



清华大学法学院
学术文库

宪政体制下 法院的角色

Xianzheng Tizhi Xia
Fayuan De Jueshe

李晓兵◇著



人民出版社

D926.2
L290.1



南开大学法学院
学术文存

宪政体制下 法院的角色

李晓兵◇著

 人民出版社

责任编辑:姜冬红
版式设计:程凤琴
责任校对:吕 飞

图书在版编目(CIP)数据

宪政体制下法院的角色/李晓兵 著. -北京:人民出版社,2007.10
ISBN 978-7-01-006446-8

I. 宪… II. 李… III. 法院-工作-研究-中国 IV. D926.2
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 127358 号

宪政体制下法院的角色

XIANZHENG TIZHI XIA FAYUAN DE JUESE

李晓兵 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京集惠印刷有限责任公司印刷 新华书店经销

2007 年 10 月第 1 版 2007 年 10 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:15

字数:343 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-006446-8 定价:28.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539



作者简介

李晓兵，1974年9月出生，河南省平顶山人，2000年至今在南开大学任教，法学博士。先后就读于河南大学、中国政法大学、中国人民大学。2003年10月至2004年1月，参加中国—欧盟人权对话网络项目，在爱尔兰国立大学（GALWAY）人权中心实习。2005年9月至2006年9月在法国巴黎第一大学法学院做访问学者。主要研究领域为宪法学、司法制度、人权法、欧洲法，主要学术兴趣为动态宪法研究、比较宪法研究和人权的司法保障。先后在《宪法研究》、《当代法学》、《欧洲法律与经济评论》、《理论与现代化》、《法制与社会发展》、《中国人权年刊》等学术杂志发表论文十余篇，参与撰写或编著著作多部。

内容提要

每一个社会个体都要在社会化的过程中扮演与社会期待相适应的社会角色，对于法官这个独特的社会群体以及由这些法官组成的法院来说，其社会角色的正确认知和形成，对于一个国家的法治发展水平和状态意义重大。一个国家法治环境的优良与否很大程度上不是决定于法律文本本身，而是主要决定于这些法律如何运作。只有把纸面上的法律和生动的社会实践相结合，法律才有价值，而法律秩序与法治理想就是在这一过程中才成为现实的。在抽象的法律与现实的法律之间，不仅有理论上的鸿沟，而且有益益上的障碍，法律的运作和实施不仅需要立法者的智慧，而且需要法官创造性的实践活动，法治的实现很大程度上与法院的角色是否适当并得到充分发挥密不可分。本书运用比较法，在对中西方典型案例具体分析的基础上，立足中国实际，对构建中国宪政体制下法院的角色进行了深入分析和思考。

责任编辑：姜冬红

封面设计： 法律出版社
010-65126113



Xianzheng Tizhi Xia
Fayuan De Jiaose

前 言

一个国家法治环境的优良与否很大程度上不是决定于法律文本本身,而是主要决定于这些法律如何运作。抽象意义的法律一定要转化为现实,必须潜入普通人的生活,涉足国家的政治运作,投入激烈的利益冲突中。只有把纸面上的法律和生动的社会实践相结合,法律才有价值,而法律秩序的形成与法治理想的实现就是在这一过程中才成为现实的。

在现代国家,民主、法治、人权是社会发展的必然要求,也是现代国家法律所追求的基本价值,也应该成为基本的社会条件。然而事实上,任何一个国家,其纸面上的法律和现实中的法律往往是存在着巨大差距的。在抽象的法律和现实的法律之间,不仅有理论上的鸿沟,而且有利益上的障碍,法律的运作和实施,不仅需要立法者的智慧,而且需要适用这些法律的法官们的创造性的实践活动。从法治国家的经验来看,法治的实现在很大程度上与法院的角色是否适当并得到充分发挥密不可分。靠强权控制和武力威胁是不能实现法治的,法治更多地依靠理性的说服、内在的信仰和自觉的遵守,法院权威的确立是人们对于法治拥有信心的表现,也是法治得以实现的基本标志,因此,法院作为法治的代表和象征是最恰当不过的。在这个意义上,所谓的法律帝国就

2 宪政体制下法院的角色

是要建立以法院为核心的法律帝国,在这个国家,法律为王,所有的行为都可以提交到法院进行诉讼,所有的行为都可以经受法院的审查,所有的行为在法院这里被彻底地转化为法律行为。

法院是以审判活动为中心展开的,法官的判决只是指向个案,但是个案的影响力却是巨大的。法官对案件的判决既有既判力,也有示范效应,这是一种潜在的约束力。而在英美法系,法院的判决则不仅仅是一种潜在的约束力,而且是一种实实在在的约束力,这是一种判例,具有确定的法律效力。我们在阅读世界各国不同法院法官的一些著名判例的时候,往往能够从中体会到这些司法者以自己的智慧和创造性对人类所面临的普遍问题所进行的理性的思考,这其中既有司法能动的石破天惊的创举,也有司法自我约束的保守和审慎。

中国已经通过宪法修正案将“依法治国,建设社会主义法治国家”写进宪法序言,这表明中国将坚定不移地朝着建设社会主义法治国家的方向迈进,这是新中国民主法治发展史上具有里程碑意义的重要一步。建设社会主义法治国家,是一个综合的、全方位的发展过程,它既要求有一套比较完备科学的法律体系,同时,又要求已经制定的法律能够真正得到全面而正确地实施。自改革开放以来,我国加强了立法工作,二十多年里全国人大及其常委会已经制定了法律和有关法律的决定近400部,国务院制定行政法规800多部,各地方制定地方性法规7000多部,这样的立法速度可谓举世罕见。应该说,到目前为止,我国基本上做到了“有法可依”,市场经济的法律体系框架已初具规模。然而目前,我国在立法和法律实施之间的距离却日益突出。一方面,立法日趋完备;另一方面,这些写在纸上的规则却不能正常地通过

司法机关^①的适用而得到实施并成为社会生活的准则。事实上,有了好的、完备的法律,一个社会并不一定就能够进入较好秩序的状态,因为法律还有一个执行和遵守的问题。曾经有媒体对我国法院判决的执行情况作过评估,认为涉及民事和经济的判决,相当一部分不能执行或者不能完全执行。这种状况带来的后果是严重的:法律仅仅停留在书面文字的规定上,人们对法律的信心遭到挫伤,社会公正无法实现,合理的法律秩序无法形成。之所以出现这种状况是有着复杂的原因的,其中一个重要的原因就是我们对法律的认识过于简单,我们一贯重视立法,而忽略法律的实施,忽略法院在现代社会中对社会关系调整作用的充分发挥。法治的关键在于法律的实施,在于通过法院这个最后将法律与具体社会关系相结合的机关的适用使法律进入一个良性循环。如何保证已经制定的法律的质量,如何把制定的法律付诸实施,是一个远比立法本身困难和复杂得多的事情,而这背后实际上就是法院在宪政体制下的角色问题,即法院应该如何定位、法院与立法机关和行政机关的关系如何确定、法院应该发挥什么样的作用、法院的这些作用应该如何发挥等等。

从另一个方面来看,随着我国改革开放进程的加快,中国社会深层次的问题越来越多地暴露出来,也被越来越深刻地认识,中国的改革已经进入了制度创新的阶段。然而,我国当前的司法制度却面临着矛盾:一方面,法院体系比较弱,相对于权力机关与行政机关而言,它还是一个缺少足够权威的部门,既不像权力机关那样

① 在我国,国家的司法权是由法院和检察院分享的,因此广义上的司法机关的含义包含法院和检察院。在很多国家,司法机关是指拥有司法权的权力机构,即仅指法院,这是狭义上的司法机关的含义。在本书中,作者倾向于采用后者,即指狭义上的司法机关——法院。

4 宪政体制下法院的角色

具有法定的决定力,也不像行政机关那样具有事实上的强制力;另一方面,越来越多的公民诉诸法院来解决问题。中国的市场经济正在发展,经济纠纷大量增加;个人权利和个人的自主意识增强,造成民事案件数量上升;政府近年通过了一系列法律,鼓励人们对政府官员的行为提出质疑,行政诉讼的数量也在不断攀升。然而市场力量、个人期望、行政行为的变化与司法制度的发展与完善并不是同步的,这样的不协调使得司法过程不但不利于化解和消除社会矛盾,反而更容易加剧和激化社会矛盾。因此,对我国的司法制度进行重新定位和构建,促使其不断的完善和发展就成为当代中国法治发展的必然选择。

正是基于对上述问题的思考,我选择法院在宪政体制下的角色这一主题来进行研究,作为一名宪法学者,从宪法的角度对法院的司法问题进行思考,也算是对中国社会现实的一种回应。

目 录

前言	(1)
第一章 宪政、宪政体制与法院	(1)
一、宪政与宪政体制	(1)
(一) 宪政概念分析	(1)
(二) 宪政的起源	(7)
(三) 宪政与相关概念的关系	(15)
(四) 宪政理念与宪政体制	(21)
二、各国法院的设置及司法权性质分析	(25)
(一) 各国法院的设置	(26)
(二) 司法权的性质分析	(33)
三、法院角色的社会学意义分析	(37)
(一) 社会角色的一般理论	(37)
(二) 法官职业与法院角色	(42)
四、宪政体制与法院角色的实证研究	(45)
(一) 迈尔斯诉合众国案等总统任免权系列 案——美国联邦最高法院在行政权与立法 权相互制衡中的角色	(45)
(二) 马丁诉亨特承租人案——美国联邦最高法	

2 宪政体制下法院的角色

院在协调联邦与州的关系中的角色	(60)
(三) 奇赫姆诉佐治亚州案——美国联邦最高法 院判决的法律效力与法院角色的发挥	(65)
第二章 司法独立与法院的角色	(73)
一、司法独立之宪政意义	(73)
二、司法独立的一般理论及其发展	(75)
三、中国的司法独立问题	(82)
(一) 中国司法独立问题的特殊性	(82)
(二) 中国司法独立的制度保障及完善	(94)
四、司法独立的实证研究	(97)
(一) 日本“天津事件”	(97)
(二) 日本“吹田默祷事件”	(99)
(三) 日本“浦和充子事件”	(100)
(四) 日本“平贺书函事件”	(101)
(五) 中国“李慧娟事件”	(101)
(六) 美国罗斯福“堵塞法院计划”	(103)
第三章 法律解释与法院的角色	(106)
一、法律解释与法院	(106)
二、中国的法律解释体制中的法院	(113)
(一) 中国的法律解释制度及其问题分析	(113)
(二) 中国法律解释实践之完善	(124)
三、法律解释与法院角色的实证研究	(125)
(一) 麦卡洛克诉马里兰州案——美国联邦最高 法院对宪法“必要和适当条款”的解释	(125)
(二) 斯科特诉桑得福特案——美国联邦最高法	

院关于黑人公民权的解释	(135)
(三)申克诉合众国案等——法院对言论自由解 释及其界限的界定	(144)
(四)《纽约时报》诉沙利文案——法院对新闻自 由的保障	(164)
(五)洛克纳诉纽约州案——法院对契约自由 保障	(175)
第四章 违宪审查与法院的角色	(180)
一、违宪审查的界定	(180)
二、违宪审查制度的起源	(184)
(一)违宪审查制度的起源	(184)
(二)马伯里诉麦迪逊案及其判决	(185)
(三)马歇尔大法官的创造性司法实践	(191)
(四)马伯里案与司法审查制的确立	(195)
三、美国违宪审查制度之确立及其影响	(199)
四、中国的宪法监督制度	(208)
五、违宪审查与法院角色的实证研究	(216)
(一)从砂川案到长沼案——违宪审查与“统治行 为论”	(216)
(二)古得沃特诉卡特案——司法审查中的“政治 问题”	(226)
(三)法国“结社自由案”(1971年)——法国宪 法委员会的角色问题	(236)
(四)格里扎克宪法诉讼案——俄罗斯宪法法院 的角色问题	(244)

第五章 人权保障与法院的角色	(249)
一、人权主题的确立	(249)
二、人权问题的展开与人权司法保障机制的确立	(252)
(一)人权问题的展开	(252)
(二)人权的司法保障机制的确立	(258)
三、司法对人权保障的优劣分析	(272)
(一)司法在人权保障中的优势分析	(272)
(二)司法在人权保障中的劣势分析	(275)
四、司法人权保障机制的确立与完善	(276)
(一)司法人权保障机制的确立和完善	(276)
五、人权司法保障的实证研究	(280)
(一)钱缘诉上海屈臣氏日用品有限公司案—— 法院对公民人格尊严权利的保障	(280)
(二)合众国诉奥布莱恩案等——法院对“象征性 言论”保障	(290)
(三)马休斯诉埃尔德里奇案等——法院对公民 权利正当程序的保障	(299)
(四)从“五角大楼文件案”到西姆斯诉中央情报 局案——法院对公民权利与国家利益之衡量	(328)
(五)《查泰莱夫人的情人》系列案——法院对出 版自由的保障	(340)
(六)家永教科书诉讼案——法院对学术自由保 障与国家权力介入的界限	(350)
(七)蒋某诉中国人民银行成都分行案——中国 平等权的司法保障	(355)

(八) 米兰达诉亚利桑那州案——法院对刑事诉 讼中被告人权利保障	(365)
(九) 朝日诉讼案——法院对生存权的保障	(374)
第六章 司法决策与法院的角色	(380)
一、法院的司法决策	(380)
二、司法能动主义与司法自我约束	(390)
三、司法决策的实证研究	(406)
(一) 从普莱西案到布朗案——司法决策对平等 保护原则的适用	(406)
(二) 贝克尔诉卡尔案——司法决策与选区划分 问题	(422)
(三) 巴基案——司法决策与“肯定性行动”	(429)
(四) 法国“全民公决案”(1962年)——宪法委员 会对公民意志的尊重	(438)
第七章 结语: 社会变革与法院角色的重塑	(450)
 主要参考书目	 (459)
 后 记	 (464)

第一章 宪政、宪政体制与法院

一、宪政与宪政体制

(一) 宪政概念分析

宪政,也被称为“立宪政体”、“立宪主义”,它是宪法学和政治学中的一个重要概念。从宪法与宪政的英文表达来看,宪法被称为“constitution”,宪政被称为“constitutionalism”,二者从词源上看有着共同的词根,因此二者在词义上是存在着内在关联的。从历史渊源看,亚里士多德在其《政治学》一书中即交替运用宪法、宪政、政体等词语。在亚氏的理念里,宪政与宪法并没有重大的区别,他主张通过宪法的方式来确立国家机构的管理形式,规范城邦国家最高统治机构和政权的组织和安排,这就是他所理解的宪政。在《布莱克维尔政治学百科全书》中,宪法、宪政被作为同一词目诠释也并没有被做出明确的区分。尽管二者存在着这样或那样的联系,但是,在宪法学界和政治学界,对于宪法和宪政的认识的区分则逐渐成为主流,特别是到了近代之后,宪法作为国家根本大法的法律地位确立,但是宪政实践则是五花八门,参差不齐,这样不论是从理论上还是实践上,宪法与宪政的区分不仅必要而且成为必然。

有学者认为,对于宪政的界定必须考虑以下几个问题:(1)

“宪政”一词源于西方,其基本的价值目标是通过限制政治权力以保障公民权利。(2)宪政既具有普遍性,又具有特殊性,这就要求我们对宪政不能作完全中国式的解释,也不能完全照搬西方的现成话语。(3)宪政和共和、民主、法治、人权虽然各有不同的取向和理念,但这几个概念并非各自独立存在的,而是具有内在的必然逻辑联系。^①应该说,对于宪政的认识的确需要从多方面加以考量,但是又要对宪政自身所拥有的独特的内涵给予充分的认识。如果认为宪政是一个囊括了各种价值的混合物,它自身可以表达各种不同的诉求,则容易将宪政自身特有的内涵给抹去了。事实上,中外学者对于宪政的论述颇多,细数起来,应该至少有几十种,详细梳理之后,大致可以总结为以下几种:

1. 民主政治说

“宪政是什么?就是民主的政治。”^②许崇德教授认为毛泽东所指出的宪政就是民主的政治构成宪政的实质含义,“再加上形式要件的话,那么宪政应是实施宪法的民主政治”。^③

2. 多元素(民主、法治、人权)说

宪政包含民主、法治、人权三个要素。宪政是当代一种比较理想的政治制度,是全人类共同创造的伟大文明成果。“宪政是国家依据一部充分体现现代文明的宪法进行治理,以实现一系列民主原则与制度为主要内容,以厉行法治为基本特征,以充分实现最

^① 白钢、林广华著:《宪政通论》,社会科学文献出版社2005年版,第7页。在以上分析的基础上,该书给出了对于宪政的理解:“宪政是以宪法为前提、共和民主为内容、法治为载体、人权为目的的政治理念、政治形态和政治过程”。

^② 《毛泽东选集》第2卷,人民出版社1991年版,第732页。

^③ 许崇德:《社会主义宪政的不平凡历程》,载《中国法学》1994年第5期。