

# 司法过程与民主过程

赵 晓 力\*

内容提要:李慧娟事件包括司法过程和民主过程两个方面。司法审查的正当性理论可分为高级法理论和民主理论两类。中国司法审查正当性的论证存在发达的行政集权、民主共和制不发达等 分权局面不可能很快来临的情况下,我国建立违宪审查制度应该考虑其他途径的可能性。

关键词:违宪审查 司法过程 民主过程

“种子法实施后,玉米种子的价格已由市场调节,《河南省农作物种子管理条例》作为法律阶位较低的地方性法规,其与种子法相冲突的条(原文如此)自然无效……”

——河南省洛阳市中级人民法院(2003)洛民初字第26号民事判决书

“(2003)洛民初字第26号民事判决书中宣告地方性法规有关内容无效,这种行为的实质是对省人大常委会通过的地方性法规的违法审查,违背了我国的人民代表大会制度,侵犯了权力机关的职权,是严重违法行为。”

——河南省人民代表大会常务委员会豫人常法【2003】18号文件

## 一、李慧娟事件讨论中的盲点

李慧娟事件<sup>[1]</sup>其实有两个过程,一个是法官在判决书中对一个地方性立法之合法性的司法审查,一个是这个地方性立法的立法者对该立法的合法性的维护。前者属于司法过程,后者属于立法过程或者说民主过程。在就李慧娟事件思考建立我国违宪审查或司法审查机制的时候,必须同时思考这两个过程和它们之间的关系。

所谓违宪审查,就是对立法机关,包括地方性立法机关在内的立法进行合宪性审查,所谓司法审查,就是由司法机关来做这件事。现代国家包括我国奉行人民主权原则,国家权力除了人民授予外没有其他来源。无论是议会制还是总统制,立法机关由人民直接或间接选举产生,立法权力由人民直接或间接授予,在国家各机关中,立法机关的产生最为民主;而司法权力则未必由人民直接授权,即使间

\* 北京大学法学院讲师。

[1] 2003年,河南省洛阳市中级人民法院法官李慧娟在一起民事案件判决书中认为,《河南省农作物种子管理条例》第36条关于种子应由政府定价的规定违反了《中华人民共和国种子法》,自然无效。河南省人大常委会则认为法官这种宣布地方性法规内容无效的行为侵犯了人大的职权,是违法审查。在河南省人大和河南省高级人民法院的要求下,洛阳市中院初步拟定撤销李慧娟审判长职务,并免去其助理审判员。详细报道,见田毅、王颖:《一个法官的命运与“法条抵触之辩”》,《二十一世纪经济报道》2003年11月17日。

接授权,也往往经过立法机关的中介。如此,司法机关对立法进行审查必然引起司法过程与民主过程的冲突。如果认为在这场冲突中司法过程无论如何都是正确的,民主过程无论如何都是错误的,那这只不过是一种出于法学院职业立场的狭隘观点。必须清醒地认识到,由于民主过程直接以人民主权为合法性基础,它天然地比非民主或少民主的司法过程占据优先合法地位。一种审慎的司法审查立法的理论,应该设法说明自己和人民主权原则的一致性,而不应直接挑战人民主权,无论基于什么理由。

然而,在李慧娟事件中,媒体和法学家的立场基本上一边倒向司法过程。人们对河南人大常委会口诛笔伐的同时,对于河南人大常委会豫人常法【2003】18 号文件中提出的基于民主过程正当性的反司法审查理由<sup>[2]</sup>,则嗤之以鼻,不屑考虑。这一方面是由于媒体和法学家对李慧娟法官被蛮横免职、长时间求告无门的个人命运的同情所致,另一方面还在于人们不假思索就接受了李慧娟法官在判决书中的判断,即种子法不光是一部阶位较高的全国性法律,而且还是一部符合市场经济原则的好法;《河南省农作物种子管理条例》(以下简称《种子条例》)不仅因为是地方性立法而阶位较低,而且还是一部违反市场经济原则的坏法。这场围绕种子法和《种子条例》的冲突,被想象成一场市场经济(种子的价格由市场调节)和计划体制(种子的价格由政府确定)之间的冲突。<sup>[3]</sup>很多人可能是因为市场经济的正当性而站在李慧娟所代表的司法过程一边,而不是因为司法审查的内在正当性而站在李慧娟一边。如果是这样的话,司法审查的正当性仍然没有建立起来。

我们只要设想一下,倘若在这场“法条抵触之辩”中,全国人大常委会所立的种子法规定种子的价格由政府确定,而河南人大常委会所立的《种子条例》却对此不作任何规定,如果法官在判决书中以河南省《种子条例》违反种子法而判定它“自然无效”,还会有多少人认同这样的司法过程呢?如果这时候河南省人大常委会义正词严地发布文件,说“这种行为的实质是对省人大常委会通过的地方性法规的违法审查,违背了我国的人民代表大会制度,侵犯了权力机关的职权,是严重违法行为”,那么,是否又会有许多人站在维护市场经济的河南人大常委会一边,而对法官的判决书嗤之以鼻,不屑考虑呢?

现实中真的发生过这样的事例。1991 年 4 月,山东省滕州市城关镇黄山桥村居民张宏亮个人投资 200 多万元,在当地建起一座占地 20 多亩的滕州瓜果批发市场,并与村委会签订了长期承包协议。1996 年,村委会提出要修改合同,提高承包费,双方协商不成,村委会以“情势变更,显失公平”为由,起诉到了滕州市人民法院,要求解除合同。1997 年 12 月 15 日,滕州市人民法院以 1996 年 7 月国家工商局颁布的《商品交易市场登记管理办法规定》中规定的开办市场的主体中没有个人为理由,判村委会胜诉。张宏亮则认为,按照山东省人大常委会 1995 年 4 月通过的《山东省城乡集贸市场管理条例》第 10 条的规定:“集贸市场建设应当按照谁投资、谁受益的原则,采取多种形式,通过多种渠道筹集资金。鼓励企业、事业单位和个人投资建设集贸市场”,个人可以投资建设集贸市场,并以此为由上诉至枣庄市中级人民法院。1998 年 6 月 3 日枣庄中院终审判决维持原判。张宏亮不服,又申诉至山东省人大常委会。1998 年 6 月 17 日,山东省人大常委会副主任和内务司法委员会部分委员听取了

[2] 豫人常法【2003】18 号文件实际上间接引用了我国宪法的以下条款,值得认真分析:第 2 条:“中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”第 3 条:“国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督。”第 100 条:“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。”

[3] 《河南省农作物种子管理条例》1984 年试行,1989、1993、1997 年经过三次修正,其第 36 条规定:“种子的收购和销售,必须严格执行省统一价格政策,不得任意提价。省没有规定统一价格的种子,由市(地)、县级农业行政管理部门和物价部门共同商定。”1989 年国务院颁布《中华人民共和国种子管理条例》,2000 年全国人大常委会颁布《中华人民共和国种子法》,同时宣布国务院 1989 年的《中华人民共和国种子管理条例》废止。无论是国务院的《中华人民共和国种子管理条例》还是全国人大常委会的种子法,都没有对种子如何定价做出任何规定。也就是说,既没有明确规定种子的价格由市场决定,也没有授权地方政府确定。但李慧娟法官显然认为,种子法对种子价格不作规定就意味着种子的价格“由市场调节”,在此法官奉行的显然是“法无禁止即自由”的原则。

关于此案的汇报,认为,地方性法规是国家法律体系的重要组成部分,地方国家权力机关有权力保证其在本行政区域内得到实施,滕州市法院和枣庄中院的一、二审判决无视地方性法规完全错误。山东省高级人民法院据此于6月19日作出决定:依法撤销滕州市人民法院、枣庄市中级人民法院的一、二审判决,将此案发回重审。<sup>[4]</sup>此案中发生争议的是国家工商局的行政规章和山东省的地方性法规,法院把前者没有规定个人能够开办市场解释为不准个人开办市场,和李慧娟法官奉行的“法无禁止即自由”不同,此案一二审法官显然奉行“法无容许即禁止”的原则。倘若我们持守的是维护市场经济的宗旨,那么对此案中法官不去适用山东省的地方性立法便不能同意,反而会赞赏山东省人大的作法。

看来,我们需要超越个案的具体情境所造成的盲点,全面考虑司法过程和民主过程在司法审查立法的过程中造成的潜在冲突及其解决方案。毕竟,我们建立司法审查制度,不仅仅是为了维护市场经济。即使建立司法审查制度是为了维护市场经济,我们也要考虑这种司法审查制度建立后法院不维护市场经济——比如上面集贸市场案件中——的可能性。假如建立司法审查制度后出现这种情形,是否我们又要反过来废除司法审查制度?如果不确立司法审查的内在必要性和本质正当性,这种可能就是永远存在的。

## 二、司法审查的“高级法理论”和“民主理论”

关于司法审查的著述汗牛充栋。我们可以根据司法审查是外在于民主过程还是内生于民主过程把它分为两类。

第一类可以称为“高级法理论”。这种理论认为,宪法是人民制定的,它高于人民的代表制定的立法;司法审查是根据宪法审查立法,司法审查所体现的并非是司法机关高于立法机关,司法权高于立法权,而体现的是人民的立法高于他们代表的立法。这种理论,可以举《联邦党人文集》第78篇的经典论述为例:

“对法院有宣布立法因违宪而归于无效之权的某些顾虑源于怀疑此一原则含有司法高于立法权的含意。曾有人说,有宣布另一单位的行为无效的机构,其地位必然高于原来提出此一行为的单位。既然此项原则在美国的一切宪法中具有极大重要意义,简单讨论其所依据的道理当有必要。

代议机关的立法如违反委任其行使代议权的根本法自当归于无效乃十分明确的一条原则。因此,违宪的立法自然不能使之生效。如否认此理,则无异于说:代表的地位反高于所代表的主体,仆役反高于主人,人民的代表反高于人民本身。如是,则行使授予的权利的人不仅可以越出其被授予的权力,而且可以违反授权时明确规定禁止的事。”<sup>[5]</sup>

然而,宪法高于立法并不意味着必然要由司法机关审查立法。如果说立法机关本身不能作出其立法是否符合高级法的裁决(因为任何人都不能做自己的法官),那也未必意味着必然由司法机关来充当这个仲裁者。比如就美国联邦政制而言,为什么不由民选的总统充当高级法的代言人呢?总统是全国人民选的,岂不是比由多人组成的立法机关全体更能代表人民?

为了证明司法审查的正当性,《联邦党人文集》78篇在高级法基础上又提出了以下几种为司法审查辩护的理论:

(一)最小危险部门论。比起立法和行政部门来,司法机关既不掌管钱袋,也不掌握武力,既不能采取主动的行动,也不能采取普遍的行动,是三权中最小危险的部门。赋予司法机关审查立法的权力可以增强它对其他权力制衡的力量,对维持三权的相互制约与平衡是有利的。但这一点不能解除人

[4] 参见王辉、杨明:《地方性法规的权威不容置疑:山东省高级人民法院依法撤消一起无视地方性法规的判决》,《人大研究》1999年第4期。参见 <http://www.rdyj.com.cn/rdqk-4-11.html>。

[5] 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》第78篇,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1995年版。

们这样的担心,就是司法机关这个最小危险的部门在获得了审查立法的权力后是否会变成“超级立法者”,反而变成最大危险部门?尤其是在美国经历了沃伦法院等司法能动主义的时期,人们对这一点就更为怀疑。另外,如果一定要赋予司法机关这个最弱的分支以制衡其他政府分支的权力,为什么一定要是审查立法的权力?

(二)限权宪法论。“所谓限权宪法系指为立法机关规定一定限制的宪法。如规定:立法机关不得制定剥夺公民权利的法案;不得制定有追溯力的法律等。在实际执行中,此类限制须通过法院执行,因而法院必须有宣布违反宪法明文规定的立法为无效之权。如无此项规定,则一切保留特定权利与特权的条款将形同虚设。”<sup>[6]</sup>这个理论实际是说,宪法对立法机关的限制在实际中只有通过法院才能执行,那么法院便是执行这些限权条款的最佳人选。倘若司法没有拒绝立法的权力,立法和司法合流,立法机关违反宪法的立法便畅通无阻,宪法对立法的限制荡然无存。但是,如果这种理论成立,人们便不免要问:为什么不给行政机关以同样的权力?难道宪法就不担心立法和行政的合流么?为什么违宪审查非要通过司法机关?

以上两种理论本质上都是“分权”理论。由分权出发论证“司法审查”实际并不充分,因为它无法完整回答为什么非要司法机关对立法进行审查。这就出现了支持司法审查的第三种理论——法律解释论:“解释法律乃是法院的正当与特有的职责”。违宪审查之所以着落于司法机关,乃是因为法院在解释宪法和法律方面比起其他机关更有优势。这里,《联邦党人文集》其实重复了柯克在詹姆斯一世面前为“司法审查”辩护的论点,即解释法律是一门技艺,只有长时间浸润其中的人才有资格,<sup>[7]</sup>而司法机关是唯一有这个资格的部门。宪法也就是人民的高级法事先认可了法院的这种资格,而法官也事前承认了人民才是高级法的主人。违宪审查之所以着落于司法机关,乃是基于法官和人民在这个问题上的相互承认:法官承认人民意志的至高地位(起码高于立法机关),而人民又放心于法官解释自己意志的技能。

这种相互承认其实蕴涵了《联邦党人文集》支持司法审查的最终理由,也就是第四个理论:法官的学识和人格是比人民易被煽动的激情更可靠的维护宪法的力量。这里,人民就好像尤利西斯,明知自己不能抵挡赛壬的歌声,就事先把自己绑在司法机关这根桅杆上。

这种以高级法加法官素质为司法审查辩护的理论,本质上是一种精英理论,它诉诸一种先于民主过程的因素——法官的素质。当法官的素质这一因素并不先验地存在的时候,这一理论便面临危机。另外,这种理论并不能解决民主过程中的违宪审查难题。民主过程中违宪审查的难题在于,非民选的司法机关,仅仅凭借其“素质”就能够越过民选政府分支,直接和人民达成默契,这一点越来越难以证明。如果人民的意志通过高素质法官的法律解释就能得到完美的揭示,如果精英已经先于民主存在,那么还要民主、还要选举干什么呢?由此产生了司法审查内生于民主过程的理论,可以称为“民主理论”。这方面以托克维尔《论美国的民主》为代表。

托克维尔在考察美国的时候,发现美国是一个把人民主权的原則推广到极致的国家。其中一个表现就是从新英格兰乡镇到各州到联邦,官员大部分都由选举产生。这和欧洲盛行的行政集权不一样。选举扩展到几乎一切官职造成了广泛的行政分权。在行政集权制度下,迫使官员遵从法律的办法是上级监督下级,但对于选举产生的官员来说,他们没有上级。像新英格兰乡镇当时有 19 种官员:“一般说来,这 19 种官员彼此之间并无隶属关系。法律为这些官员中的每个人规定了职权范围。在这个范围内,他们是完成本职工作的全权主人,只承认乡镇的权威。”官员没有上级,就既没有上级来监督指挥他,他也就没有向上爬的动力;官员由选举产生,任期届满下次选举之前也无法撤换。“实际上,当所有的公职都是经选举产生的时候,民选的行政委员只有求于和有惧于选民。在这种条件下,

[6] 前引[5]。

[7] 参见考文:《美国宪法的“高级法”背景》,第 34 页以下,强世功译,三联书店 1996 年版。

官员之间就不会存在真正的等级差别,因为发号施令权和镇压反抗权不会集中于一人之手,指挥权也不会与奖惩权合并于一人之身。”因此,通过选举任用政府的下层官员的国家,必然要广泛使用司法惩治作为行政措施。”〔8〕

托克维尔因此发现,美国的司法审查其实是内生于美国的民主——也就是说,民主越广泛,选举产生的官员比例越大,官员与官员之间的行政等级就越不存在,官员与官员之间的纠纷实际上是他们的不同授权人之间的纠纷,只能借助一个非民选产生的机关才能解决,而司法机关正是这样一个解决民主问题的非民主机关。所谓司法审查,实际上是解决人民和他们的代表之间,或者人民在不同范围内的代表(比如州和联邦)之间的纠纷的一种设置。司法机关之所以能够成为这样的仲裁者,恰恰因为它不是民主产生的,因为一个民选产生的机构不能成为它和其他民选产生的机构的仲裁者。这是一种司法审查内生于民主过程的理论。

在托克维尔看来,治安法官处理民众与行政官员之间的纠纷,联邦法官处理州和联邦之间的纠纷,都是内生于人民主权的政府原理的。州和联邦都按照人民主权产生,不像行政等级制那样有隶属关系,无法通过命令服从,故由联邦司法机关裁决纠纷必不可少。这和《联邦党人文集》不同,在《联邦党人文集》中,联邦司法机关是联邦政府三权分立的特殊结构的一部分。政府的一般形式是代议制共和制,但代议制共和制这个政府的一般形式,并不必然产生三权分立这个特殊结构。〔9〕然而,在托克维尔看来,代议制共和制越发达,民选议员和官员越广泛,行政的上下级控制越不可能,就越需要非民选的司法机关来根据法律厘清这些民选机构的权限,代替上级的监督和升迁的激励以防止他们对人民造成危害。

### 三、人民代表大会制民主的发育与违宪审查模式的选择

对比以上的分析我们可以看出,在我国要为司法审查的正当性辩护存在不小的困难。

(一)论证宪法的高级法地位并不困难,困难的是论证法官天然地比任何人都有能力了解这一高级法的内涵。在李慧娟审理的这个案子里,分清哪部法是哪部法的上位法并不困难,但要证明法官甚至比上位法的制定者都清楚它的具体涵义,太过困难。这也是为什么有些学者仍然主张李慧娟应该按照传统的模式处理,即停止审判转而向上位法的制定者寻求解释。〔10〕有人说,这样牺牲效率,拖延个案处理。那么反对者仍然可以说,可以想办法加速人大程序,而未必一定要引入司法审查。

(二)我国政体虽然是民主共和制,但由选举产生的官员寥寥无几。按照托克维尔的逻辑,通过司法机关控制民选官员的需求并不旺盛。

(三)我国行政集权极端发达。虽然按照宪法和组织法,我国各级政府、法院、检察院首长由同级人大产生,但实际上各级政府对上级政府的负责程度超过对同级人大的负责程度,上下级法院除了诉讼法上的上下级别管辖关系外,他们业务范围外的行政领导与被领导关系还在逐步加强。更耐人寻味的是,我国各级人大之间实际上也存在那种行政上的上下级关系,在李慧娟事件中就有体现:2003年7月15日,洛阳市人大常委会向河南省人大常委会就李慧娟所办种子经营价格问题发出请示;10月13日,河南省人大常委会法制室发文明确答复洛阳人大常委会(豫人常法【2003】18号),并责成洛阳市人大常委会“依法行使监督权,纠正洛阳市中级人民法院的违法行为,对直接负责人员和主管领导依法作出处理……”这里河南省人大常委会俨然是洛阳市人大常委会的上级。既然立法、行政、司法各自都按照行政集权制的原则运作,各有各的上级,甚至总有途径找到共同的上级,那么美国那种

〔8〕托克维尔:《论美国的民主》上卷,第82页,董果良译,商务印书馆1991年版。

〔9〕前引〔5〕汉密尔顿等书,第47篇。

〔10〕姜明安、王颖:《确认地方性法规无效的常规路径》,《二十一世纪经济报道》2003年11月17日。

因为极度行政分权下而不得不产生的司法审查制就更没有必要了。

那么,什么时候才能在我国成功建立司法审查制呢?答案恰恰在河南省人大常委会豫人常法【2003】18 号文件中,在这个文件中,河南省人大常委会强调“人民代表大会制度不能违背,权力机关的职权不能侵犯。”我国无处不在的行政集权的局面,只能随着人民代表大会不断走向直接平等选举,随着民主过程的不断扩大,才能逐步缓解。现在,河南省人大比起洛阳市人大来,虽然获得人民授权的过程更为间接,但由于它是包括洛阳市人大在内的这一级人大选出的,所以它似乎成为这一级人大的共同的上级。倘若我们的各级人大包括全国人大都是人民直接选出,那么除了选举它们的人民外,它们都没有上级。这样事实上的行政式集权就被打破,司法审查才有可能由于分权的需要而产生。

首先,在行政分权局面不可能很快来临的情况下,我国建立违宪和违法审查制度应该考虑其他途径的可能性。首先,法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、各种规章之间的冲突如何解决,立法法有明确的规定,总的原则仍然是上位法优于下位法,由人大或上级行政机关或授权机关解决,仍然是上级立法和行政审查思路,而不是司法审查;其次,全国人大制定的法律是否违宪不能由全国人大自己解决,可以考虑成立全国人大之外的宪法委员会或宪法理事会<sup>〔11〕</sup>;如果由最高法院进行这种审查,最高法院法官须具有柯克和《联邦党人文集》所强调的那种素质,我国最高法院的法官要具备这种素质大概还需要漫长的时间。最后,在以人大直接选举为主要特征的民主化过程在我国充分发育之前,建立普遍的多级法院审查立法(包括全国性立法和地方性立法)的可能性非常渺茫。

---

**Abstract :** The Li Huijuan Event includes 2 sides as the process of judicature and the process of democracy. The legitimate theory of the judicial review can be catalogued as the advanced legal theory and the democratic theory. There exist many difficulties in arguing the legitimacy of Chinese judicial review, such as the high centralization of administrative power and the undeveloped democratic republic. Taking account of the fact that the separation of the administrative power won't come into being soon, we should think about the other possible ways in establishing the constitutional review system.

**Key words :** constitutional review , the process of judicature , the process of democracy

---



---

〔11〕 这方面,香港大学亚洲研究中心研究员甘阳在该中心于 2002 年 11 月 22 主办的“十六大后的中国”研讨会上提出,我国应参考法国模式建立“共和国宪法理事会”,方案如下:前共和国主席、前人大委员长、前政协主席,在不担任其他公职的前提下,法定成为宪法理事会“终身护宪大法官”,并由最近退任的前国家主席担任理事会主席(法国模式的特点之一是前总统在不担任其他公职的前提下转为“宪法理事会”终身成员,而理事会其他成员则是由政治任命产生的非终身成员,任期 9 年不得延续);其他非终身“护宪法官”则由现任共和国主席任命 10 人,现任人大委员长任命 10 人、现任政协主席任命 10 人组成(法国模式由现任总统、上院议长和下院议长各任命 3 人)。甘阳认为这一方案有可能达成三重目的:第一,目前中国的司法部门在宪政构架中的地位明显偏低,不利于树立法治和宪政的崇高地位,而设立“宪法理事会”作为中国司法最高机构并由位高权重的前最高领导人任终身成员,有利于从整体上提升司法在中国宪政构架中的宪法地位,有利于培养宪法至上、法律至上的政治文明;第二,从宪法上规定前最高国家领导人在辞去一切公职后担任“终身护宪大法官”,使他们能从宪法实施、宪政运作和宪法修正的法制角度继续发挥他们的政治影响力,将有助于国家领导人交接班的平稳化和进一步制度化;第三,这一制度的长期实行将有可能产生“诱导性制度变迁”的效果,亦即通过将前最高政治领导人的权力和权威转移到最高司法机构和违宪审查机制的权威上,有可能逐渐使执政党的权力运作重心转向宪政机制运作,从制度上监督执政党的一切活动都在宪法和宪政构架内进行,从而实现通过树立宪法至上和法制至上走向宪政民主的道路。甘阳同时指出,这一制度并不会产生所谓的“老人干政”问题,因为司法的被动性,“宪法理事会”并不能自行立案,而只能受理来案。同时在立案程序方面仍然可以参考法国模式,严格规定有资格向“宪法理事会”提请立案宪法审查的只有:现任共和国主席、总理、人大委员长、政协主席,或现任全国人大代表 100 人联名,或现任政协委员 100 人联名。参见强世功:《“十六大后的中国”研讨会侧记》,http://www.gongfa.com/16dazhongguo.htm。