依宪治国的要求,不仅立法机关、行政机关要依宪办事,司法机关也要依宪办事,即便是执政党也要依宪执政。对于新中国成立以后,在我国法制建设领域一直存在着的,由党的政策加以指导的司法政策来说,在依宪治国的框架下,不仅执政党依据依宪执政的要求必须尽量将党的司法政策尽早转化为国家的宪法和法律,而且原先依托司法政策建立起来的一系列司法制度和司法体制,也必须纳入宪法制度的框架内,故依宪司法是贯彻落实习总书记“依法治国首先是依宪治国”讲话精神的必要举措,也是当下司法体制改革的根本方向和出发点。

胡锦涛总书记在党的十八大报告中明确指出,到2020年确保实现全面建成小康社会,并且对小康社会提出了诸多新要求。其中一项重要要求就是:加快推进社会主义民主政治制度化、规范化、程序化,从各层次各领域扩大公民有序政治参与,实现国家各项工作法治化。胡总书记上述报告内容的核心亮点就是明确了“实现国家各项工作法治化”是小康社会的基本要求。既然“国家各项工作法治化”,那么司法作为国家权力体系的重要组成部分,理所当然地应被包含在“国家各项工作”的范围内。但是,相对于立法、行政来说,我国现行宪法至今尚未正式肯定司法概念的合法地位,司法政策层面上的司法机关、司法职权、司法体制等与司法概念相关的司法制度都亟待通过宪法的确认,并一一被纳入整个国家的宪法制度体系中。为此,依宪司法必然成为今后一段时间内我国司法体制改革工作的重中之重。

就我国现有的各项司法政策来说,要将司法纳入现行宪法所构建的国家权力体系或国家机构体系框架中,必须要通过修改宪法的途径来明确一些基本的司法制度;与此同时,还需要在司法实践中进行大胆创新,建立一些必要的新制度和新机制,使得司法入宪之后的司法制度真正能够发挥自身的制度功能,体现司法制度化之后相对于司法政策指导下的司法工作的制度优越性。

第一,通过宪法明确司法的性质和地位,是司法宪法化和制度化的最核心内容。司法概念要进入宪法,首先必须解决的是司法的性质问题。在我国现行宪法所设计的国家权力体系框架中,有

国家权力机关、国家行政机关、国家审判机关和国家检察机关;国家权力的分配是依托国家机关的性质而定的,没有按照依权设机构的权力分立模式分配国家权力,因此,各级人大作为各级国家权力机关在宪法上行使的是一种集合性国家权力;这种权力的事务功能在法理上覆盖了立法、行政和司法所有的领域,并且具有最终性和最高性。国家权力机关掌握的国家权力是独立的,不受其他国家机关掌握的国家权力的制约。国家行政机关依据宪法规定行使行政职权,而检察机关、审判机关依据宪法规定行使检察权、审判权。至于说检察权、审判权是否等同于司法权,或者说能否在法理上将检察机关行使的检察权和审判机关行使的审判权确认为宪法学理论上所认同的司法权,这个问题在我国现行宪法的框架内并没有得到很好地解决。

从宪法赋予全国人大及常委会监督宪法和法律实施的职权来看,全国人大及其常委会也有权依据宪法和法律来处理一些具体的法律争议和纠纷,特别是2000年出台的《中华人民共和国立法法》第91条赋予了全国人大常委会一定的违宪违法审查权,因此从法理上和现有的宪法制度来看,要将司法权的内涵仅仅限制在检察权和审判权的范围,很显然与我国现行宪法所确立的基本国家权力制度不相符合,因为全国人大及常委会依据宪法和法律也承担了一定的司法职能。而且由于全国人大及其常委会拥有的最高国家权力机关的身份和地位,如果在宪法文本中引进司法的概念,该机关在法律制度上就相当于了全国的最高司法机关。为此,如果司法入宪,我国司法的性质就必须是广义上的,而不能采用三权分立体制下的与立法、行政相对立的司法。在这一点上,我国现行宪法所能接纳的司法原则应当是议会主权意义上的,相当于2009年之前英国采取的上议院司法制度。狭义上的司法概念与我国现行宪法所确立的人民代表大会制度的根本原则是相互冲突的,因此在可见的将来,只要我们坚持人民代表大会制度的基本原则不变,那么宪法中的司法概念就只能是议会主权意义上的“大司法”。将司法仅仅限定在检察权、审判权的范围,或者是限制在审判权的框架内的制度设想缺少基本的政治基

础,不可能在现行宪法的制度框架内存在。因此,所谓的司法入宪必然是司法进入人民代表大会制度下的国家权力框架内,而不可能出现司法作为独立的国家权力进入现有的宪法制度之中,这是司法入宪的基本政治判断。

第二,司法的法律适用性和对宪法、法律含义的解释功能是司法作为一种国家职能的最重要的特征。不论哪一个国家机关享有司法职权或者是承担司法职能,其本质的权力构造都在于司法的具体性。也就是说,要通过将宪法和法律适用于具体的案件,来解决实际中存在的法律问题,同时将宪法和法律规定适用于具体的法律事实,来体现宪法和法律对人们行为的规范指引作用。因此一旦司法入宪,“宪法司法化”<sup>[3]</sup>又是不可回避的制度要求。所谓的宪法司法化,其实质就是宪法上所规定的国家权力或公民基本权利在实际生活中如果发生了争议,应当通过解释宪法规定的相关含义、援引宪法的相关规定来解决此类的纠纷。宪法司法化的本质是宪法实施问题,在世界各国的法律实践中,通过宪法司法化来实施宪法的途径很多。有法国的宪法委员会式的“事前审查”,即在一项法案尚未成为正式有效的法律之前由宪法委员会审查是否合宪,凡是经宪法委员会审查合宪的法案即可公布成为正式有效的法律;德国设立宪法法院式的专门宪法司法机构,凡是涉及宪法如何具体适用的案件,最终必须提交到宪法法院处理,在宪法法院作出正式的判决之前,凡是依托相关被审查的法律、法规作出的有效司法判决的案件,必须要等待宪法法院作出的宪法判决才能完成剩余的司法审判程序,宪法法院作为宪法的守护者,在合宪问题上具有最终的发言权;还有美国式的最高法院“附带性审查”模式,在这种体制下,宪法司法化是依托司法机关的一般性司法活动进行的,如果普通法院在审理案件的过程中发现可能涉及违宪的问题,应当中止审理普通案件,先解决相关审理案件的法律依据是否具有宪法上的依据,当然美国联邦最高法院在法律是否合宪问题上拥有最终的发言权。

如果司法概念进入我国的现行宪法框架内,宪法司法化是不可避免的制度化要求,当然根据我国人民代表大会制度的权力构造原则,在宪法



司法化最顶端的应当是全国人大常委会,也就是说,全国人大常委会依据宪法及立法法的相关规定,对审理案件依据的法律、法规是否合宪有最终的发言权,这是保证我国人民代表大会制度政治优势的关键点所在<sup>①[4]</sup>。但是,全国人大常委会对随之而来的一个新的司法现象,即宪法司法化将会成为司法审判活动的一种惯常性行为,必须认真地予以对待。尽管全国人大常委会在制度顶端具有最终的发言权和制度掌控力,但是作为最高司法机关,全国人大常委会自身必须建立有效的反应机制来应对日趋增长的可能送交审查的法律、法规和规章违宪的问题。如果全国人大常委会缺少这样的制度审查能力,那么宪法司法化在实践中的演变结果,就可能是扩大了最高人民法院在宪法判断方面的权力。

第三,宪法司法化最活跃的部分是通过将宪法适用于具体案件所进行的宪法解释<sup>②[5]</sup>。目前,我国现行宪法将宪法解释权作为一项专有的国家权力赋予了全国人大常委会,因此从法理上可以推论,我国目前人民代表大会制度所能接纳的宪法司法化是德国模式的,也就是说,涉及宪法解释的问题,普通法院必须克制自己的解释功能,将这样的解释问题提交全国人大常委会来解决,普通法院的任务就是“等待正义的来临”。但是,应当看到的是,在目前司法概念没有进入宪法框架内的情形下,由于全国人大常委会没有建立起有效的违宪违法审查机制,对于涉及宪法解释事项的具体案件没有直接去处理,缺少在最高层面对宪法解释的明确态度,由此导致的制度现象就是宪法解释权的实际“下沉”。也就是说,最高人民法院和最高人民检察院,特别是最高人民法院作为宪法和法律所规定的终审法院,在没有更高的司法机构对宪法问题“发声”的情形下,在对重

大公共利益、基本权利如何加以保护的问题上,其作出的司法判断必然都属于具有宪法判断性质的宪法解释。尽管全国人大常委会具有制度上的解释宪法的专属性,但是,实际的解释宪法的权力却不可避免地落入了“最高人民法院”的手中。例如,最高人民法院在作出的涉外司法协助决定事项上,对司法协助执行案件域外判决中所涉及的“公共利益”内涵的最终性判断,就属于实质意义上的“宪法解释”的范畴。故最高人民法院在形式上回避宪法判断并不能有效地解决实质意义上的宪法判断的存在和生效,全国人大常委会坚守形式意义上的宪法解释权不动摇,也无法应对宪法解释大权的“实际旁落”。只有彻底的“司法宪法化”<sup>③</sup>,才能真正解决宪法解释权最终有效地归属全国人大常委会的制度设计问题。由此可见,司法入宪实际上涉及全国人大常委会能否有效地行使宪法解释权的顶层设计问题。所谓的宪法司法化不完全是审判机关的事情,作为国家最高权力机关在行使限制司法审判机关在审理具体案件中,适用宪法规定解决具体的法律问题的权力时,这样的制度控制恰恰又将宪法司法化的实际掌控权交给了最高人民法院。要改变这种形式与实质悖论的唯一制度通道就是,全国人大常委会应当按照宪法和立法法的规定,明确通过自身的违宪违法审查机制来有效地行使宪法解释权或违宪审查权。

总之,依宪司法在法理上是一个很有诱惑力的概念,但是,在制度设计上却存在许多值得加以探讨的问题。在我国目前的宪法体制下,明确地提及依宪司法必然要求司法入宪,而司法入宪的直接法律后果就是宪法司法化,宪法司法化制度的基本要求就是全国人大常委会必须有效地启动

① 季卫东在《合宪性审查与司法权的强化》一文中也明确地意识到目前我国人民代表大会制度关于立法监督制度设计对于法院行使违宪审查权的制度阻碍。他认为:“在考虑由司法机关进行合宪性审查的建制时,我们必须面对的第二个问题是要不要继续以人民代表大会体制为前提?”

② 胡锦涛同志曾在纪念宪法施行二十周年大会上的讲话中强调:要抓紧研究和健全宪法监督机制,进一步明确宪法监督程序,使一切违反宪法的行为都能及时得到纠正。全国人大及其常委会,要从国家和人民的根本利益出发,在立法过程中充分保障宪法规定的公民的自由和权利;要切实担负起监督宪法实施的职责,坚决纠正违宪行为;要切实履行解释宪法的职能,对宪法实施中的问题作出必要的解释和说明,使宪法的规定更好地得到落实。由此可见,宪法解释对于宪法实施的重要性早已引起最高决策层的关注,并得到一定程度的认同。

③ “司法宪法化”目前法学界还没有专著来论述,其实质内涵等同于“司法入宪”、“依宪司法”。

宪法和立法法所规定的宪法解释和违宪违法审查机制。如果作为最高权力机关常设机构的全国人大常委会仍然在法理态度上对司法问题采取似是而非的立场,就很难抓住依宪治国的历史机遇,真正有效地将司法纳入现行宪法所确立的国家基本制度的范围,司法就可能长期处于司法政策学的领域而无法有效地予以制度化。这个问题的重要性和深刻性,法学界必须给予高度关注。

#### 参考文献:

- [1] 周永坤. 中国司法概念史研究 [J]. 法治研究, 2011(4): 67-72.
- [2] 马塞尔·瓦莱恩. 法兰西共和国宪法委员

会 [J]. 美国比较法学, 1963(4): [2013-05-19]. 转引自维基百科, <http://zh.wikipedia.org/wiki/%E6%B3%95%E5%9B%BD%E5%AE%AA%E6%B3%95%E5%A7%94%E5%91%98%E4%BC%9A>.

- [3] 王磊. 宪法司法化 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [4] 季卫东. 宪政新论 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2002.
- [5] 胡锦涛. 在首都各界纪念中华人民共和国宪法公布施行二十周年大会上的讲话 [J]. 高校理论战线, 2002(12): 1.

## JUSTICE SHOULD RUN LEGALLY UNDER CONSTITUTIONAL SYSEM

MO Ji-hong

(*Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720, China*)

**Abstract:** By investigating the evolution history of the judicial concept in Chinese and foreign system, the paper points out that the judicial concept has both broad and narrow sense in the present system. Through textual research on the judicial concept in China's current institutional conditions, the paper suggests that the judicial concept at present does not belong to the institutional terms approved by our current constitution, and its legitimacy mainly exists in the judicial policy of the ruling party. To implement the guiding ideology of governing the country by constitution, justice by constitution must be advocated, so our first task is incorporating justice into constitution. In view of the fundamental principles such as the people's congress system established in the current constitution, justice into constitution in our country can only be broad justice. However, constitutional judicialization is demanded as a result of justice into constitution. Under the broad legal framework, the National People's Congress and its standing committee belong to the highest judicial body with supreme judicial power. At the same time, the court and the procuratorate should also be in accordance with the constitution of justice, promote constitutional judicialization and guarantee the correct implementation of constitution in the judicial judgment on the premise of justice into the constitution. Only when justice functions in the constitution system, can the system of justice truly play its role of regulation and of legal relief in justice for the people.

**Key Words:** justice; constitution system; constitutionality; legitimacy; constitutional judicialization; judicial constitution; justice into constitution; justice by constitution