

海峡两岸公法学论丛

3

审判独立与权利保障



莫于川 秦前红 / 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

海峡两岸公法学论丛

3

审判独立与权利保障



莫于川 秦前红 / 主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判独立与权利保障 / 莫于川, 秦前红主编. —北京: 法律出版社, 2016. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9970 - 5

I. ①审… II. ①莫…②秦 III. ①审判独立—中国—文集 IV. ①D925 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 217939 号

审判独立与权利保障

莫于川 秦前红 主编

策划编辑 沈小英

责任编辑 沈小英 吴 镝

装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

编辑统筹/财经出版分社

经销/新华书店

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

版本/2016 年 9 月第 1 版

印张/16 字数/323 千

印次/2016 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9970 - 5

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

莫于川

重庆人，中国人民大学法学院教授、博士研究生导师，宪政与行政法治研究中心执行主任、中国行政法研究所所长，兼任中国行政法学会研究会副会长。曾在日本一桥大学、台湾政治大学、香港城市大学访学。主要研究方向行政法学、宪法学和行政管理学。曾发表论文和研究报告300余篇，出版教材和专著30余部，完成科研项目30余项，获科研成果奖30余项，承担多项立法研究起草工作。代表著作有《民主行政法要论》、《行政指导论纲》、《行政指导与建设服务型政府》等。



秦前红

湖北仙桃市人。现为武汉大学法学院教授、博士研究生导师，教育部长江奖励计划特聘教授、武汉大学学术委员会委员、武汉大学珞珈特聘教授，兼任《法学评论》主编。任中国宪法学研究会副会长。主要研究领域为宪法基本理论、比较宪法、地方制度。主编或参与编写教材10余部，在国内外刊物发表学术论文100余篇。主持教育部人文社科重大招标项目、国家社科基金重点项目等多种项目，获得多项荣誉和奖励。代表著作有《宪法变迁论》、《社会主义宪政研究》、《宪法原则论》。



主 编:莫于川 秦前红

撰稿人:(依论文顺序)

韩大元 李念祖 丁晓东 孟凡壮 莫于川

刘定基 魏正棻 苏绍龙 王凌亚 陈清秀

王广辉 傅玲静 涂云新 刘茂盛 廖义男

陈爱娥 王 蔚 邓静秋

编 辑:殷守革 孙如意 吴金晶 游 伟 姜秉曦

汤 莹 任欣欣 卢宗璟 王建睿 张耀龙

汤能干 段华聚

襄 助:许崇德宪法学发展基金

公益信托法治斌教授学术基金

审判独立与权利保障是建设法治国家的基本要求(代序)

《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出,要“推进以审判为中心的诉讼制度改革”。这是中国共产党从全面推进依法治国,加快建设社会主义法治国家,坚持严格司法,确保司法公正的现实需要和长远考虑做出的重大改革部署。推进以审判为中心的诉讼制度改革之目的,是依法保障当事人的权利,而要实现以审判为中心的诉讼制度改革,审判独立是重要抓手。审判独立作为诉讼制度的一个重要原则和制度,在审判活动中扮演着重要作用。努力做到审判活动独立,是实现司法公正和保障当事人权利的重要路径之一,也是达致“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”(习近平语)的理性选择。

本书是第六届海峡两岸公法学论坛论文集,以“审判独立与权利保障”为主题,收录了两岸公法学人关于审判独立与权利保障的最新研究成果,也体现了近年来两岸关于审判独立与权利保障方面研究的共识以及各自研究的方向和旨趣,有助于促进两岸公法学的深化研究、相互促进和发展,同时有助于加强两岸在更多议题和领域上的相互交流、合作与了解。

海峡两岸公法学论坛是中国人民大学法学院、中国人民大学宪政与行政法治研究中心与台湾政治大学、台湾政治大学法学院公法学研究中心共同发起的年度学术盛事,由两岸轮流承办,迄今已历六届,在公法学界产生了广泛的影响力和良好的学术声誉。

2015年5月9日至10日由武汉大学法学院、中国人民大学法学院、台湾政治大学法学院共同主办的“第六届海峡两岸公法学论坛:审判独立与权利保障”在武汉大学成功举行,会议共一天半时间。来自大陆地区的武汉大学、中国人民大学、清华大学、中国政法大学、华东政法大学、浙江大学、厦门大学、复旦大学、青岛大学、中南财经政法大学,来自我国台湾政治大学、东吴大学、台北大学、台湾大学等知名法学院校的40余位公法学者及20余名公法专业研究生参加了本届论坛。会议围绕“审判独立与权利保障”展开研讨,与会人员递交的高水平论文,本书共32万字,收录论文18篇,其中来自大陆地区的论文10篇,来自我国台湾地区的论文8篇。由于选题范围、作者意愿和篇幅所限等原因,部分会议论文未能收录,谨此说明,是为遗憾。

此前,第一届、第三届、第五届公法学论坛的论文集,已由台湾政治大学法学院公法学研究中心编辑后陆续在台湾出版;第二届、第四届论坛的论文集,由我们编辑后陆续在法律出版社出版。今再次承蒙法律出版社的大力支持,我们将第六届论坛的论文集编辑

成册并公开出版,以飨读者,使更多的法林中人和会有识之士了解论坛的丰硕成果,期望进一步碰撞火花和交流思想,并诚挚希望得到各位专家的意见和建议,以便更好地将论坛开展下去。

谨此感谢本书撰稿人为两岸公法学发展做出的重要学术贡献,同时感谢许崇德宪法学发展基金、公益信托法治斌教授学术基金的鼎力襄助;感谢武汉大学法学院黄明涛及志愿者的卓越工作;感谢中国人民大学宪政与行政法治研究中心的殷守革、孙如意、吴金晶、游伟、姜秉曦、汤莹、任欣欣、卢宗璟、王建睿、张耀龙、汤能干、段华聚等博士研究生和硕士研究生的辛勤付出,他们利用紧张的课余时间协助进行了大量、细致的编辑工作;感谢法律出版财税分社的沈小英社长和吴镛编辑的辛劳和慧眼,才使本书能够在最快的时间内呈献给读者。

莫于川 秦前红
2016年7月26日

目 录

第一编 审判独立的基本理念

论司法审判独立原则的宪法功能	韩大元(3)
审判独立与权利保障——从两篇千古名文谈起	李念祖(16)
民主政治视野下的宪法权利与审判独立	丁晓东(25)
行政审判中的正当程序原则	孟凡壮(41)

第二编 审判独立的制度创新

良善之法是善治的基础,审判独立是权利的保障——《中华人民共和国 行政诉讼法》修改工程述评	莫于川(53)
法庭录音的公开及其限制——审判独立、司法课责与隐私保护	刘定基(62)
大法庭判决拘束力初探——从审判独立及法安定性角度出发	魏正莱(76)
当前司法体制改革的审判独立取向及其困题	苏绍龙(89)
审判独立之兼容性——以“人民观审试行条例”为中心	王凌亚(97)

第三编 权利保障的基本理念

“宪法”上民众行政诉讼权之保障	陈清秀(115)
法院独立审判与人权保障之关系的实证分析	王广辉(134)
法定法官与民众参与审判——由诉讼权之保障出发	傅玲静(146)
文化权利的规范建构——人权公约与实证宪法的法理交错适用	涂云新(165)
人民法院办案模式转型与权利保障的冲突——以主审法官办案责任制 的腐败风险为视角	刘茂盛(185)

第四编 权利保障的司法功能

“司法法院大法官”解释之权利救济功能	廖义男(197)
“有效权利保障”与“行政决定空间”对行政诉讼制度的影响	陈爱娥(209)

“诽谤罪”与“言论自由”之边界——评法国宪法委员会 2011 - 131QPC 判决	王 蔚(227)
美国死刑的司法控制	邓静秋(235)

第一编 审判独立的基本理念

论司法审判独立原则的宪法功能

韩大元*

人民法院是宪法规定的国家的审判机关,其运行的基本结构与原则是依法独立行使审判权。^①《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)对于加强人民法院独立行使审判权,从机制和理念创新方面提出了新的举措,如省以下地方法院、检察院的统一管理等。在具体落实这些举措过程中必然涉及不同层面的宪法问题,需要严格遵循宪法原则与界限。

一、依法独立行使审判权是一项宪法原则

(一)宪法原则与审判权

宪法原则是宪法基本价值的体现,不仅体现在宪法实施的整个过程,对所有公权力活动产生直接的约束力。宪法原则体现国家的主流价值观,对整个国家生活产生引导作用。宪法作为国家根本法,实际上凝聚着一国的基本价值共识。宪法原则体现了宪法国家应追求的基本目标与价值体系,引导宪法生活的基本方向,对整个宪法制度的运行过程起到指导功能,构成宪法制度统一的基础。

宪法原则的基本功能是指导宪法规范与宪法制度运行的过程和程序,使宪法发展具有统一的基础和依据。具体而言,宪法原则的基本功能表现在:提供现代国家构成原理的基础,使国家权力的运行具有统一的基础,使宪法在统一的理念下获得更多的社会支持,并提供解决宪法规范与社会现实冲突的指导原则与理论依据,是解决社会各种利益纠纷的准则。宪法原则是否规定在宪法文本,并不影响其效力。如在美国,有的学者在谈论宪法原则时认为,美国宪政的基本原则是权力分立和权力分配,并从这一原则中派生出美国宪政的另一项原则,即限权原则。^②这三项原则实际上确立了美国宪法的价值基础和基本原理。在日本,国民主权、和平主义与基本人权保障是宪法所体现的基本原则,有的学者甚至把它描述为宪法的灵魂。在这些国家,宪法原则主要通过宪法解释或

* 中国人民大学法学院教授。

① 本文以《宪法》第126条规定为基础,将“依照法律独立行使审判权”概括为“司法审判独立原则”。

② [美]杰罗姆·巴伦等著:《美国宪法概论》,中国社会科学出版社1995年版,第4页。

具体的宪法判断过程得到说明和解释。^①

宪法原则的价值是多元的,不同的原则之间也存在价值冲突,但核心价值是统一的。就中国宪法而言,学术界通常将宪法的基本原则归纳为人民主权原则、基本人权原则、权力制约与监督原则、法治原则和单一制原则等,这些原则在中国宪法文本中均有一定程度的体现,是具有统一核心价值的整体。从这些基本原则中,必然衍生出包括审判权独立在内的一系列准则,因为只有在审判权依法独立行使的条件下,保障人权、实现法治、确保国家的统一性、维护社会主义法制的统一和尊严等基本价值才能够实现。因此,宪法原则效力在审判活动中的重要体现就是维护审判公平,维护社会正义,其制度就是审判权的依法独立行使。可以说,司法审判独立是宪法所追求的人权保障、约束公权力价值的具体化,能否坚持司法审判独立直接关系到能否维护宪法权威的问题。

(二)宪法原则影响审判活动的基本途径

在中国,“依法治国,建立社会主义法治国家”既是宪法规范的要求,也是执政党的治国方略。基于宪法的价值体系与功能,通过宪法原则对审判活动进行指导是宪法与司法相互作用的重要形式。

长期以来,党对司法的领导主要表现为组织领导和政策指导。组织领导表现为各级司法机构设立党组织,各级党委和法院的党组织在法官选任,特别是院长、副院长等方面有实际权力。政策指导表现为各级党委的决策对司法工作的影响,特别是通过各级党的政法委员会贯彻落实司法政策,并协调各个司法机构。一般而言,党的主张首先具体化为某项政策或者决策,然后再影响司法政策的形成与做出,最终对司法审判活动产生影响。但这些做法容易干扰审判权的独立行使,导致冤假错案。因此,回归宪法精神,强调宪法对司法的保障作用是十分重要的,以宪法为基础完善党对司法的领导,有助于从根本上实现审判机关的宪法使命。

首先,宪法原则对司法活动产生宏观的指导作用。宪法是国家根本法,旨在规定一国最根本、最重要的社会关系,是国家权力运行的前提与基础。宪法原则作为制宪、行宪以及释宪的指引,其涵盖范围更为宏观也更具全局性。从宪法文本来看,宪法原则所统率的对象不仅包括民主法制建设,也涵盖国家与社会生活的方方面面,其中包括人民法院的审判工作。法院的工作虽以审判为中心,但不能违背宪法的宏观指导。宪法在审判工作中的价值指引直接体现在具体的审判工作之中。

其次,宪法原则决定着法院审判工作的基本内容与方向。这一方面是基于宪法的最高效力,宪法原则必然对法院审判工作产生影响;另一方面,也与法院的政治功能有着密切关系。在中国,人民法院在承担审判职能的同时,也承担某些政治职能,因此,通过宪

^① 中国宪法典也没有具体规定宪法原则,具体有哪些原则、各项原则的具体含义等事项只能通过宪法解释逐步加以明确。宪法原则的统一解释与认识,对于宪法实施产生重要影响。在《宪法》没有明确规定宪法原则的情况下,部门法,特别是行政法规不宜规定宪法原则。

法所体现的执政党意志实际上也影响着法院审判工作。从规范的角度而言,党的领导则表现为宪法将党的基本理论确立为基本原则从而具有法律效力,然后再进一步指导法院审判工作,即宪法与法律是执政党影响司法工作的中介,宪法原则直接决定着法院工作的性质与基本内容。当然,司法的运作有其专业性与特殊性,不应当简单重复或直接表述国家指导思想或者价值。司法有其特有的性质与规律,宪法原则的指导作用不应该影响司法专业性的发挥。

最后,人民法院负有维护宪法尊严的宪法职责。从我国《宪法》序言最后一段和第5条出发,包括人民法院在内的一切国家机关均负有遵守宪法和维护宪法尊严的职责。与其他国家机关不同,人民法院是专门处理法律问题的专门的国家机关,在维护宪法权威方面也具有特殊的职责,这不仅包括人民法院在办理案件的过程中若发现法律、法规存在合宪性问题时,根据《立法法》第90条的规定,应当中止案件的审理,提请全国人大常委会裁决或者解释宪法,^①这还意味着人民法院应当在审判工作中体现宪法原则。

(三) 宪法原则与司法工作原则

现行《宪法》在第125条、第126条规定了司法审判的基本原则,即审判公开原则、被告人有权获得辩护原则和司法审判独立原则等。此外,《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》又分别规定了若干诉讼原则。法律原则一般是指“可以作为规则的基础或本源的综合性、稳定性原理和准则”。^②这些由宪法所确立的关于司法审判的基本原则不仅调整和规范人民法院的审判工作,而且指导和约束有关法律规范的创制、修改等活动。

众所周知,任何法律及其原则的确立,都是在宪法理念下进行的。宪法理念反映一国法治的基本精神,在这些理念支配下确立若干法律原则,再具体化为具体的法律规则,从而形成一套制度与程序。因此,作为理念的国家宪法的指导思想是抽象和笼统的,原则次之,规则是理念与原则的具体化,更具可操作性。

宪法原则是规则产生的基点,它可以派生出若干规则与制度,并通过这些规则实现其所蕴含的精神;反之,原则与规则是指导思想的具体化或外在化的结果,是保证抽象的指导思想得以贯彻和实现的必要的法律手段。宪法原则是价值与规范的统一体,它不必都以法律条款的形式来表现,因此其可操作性和强制力相对要弱。宪法原则与人民法院的具体审判原则应当做出合理的分工。宪法原则主要是作为宏观的价值理念与规则,指导法院的审判活动,而法院审判的具体原则中独立审判又是一个基础和核心原则,决定着其他原则的落实和展开。例如,诉讼法所确立的审判工作原则,如当事人法律地位平等、辩论原则、公开审判原则、合法性审查(行政诉讼)等,均与独立审判具有内在联系,可

^① 朱福惠、刘木林:“论我国人民法院的宪法解释和违宪审查提请权——以立法法第九十条的规定为视角”,载《法学评论》2010年第3期。

^② 张文显:“规则·原则·概念——论法的模式”,载《现代法学》1989年第3期。

以视为特定的宪法原则在具体诉讼过程中的展开。

二、宪法上司法审判独立的规范内涵

(一) 司法审判独立原则的确立

近现代意义上的司法审判独立产生于西方法律传统中,中国传统社会虽然存在法官捍卫司法审判独立的事例,^①却远未形成司法审判独立的制度。在清末立宪运动的过程中,中国逐渐移植了西方的司法审判独立理念和制度。其中,康有为、严复、沈家本等思想家的启蒙起到了重要作用。例如,沈家本在论证《法院编制法》之重要性的过程中明确提出:“东西各国宪政之萌芽,俱本于司法之独立。”^②这种观念在20世纪初期逐渐得到普遍承认。在1949年以前,中国在学习西方法治的过程中已经将司法审判独立的概念作为基本的法律术语,在宪法、法院组织法和诉讼法的各种文本中予以广泛使用。

新中国所建立的人民司法制度也基本延续了司法审判独立的观念。^③1949年的《中国人民政治协商会议共同纲领》第17条规定: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。1954年《宪法》第78条规定:人民法院独立进行审判,只服从法律。这一条的规定是对司法审判独立原则的正式确立,同时也是明确的规范表述。在讨论宪法草案时,宪法起草委员会曾围绕“审判权”还是“司法权”问题进行过讨论,最后基于中国宪法文化与政治体制的特殊性,没有采用“司法权”,而采用“审判权”,一直延续到今天。因此,审判权、司法审判独立的规范表述不仅仅是术语的选择问题,其概念中包含文化与制度的特性。1975年《宪法》、1978年《宪法》在特殊的政治背景下取消了司法审判独立原则,“理由是司法审判独立是资产阶级的观点,我们是社会主义国家,不能搞什么司法审判独立”,^④这实际上是把法院的审判活动完全政治化,法院只履行政治性功能,无法独立做出专业性的判断。

1982年《宪法》在继承1954年《宪法》传统与精神时,特别关注司法审判独立的规范表述问题。《宪法》第126条规定,“人民法院依照法律独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉”。从“只服从法律”到“不受行政机关、社会团体和个人的干涉”,规范表述的变化引起了人们的争议,不少学者主张应恢复1954年《宪法》的表述,即“只服从法律”。^⑤其实,从宪法规范变化的历史背景和内涵来看,表述的变化并不影响司法审判独立原则的落实,而关键的是如何从宪法解释学的角度合理对其进行解释,以真正达到“司法审判独立”的目的。

① 完整的人物事例汇总,参见李甲孚著:《古代法官录》,新北,“商务印书馆”1984年版。

② (清)沈家本:“修订法律大臣沈家本奏酌拟法院编制法缮单呈览折”,载故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》(下册),中华书局1979年版,第845页。

③ 实际上,1946年的《陕甘宁边区宪法原则》早就已经将司法机关作为重要的部门加以规定,其中有“各级司法机关独立行使职权,除服从法律外,不受任何干涉”的规定。

④ 肖蔚云著:《论宪法》,北京大学出版社2004年版,第545页。

⑤ 刘作翔:“关于司法权和司法体制的宪法修改意见”,载《法学》2013年第5期。

司法改革的核心就是回归司法的客观规律,保证审判权的独立行使。众所周知,法治作为人类社会构建政治共同体、寻求安定与繁荣的生活方式,从来都是将法官的独立与审判权的独立作为核心的。法官的独立与审判权的独立,有助于在司法过程中排除专断意志的干预,使个人权利的保护与社会纠纷的解决真正遵循法律,而不必受制于非法治的因素。戴雪曾将法律主治的含义归纳为“武断权力的不存在”、“普通法律与普通法院居优势”和“宪法的通则形成于普通法院的判决”^①这三项。从某种意义上说,法治的历史就是一部司法权逐步争得独立地位的历史。无论是封建时代的君主,还是民主时代的议会,哪怕再强大的政治权力,也无法令法官放弃其依法独立判断的权力。只要人类选择了法治的生活方式,那就必然接受法院依法独立审判这一价值。

(二) 司法审判独立原则的内涵

1982年《宪法》是在中华人民共和国刚刚经历了重大历史浩劫之后颁布的,其中凝结了党和人民对于法治的共识与期待,而“依法独立审判”条款(即《宪法》第126条)就是这些共识与理念的体现。宪法明确赋予人民法院依法独立行使审判权,尤其是第126条后半句对于特定干涉情形的排除提示了司法审判独立有可能遭遇的挑战——考虑到“文革”对于司法制度的破坏与特定历史背景,这一规定具有特殊的意义。实际上,宪法文本用这样的方式彰显了其保障司法审判独立的信念。如果结合《宪法》第123条关于人民法院是“国家的审判机关”地位的确认,我们则会发现,审判权明确地被完整而排他性地授予了专司审判工作的人民法院。可以说,一个专门的审判机关必然要求独立享有审判权,而独立审判的实现则相应地保证了人民法院作为审判机关的宪法地位不受侵犯。质言之,司法审判独立作为一项原则,是被现行宪法所明确规定的,也是构建或改革我们的司法体制所必须遵循的最高规范。从这个意义上讲,党的十八届三中全会的《决定》恰恰是在宪法的框架内重申和深化了司法审判独立这一主题。因此,以此为契机的下一轮司法改革也必将在宪法的框架内予以设计,并逐步推进。

当然,宪法所确认的司法审判独立原则是非常明确的,但文本与实践之间的冲突仍然是客观存在的。司法审判独立尚未获得配套性的体制与机制的必要支持,这也是造成近年来司法权威不彰、人民群众对司法制度不太满意的原因之一。正是存在司法审判独立原则在规范与现实之间的冲突,使这一原则没有得到有效实现,导致了司法腐败、司法公信力下降等问题。

(三) 司法审判独立必须依照法律规定

《宪法》第126条对司法审判独立施加了“依照法律规定”的限制,即司法审判独立并不是说人民法院可以是一个“独立王国”,^②而必须以“依照法律规定”为边界。因此,

^① [英]戴雪著:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第232页、第237页、第239页。

^② 中国人民大学法律系国家法教研室编:《中华人民共和国宪法讲义》,中国人民大学出版社1964年版,第240页。

我国宪法上的司法审判独立在形式上是一种具有相对性的独立。

由此一个核心的问题也就在于,如何理解第126条所谓“依照法律规定”的含义,这是阐明宪法的司法审判独立条款的关键。对此,学者们的观点是不一致的。如有的学者认为,在《宪法》第126条中的“依照法律规定”6个字中,“法律二字是狭义的,不包括宪法在内”,^①并以此作为法院不能将宪法作为司法适用的依据。但也有学者在主张狭义法律时将宪法包括在其中,认为“这个法律是狭义的,具体指《宪法》、《人民法院组织法》、《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》等”。^②也有学者把“依照法律”解释为广义上的法律,包括法律、法规等,^③认为是一种客观的规范体系。笔者认为,在分析这一问题的过程中,要立足于中国《宪法》文本,既要考虑文本形成的历史环境,同时也要考虑文本价值内涵与外在功能问题。

在中国《宪法》文本中,“法律”一词的含义是十分丰富的,有的时候则是作为法律整体形式来出现的,有的时候则仅仅是以国家法律形式出现的。也就是说,“法律”一词在宪法文本的不同条款中的含义不尽相同,同样的“依照法律规定”、“依照法律”等表述也可能有不同的文本内涵。首先,第126条的“法律”包括了宪法,因为宪法不仅是我国法律体系的首要渊源和最高规范,也是人民法院审判权的来源,第126条的“依照法律规定”不可能完全排斥宪法。^④其次,全国人大及其常委会制定的法律是第126条的应有之义,对此无须赘述。再次,“依照法律规定”在不同的诉讼中具有不同的特点和要求,刑事审判必须遵循“罪刑法定主义”原则,因此“依照法律规定”仅指狭义的法律;在行政审判中,法律会扩展至行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例等;在民事审判中,“依照法律规定”会更为广泛,不仅包括实质性的制定法,必要时也可以采用习惯法等。最后,人民法院“依照法律规定独立行使审判权”受宪法和法律的严格限制,主要表现在人民法院无权行使属于全国人大常委会的法律和宪法的解释权,遇有违宪之嫌的法律、法规,应通过最高人民法院向全国人大常委会提出审查或解释的要求。

总之,依照法律规定保持独立性是《宪法》第126条确立的关于人民法院审判活动的基本原则,它既体现了司法的普遍规律,也凝结着整个国家的法治共识,它决定了人民法院审判权的存在形态和运行规则,对于在进一步推动司法改革进程具有重要的指导意义。

① 童之伟:“宪法适用应依循宪法本身规定的路径”,载《中国法学》2008年第6期。

② 蔡定剑著:《宪法精解》,法律出版社2004年版,第402页。

③ 有学者把“依照法律”分为两层含义:一是法律为人民法院独立行使审判权提供保障;二是法院在审判活动中以全国人大及其常委会制定的实体方面的法律。参见许安标、刘松山著:《〈中华人民共和国宪法〉通释》,中国法制出版社2003年版,第328页。

④ 笔者曾对此问题进行过详细的论述。参见韩大元:“以《宪法》第126条为基础寻求宪法适用的共识”,载《法学》2009年第3期。