

编辑提示:优化法院职权配置是人民法院“三五”改革纲要确定的重要任务之一。人民法院职权配置,既包括法院职能的明确定位,也包含司法权力的调整,对法院而言关系重大。明年是“三五”改革到期年,目前是各项改革计划总结的时期。本期特别策划约请最高法院司法改革办公室法官,就法院内部职权配置改革的背景、过程、成效以及存在问题进行梳理,以期对法院职权配置中的主要问题给予读者多角度的呈现。编辑部又约请学者就法院与其他国家机关的职权关系从立法角度进行论述,从而增加了来自法院外部的思考。有理由相信,优化法院职权配置所引起的制度变迁,对中国司法的未来将影响深远。

法院职能配置在立法层面上的思考

莫纪宏

人 民法院作为国家审判机关,其主要职能是审判,但人民法院在行使审判权的过程中,既会涉及到作为审判机关与诉讼参与人之间的关系,也会涉及到人民法院作为国家机关与其他国家机关如何处理审判权的关系问题。相对于人民法院改进审判方式而言,如何在处理人民法院与其他国家机关之间的关系上有所变革、有所创新,特别是人民法院能否依据宪法和依据法律行使一定的立法权来强化自身的审判职能,优化司法职权配置,提高审判工作的主动性和能动性,是本文探讨的主要问题。

一、《宪法》是否赋予人民法院“立法权”

我国现行《宪法》将“立法”与“权”结合在一起加以规定的只有一个条款,即第58条规定:全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。那么上述规定是否意味着除了全国人大及常委会可以依据宪法行使国家立法权,其他国家机关就不能行使“立法权”了呢?有没有相对于“国家立法权”意义上的“地方立法权”?有没有“非代表机关的立法权”?很显然,这个问题在实践中因为具有宪法解释权的全国人大常委会至今尚未作出一起正式的宪法解释,对于除全国人大及常委会之外的其他国家机关是否享有“立法权”没有任何具有权威性的解释。由于我国现行《宪法》并没有确立象联邦德国基本法所规定的“司法受立法的控制”的一般法治原则,^[1]因此,从法理上不能得出法院作为审判机关履行宪法职责的行为离开了立法机关具体的立法指引就不能进行之类的结论。人民法院作为国家审判机关依据《宪法》的规定在行使审判职权时享有一定的“自主权”或“自由裁量

权”。这种权力不仅表现在针对个案的决定权,也包括了针对不特定社会公众的规则制定权。因此,从学理上来看,现行《宪法》第89条第1款、第100条和第116条^[2]并没有否定其他性质的国家机关可以附条件地享有一定程度的立法权。例如,第89条第1款规定:国务院根据宪法和法律,规定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令。该条款的规定可以推定国务院享有制定行政法规的“立法权”,但“立法权”存在的前提是“根据宪法和法律”。第100条规定:“省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规,报全国人民代表大会常务委员会备案。上述条款可以推定省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会享有制定地方性法规的“立法权”,但“立法权”行使的前提是“不同宪法、法律、行政法规相抵触”以及“报全国人民代表大会常务委员会备案”。

既然可以从宪法文本中推定国务院、省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会可以附条件地享有“立法权”,那么,作为国家最高审判机关的最高人民法院以及作为国家最高法律监督机关的最高人民检察院是否同样可以附条件地享有某种形式或者某种意义上的“立法权”呢?作者认为,从法理角度来考证,很难得出否定性的结论。1982年现行《宪法》中关于“法院”有30处规定。虽然不是每一处规定都可以做出法院享有“立法权”的推论,但现行宪法关于人民法院的文本规定没有完全排除法院可以附条件地享有“立法权”。其中的文本依据及可以推定的“附条件”从下列条款中推导出来。

[1]1949年《联邦德国基本法》第20条第3款规定:立法权应受宪法之限制,行政权与司法权应受立法权与法律之限制。原文是“Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.”

[2]严格意义上讲,现行《宪法》第100条规定的“不相抵触”原则属于立法监督原则,而不是立法原则,因为“不相抵触”必须经过一个慎重和有效的评价过程,才能得出相关结论。

第一,现行《宪法》第37条第2款规定,任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。上述规定涉及到“人民法院决定”逮捕的职权,但该条款并没有明确“人民法院必须依据法律所规定的程序做出逮捕决定”。由此,如果要保证人民法院决定逮捕程序合法、公正,人民法院自身应当有一个司法上的判断标准,而全面和系统地推出该司法标准,实际上就意味着人民法院为自身决定逮捕的行为“立法”。

第二,第67条规定,“全国人民代表大会常务委员会行使下列职权:(十一)根据最高人民法院院长的提请,任免最高人民法院副院长、审判员、审判委员会委员和军事法院院长。”最高人民法院院长“如何提请”全国人大常委会“任免最高人民法院副院长、审判员、审判委员会委员和军事法院院长”,很显然,最高人民法院可以自身做出相关的操作规定。

第三,第127条规定,“最高人民法院是最高审判机关。最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作,上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。”上述规定实际上赋予了最高人民法院有通过行使“立法权”的方式来监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作以及保证上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。

第四,第134条规定,“各民族公民都有用本民族语言文字进行诉讼的权利。人民法院和人民检察院对于不通晓当地通用的语言文字的诉讼参与人,应当为他们翻译。在少数民族聚居或者多民族共同居住的地区,应当用当地通用的语言进行审理;起诉书、判决书、布告和其他文书应当根据实际需要使用当地通用的一种或者几种文字。”上述规定实际上要求人民法院通过行使“立法权”的方式来确实保证为“对于不通晓当地通用的语言文字的诉讼参与人”提供翻译。

第五,第135条规定,“人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件,应当分工负责,互相配合,互相制约,以保证准确有效地执行法律。”上述规定实际上为人民法院在办理刑事案件时加强与人民检察院和公安机关的分工负责、互相配合、互相制约提供了制定具体法律规定的依据。

当然,在共30处“人民法院”的条文中,绝大多数条文无法有效地推导出人民法院可以自己行使“立法权”来更好地履行审判职能。恰恰相反,有的条文明确规定人民法院必须依据“法律”来行使相关审判职能。例如,现行《宪法》第125条规定:“人民法院审理案件,除法律规定的特殊情况外,一律公开进行。被告人有权获得辩护。”第126条规定:“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。”上述两个条文都明

确了人民法院必须“依法办事”,而不能通过行使“立法权”来办事。此外,还有一些条款虽然与“人民法院”有关,但依据《宪法》文本可以推导的恰恰是其他国家机关可以行使“立法权”,而不是人民法院自身为自己立法。例如现行《宪法》第128条规定:最高人民法院对全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会负责。地方各级人民法院对产生它的国家权力机关负责。很显然,要贯彻落实上述条款,不可能依赖人民法院自己行使“立法权”对同级国家权力机关“负责”,而只能由同级国家权力机关行使“立法权”来规定人民法院具体如何向同级国家权力机关“负责”。否则“负责”就会成为“应付”,“监督”也就只能落空了。

二、《立法法》是否赋予人民法院“立法权”

2000年通过的《立法法》文本共有5处涉及到“人民法院”,但是可以推定人民法院享有“立法权”文本规定共有4处。

首先,可以明确排除人民法院的“立法权”的是《立法法》第8条第2款的规定,即下列事项只能制定法律:各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权。

其次,可以推导出人民法院为贯彻落实立法法的相关条文要求可以制定一定形式的法律规范的条款达到4处,其中包括如下规定。

第一,《立法法》第12条规定,全国人民代表大会常务委员会、国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院、全国人民代表大会各专门委员会,可以向全国人民代表大会提出法律案,由主席团决定列入会议议程。根据该条款,最高人民法院如何向全国人民代表大会提出法律案,可以享有一定的“立法权”来规范自身的行为。

第二,《立法法》第24条规定,国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院、全国人民代表大会各专门委员会,可以向常务委员会提出法律案,由委员长会议决定列入常务委员会会议议程,或者先交有关的专门委员会审议、提出报告,再决定列入常务委员会会议议程。如果委员长会议认为法律案有重大问题需要进一步研究,可以建议提案人修改完善后再向常务委员会提出。根据该条款,最高人民法院如何向全国人民代表大会常务委员会提出法律案,可以享有一定的“立法权”来规范自身的行为。

第三,《立法法》第43条规定,国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和全国人民代表大会各专门委员会以及省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会可以向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释要求。根据上述规定,最高人民法院如果要保证正确和有效地“向全国人民代表大会常务委员会提出法律解

释要求”,可以制定出一定的程序来规范自身的“提出”行为。

第四,《立法法》第90条规定,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会认为行政法规、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大会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。上述规定也为最高人民法院如果“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大会常务委员会书面提出进行审查的要求”提供了“立法权”的空间。

总之,作为依据《宪法》产生的立法活动的基本法律,《立法法》给予了人民法院享有“立法权”以更大的“空间”。

三、《监督法》是如何赋予人民法院“立法权”的

作为专门规定立法监督制度的2006年制定《各级人民代表大会常务委员会监督法》(以下简称《监督法》)其立法文本中有30处涉及到“人民法院”,与《宪法》、《立法法》一样,《监督法》中与“人民法院”相关的条文也存在三类性质的“立法权”:一是可以推导人民法院附条件享有“立法权”的;二是可以明确肯定人民法院没有“立法权”的;三是可以推导其他国家机关享有“立法权”的。第一种情况例如《监督法》第13条规定,专项工作报告由人民政府、人民法院或者人民检察院的负责人向本级人民代表大会常务委员会报告,人民政府也可以委托有关部门负责人向本级人民代表大会常务委员会报告。该条规定人民法院负责人向本级人民代表大会常务委员会提交专项工作报告,但人民法院如何来组织专项工作报告,完全可以由具有报告义务的人民法院自己行使“立法权”来规范提交专项报告的程序。第二种情况例如第45条规定,县级以上地方各级人民政府、人民法院和人民检察院,可以向本级人民代表大会常务委员会提出对本法第44条所列国家机关工作人员的撤职案。上述规定已经明确了县级以上人民法院可以向本级人民代表大会常务委员会提出对“监督法第44条”所列国家机关工作人员的撤职案。第三种情况例如《监督法》第5条规定,各级人民代表大会常务委员会对本级人民政府、人民法院和人民检察院的工作实施监督,促进依法行政、公正司法。很显然,各级人大常委会如何对本级人民法院的工作实施监督,这属于各级人大常委会的“立法职权”。

《监督法》与人民法院“立法权”最直接相关的立法条文有以下3条。(一)《监督法》第31条规定,最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释,应当自公布之日起30日内报全国人民代表

大会常务委员会备案。(二)《监督法》第32条规定,国务院、中央军事委员会和省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为最高人民法院、最高人民检察院作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的,最高人民法院、最高人民检察院之间认为对方作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的,可以向全国人民代表大会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送有关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和社会团体、企业事业组织以及公民认为最高人民法院、最高人民检察院作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的,可以向全国人民代表大会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,送有关专门委员会进行审查、提出意见。(三)《监督法》第33条规定,全国人民代表大会法律委员会和有关专门委员会经审查认为最高人民法院或者最高人民检察院作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触,而最高人民法院或者最高人民检察院不予修改或者废止的,可以提出要求最高人民法院或者最高人民检察院予以修改、废止的议案,或者提出由全国人民代表大会常务委员会作出法律解释的议案,由委员会议决定提请常务委员会审议。

上述3个条文最有意思的地方是从现行《宪法》和《立法法》的相关条文中并不能合理地推导出人民法院享有“立法权”,但是,在没有“立法权”宪法和法律依据的前提下,却出现了对人民法院行使的“立法权”产品——“具体应用法律的解释”进行立法监督的规定。应当来说,从法理上来看,《监督法》的上述规定是不科学的。由此引发的立法实践问题是:人民法院一方面在有一定《宪法》和《立法法》的依据可以附条件行使“立法权”的领域没有利用制度的空间来拓展自身审判权的内涵,该行使的权力没有有效行使,另一方面又意味着人民法院在没有明确《宪法》和《立法法》的依据前提下,行使了不当的“立法权”,产生了本来不属于人民法院审判职权范围内的“立法权”,其表现形式就是最高人民法院出台的“具体应用法律的解释”。由于这种“具体应用法律的解释”具有针对不特定社会公众的普遍法律效力,并且在实践中已经通过审判的强制约束力将其影响力辐射到其他公共生活领域,裁判规则具有了某种程度上行为规则的效力,便在法律实践中产生了“具体应用法律的解释”可能“同法律规定相抵触”。如果能同“法律规定相抵触”,必然是行使“立法权”的结果导致法律规范之间的矛盾和冲突,如果只是针对个别案件生效的话,那么在法理上很难形成“具体应用法律的解释”与“法律规定”相抵触的问题。

联系到当下社会管理创新问题,如果人民法院真正能挖掘制度的潜力,将制度可能赋予人民法院行使的“立

法权”用好、用到位,摒弃不该行使的“立法权”,那么,就会极大地提高人民法院行使审判权的合法性和效率,特别是可以明确地提出“依法审判”、“依宪审判”的口号,严格地适用宪法和法律,不越权、不枉权,以科学和实事求是的态度来利用现行法律制度给予人民法院所提供的每一个空间,充分发挥司法的能动性,才能真正地回归到司法公正的正确轨道上来。

四、进一步明确人民法院行使立法权的制度依据和制度空间

现行《宪法》、《立法法》和《监督法》文本规定中没有明确禁止人民法院行使立法权的条款,相反,为了有效地履行宪法和法律所赋予的职责,保证正确地行使司法审判权,人民法院需要基于宪法和法律上的明确规定来拓展自身的“立法能力”,努力寻求自身的“司法职权”。

现行《宪法》序言明确规定:“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果,规定了国家的根本制度和根本任务,是国家的根本法,具有最高的法律效力。全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织,都必须以宪法为根本的活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。”根据上述规定,人民法院作为国家审判机关,负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。具体到人民法院的日常工作中,究竟如何来保证宪法实施呢?很显然,作为最高审判机关的最高人民法院应当通过发布具体的法律文件来落实《宪法》序言的相关规定。至于说人民法院能否正确地履行宪法实施的职责,能否作为宪法实施效果的最终权威评价者,这与人民法院是否享有“立法权”无直接关系,而与人民法院作为国家审判机关在国家权力体系中的地位有关。如果在实践中不尊重现行《宪法》所确立上述宪法实施的原则,那么,人民法院的“立法权”就会受到实质性侵犯,甚至可能会得出人民法院与宪法实施活动无关的荒唐结论。

在明确了人民法院享有“立法权”的制度依据之后,人民法院所享有的“立法权”的制度空间和内涵就需要科学地加以界定。相对于国家立法机关制定的法律来说,人民法院享有“立法权”所制定发布的规范性文件通常不应针对不特定的社会公众,而只是针对人民法院系统内部如何来有效地行使宪法和法律规定的权限,也就是说,人

民法院依据宪法和法律所享有的“立法权”是一种内部立法权,不具有对社会公众的普遍约束力。此外,对于人民法院的法律适用解释权来说,由于人民法院的性质就是通过对个案的处理来伸张正义和宪法上所保护的平等原则以及各项基本人权,因此,人民法院在审判案件过程中对具体法律条文内涵作出的解释也只能视为仅仅对个案有效,不应当随意产生一般意义上的法律效力,^[3]否则就会导致司法权实质性地侵害国家立法机关的立法权。虽然1981年6月10日第五届全国人民代表大会常务委员第十九次会议通过的《全国人大常委会关于加强法律解释工作的决议》明确规定:凡属于法院审判工作中具体适用法律、法令的问题,由最高人民法院进行解释。“凡属于检察院检察工作中具体适用法律、法令的问题,由最高人民检察院进行解释。最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧,报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定。不属于审判和检察工作中的其他法律、法令如何具体应用的问题,由国务院及主管部门进行解释。”但是上述“决议”并没有科学和有效地说明最高人民法院和最高人民检察院在具体适用法律、法令时所进行的解释的法律性质、法律表现形式和实际的效果,导致了“司法解释”往往代替了被解释的法律,^[4]司法解释基本上代替了法律解释,体现了人民法院和人民检察院作为国家审判机关和检察机关直接“造法”的制度潜能。

当然,人民法院的“立法权”是一个非常复杂的理论问题,一方面取决于人民法院如何处理自身与其他国家机关之间的关系,另一方面人民法院的“立法权”也与司法能动性紧密地结合在一起。我们是实行成文法制度的国家,原则上不承认“法官造法”,^[5]但是现行《宪法》、《立法法》和《监督法》在文本中又确实地赋予人民法院在许多领域享有较大的“自主权”、“自由决定权”,故必须开动脑筋,建立一套科学和有效地表述人民法院“立法权”的话语系统,改过去的“被动应付”成“主动参与”,努力拓展人民法院行使立法权的社会管理创新范围,保障人民法院基于自身的“立法权”来更加有效行使司法审判权,进一步提高人民法院作为国家审判机关的法律地位,保证司法正义原则的付诸实施,全面推进“依宪司法”、“依法司法”的历史进程。

(作者单位:中国社会科学院法学研究所)

[3]以潘德克顿为代表的概念法学派主张:法律条文之间有内在的逻辑性,法官只是原封不动地适用法律,而绝不可创造法律。参见梅里曼:《大陆法系》,西南政法学院1983年版,第42页。

[4]例如,1998年6月29日最高人民法院审判委员会第989次会议通过的“最高人民法院关于执行《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释”(法释[1998]23号)共367条,而被司法解释的1997年《中华人民共和国民事诉讼法》总共才225条,显然司法解释已经超越了被解释的法律,有越俎代庖之嫌。

[5]刘和义:“法官造法”,载《法制与社会》2010年第9期。