



司法文丛

司法审查的合法性基础

——英国话题

何海波 著



中国政法大学出版社



司法文丛

司法审查的合法性基础

——英国话题

何海波 著



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

司法审查的合法性基础:英国话题/何海波著. —北京:中国政法大学出版社,2007.7

ISBN 978 - 7 - 5620 - 3068 - 3

I. 司... II. 何... III. 司法监督 - 研究 - 英国 IV. D956.16

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 117715 号

书 名 司法审查的合法性基础:英国话题

出 版 人 李传政

文稿编辑 彭江 王瑜娟

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

E-mail: zt5620@263.net

http://www.cuplpress.com (网络实名:中国政法大学出版社)

(010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

承 印 清华大学印刷厂

规 格 880×1230 32 开本 8.875 印张 190 千字

版 本 2007 年 8 月第 1 版 2007 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5620 - 3068 - 3/D · 3028

定 价 20.00 元

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所



何海波

1971年出生于浙江省天台县。大学毕业后，在家乡天台县司法局从事普法工作，兼做律师。1996—2001年，就读于北京大学法学院（宪法与行政法方向），获硕士、博士学位。后供职于国家行政学院法学部；期间，赴英国杜伦大学（University of Durham）读书，获法学硕士学位。2005年7月，调至清华大学法学院任教。写过论文十余篇，参编教材数种，编著《法治的脚步声：中国行政法大事记（1978—2004）》。

司法文丛

编辑者

北京大学司法研究中心

主持人

贺卫方 张志铭 朱苏力

编辑说明与志谢

北京大学法律学系司法研究中心成立于1996年6月,是一个以司法制度为主要研究领域的学术机构。中心倡导对于司法制度进行跨学科、多角度的综合研究。在运作以及成果上强调学术研究与司法实践之间的沟通、对话以及互动,强调成果的多层次和多侧面,强调项目参与者的广泛性和多样性,力求通过中心的研究成果以及学术活动本身,既推进司法研究领域的学术进展,又对于中国司法制度的改进有所贡献。

中心的基本活动模式是通过各种课题组开展对司法制度某个特定方面的专题研究,不定期地举办讨论会和报告会,推进相关领域的国际国内学术交流。这套“司法文丛”则是展现中心研究成果以及国内外司法制度研究成果的主要窗口。

“司法文丛”是一个开放的和持续性的园地,举

2 编辑说明与志谢

凡国内法律界的研究专著和文集、外国著作的汉译、有关司法改革的调查报告和原始资料等等,只要符合中心的学术旨趣和成果标准,均在采撷收入之列,入选作者并不以参与中心项目者为限。因此,我们欢迎来自海内外学术界与司法界的关注与参与。

我们研究中心的活动与“司法文丛”的出版均得到了福特基金会(Ford Foundation)的宝贵资助,得到了北京大学法律学系的热情支持,我们谨向上述两机构以及所有给予我们支持与关心的人士致以衷心的感谢。同时,我们也向中国政法大学出版社表示感谢,为着该社在学术著作的出版方面表现出的热心与恒心。

编辑者

1998年9月

序

《司法审查的合法性基础》是我在英国杜伦大学写的法学硕士(M. J.)学位论文。原文是英文,话题也是英国的。

司法审查的合法性是我关注多年的问题。起初引发我思考的是这样一个现象:中国法院据说是必须依照法律、法规来判决,但实际上它们常常超越法律、法规;有时,法院的做法实现了公正、发展了法律,并因之受到欢迎,但也常常因之遭到抨击。如果制定法不是司法判决的唯一根据,如果我们承认司法创造是可取的,那么司法判决最终的合法性根据是什么?它的界限又在哪儿?

当我把目光转向英国这个法治传统深厚的国家,发现它也遭遇类似的困惑。在英国公法学界,有两种对立的理论被提出来解释和界定司法审查的合法性:越权理论和普通法模式。越权理论把司法审查的合法性寄托在议会立法上,认为司法审查的合法性只能通过议会意图获得解释和证明;而普通法模式则将司法审查的合法性基础定位于司法自主,认为法院创造的普通法本身就足以以为司法审查提供合法性的保障。这两种理论看来都不足以解释英国司法审查的发展并

2 序

描述司法审查的边界。司法审查已经在很大程度上超出甚至背离了议会意图,越权理论因此难以为继。而司法至上的论断迄今没有被普遍接受,司法创造和司法裁量也因其不可避免的主观性而逃脱不了质疑。司法审查的合法性危机由此产生。

我的论文试图为解释司法审查的合法性并描述司法审查的边界提供一种新的视角。与传统的越权理论和普通法模式不同,我将视线集中于包括法官、律师、学者、官员甚至公众在内的整个法律共同体,提出司法审查的合法性基础在于法律共同体的普遍共识:司法审查受到法律共同体普遍共识的支持和限制,反过来也推动共识的形成;法官可以运用既有的共识去发展法律,同时也应尽量与法律共同体的普遍共识保持一致。这一观点打破了前述两种模式所秉持的法律自治观念,同时在司法过程中引入了某些民主因素。我希望,这种观点对于理解当今中国司法审查的合法性也具有启示作用。

对英国司法审查合法性的探究,是我思考中国法治秩序(尤其是行政法治)的一部分。我把这个课题概括为“实质法治主义”。它曾是我的博士论文题目,也是至今仍在进行的一个研究项目。

这篇论文当初并没有打算发表,我把它当做学习英国法律、练习英语写作的一种方式。放了两年后,北大法学院的研究生成协中(现在是博士生)费心帮我译出,我自己又做了全面校对,并做了少量补充。刘文静、宋华琳、高秦伟几位

朋友阅读了译稿,并给我提出一些修改意见。错误之处自然由本人负责,就是那些读起来仍觉生涩的语言也应由本人最终负责。

主题论文篇幅较短。我把本人曾经发表的几篇相关综述和论文,包括《英国行政法最近 20 年》、《“越权无效”是行政法的基本原则吗?》、《没有宪法的违宪审查》,一起收进本书。这几篇文章与主题论文有或多或少的重复,但不妨作为主题论文的导读。本人还曾撰写《英国行政法上的听证》、翻译《法官在你肩上:英国政府官员依法行政指南》,因与本书主旨无关,没有收录。论文原文后列的参考文献在出版时省略了,但我另做了一个中英文的术语对照表,以备检阅。

借本书出版之机,我要感谢杜伦大学李义恩教授(Ian Leigh)的指导和帮助。从论文框架的确定、观点的正误、材料的运用,到数以百计的语法错误的纠正,他让我领会了一个导师崇高的责任心。同时感谢英国政府提供“志奋领”奖学金,使我有机会到英国读书。感谢我曾经任职的国家行政学院(特别是法学部)的领导和同事,他们给我在外读书提供了种种便利。感谢成协中学友的翻译,没有他的工作就不会有本书的出版。本书的写作和修改还先后得到国家社会科学基金和清华大学人文社科振兴基金的资助,在此一并感谢。

何海波

2007 年 5 月 15 日

目 录

司法审查的合法性基础

1. 导言	(3)
1.1 追问司法审查的合法性	(3)
1.2 两种解释模式之争	(5)
1.2.1 越权原则	(5)
1.2.2 普通法模式	(7)
1.2.3 对争论的批评	(9)
1.3 寻求一种新的视角	(13)
1.4 本文的结构	(16)
2. 立法意图作为司法审查的基础	(18)
2.1 越权原则与立法意图	(18)
2.1.1 越权原则的历史	(18)
2.1.2 越权与立法意图	(23)
2.1.3 越权原则的两个假设	(27)
2.2 在行政裁量的边界之内	(28)

2 目 录

2.2.1	程序公正与自然正义原则	(28)
2.2.2	实体公正	(31)
2.3	超越立法意图	(36)
2.3.1	对国王特权的审查	(37)
2.3.2	对非法定权力的审查	(39)
2.4	对立法至上的挑战	(41)
2.4.1	欧盟法的挑战	(41)
2.4.2	《欧洲人权公约》的挑战	(43)
2.4.3	宪法权利的限制	(47)
2.5	小结:立法意图无法为司法审查的合法性 提供充分解释	(51)
3.	普通法作为司法审查的基础	(56)
3.1	普通法模式	(56)
3.1.1	普通法模式的历史	(56)
3.1.2	普通法模式的三种观点	(64)
3.2	司法至上的虚幻	(67)
3.2.1	哪个机构主导着司法审查的发展?	(67)
3.2.2	司法机关与立法机关的冲突	(71)
3.2.3	存在司法至上的共识吗?	(74)
3.3	司法创造的局限	(79)
3.3.1	自然正义的艰难之旅	(80)
3.3.2	从合理原则到比例原则:举步维艰	(85)

3.3.3 实体性的正当预期:仍然在等待	(90)
3.4 司法裁量的困扰	(94)
3.4.1 司法判决结果的多重选择	(96)
3.4.2 司法审查强度的摇摆不定	(101)
3.4.3 司法判决理由的五花八门	(108)
3.5 小结:普通法自治不能作为司法审查 的基础	(113)
4. 法律共识作为司法审查的基础	(115)
4.1 共识与合法性	(115)
4.1.1 法律共识提供合法性	(115)
4.1.2 哪些人的共识	(116)
4.1.3 对什么事项达成共识	(119)
4.1.4 如何评估共识	(120)
4.2 司法判决背后的法律共识	(122)
4.2.1 司法对行政的尊让	(123)
4.2.2 “争议案件出恶法”	(129)
4.2.3 司法干预主义背后的共识	(131)
4.2.4 排除审查条款被排除了	(136)
4.3 司法权威:一种基本的法律共识	(144)
4.3.1 作为一种宪政事实的司法权威	(145)
4.3.2 法官的特性与司法审查的合法性	(151)
4.3.3 司法的程序与司法审查的合法性	(155)

4 目 录

4.3.4 司法权威的限度	(158)
5. 结论	(162)

外 三 篇

英国行政法最近 20 年	(169)
--------------------	-------

“越权无效”是行政法的基本原则吗?

——英国学界一场未息的争论	(194)
---------------------	-------

没有宪法的违宪审查

——英国故事	(226)
--------------	-------

附 录:术语翻译对照表	(262)
-------------------	-------

司法审查的合法性基础

1. 导 言

1.1 追问司法审查的合法性

在过去的 40 多年里,英国的司法审查经历了根本性的变革。司法的阳光已经照耀几乎所有行使公共权力的领域,包括原先司法不能介入的国王特权行为和非法定权力领域(即所谓的“第三领域”)。在自然正义、越权无效等传统的审查标准之外,法院又创造和扩展了一些新的审查原则,包括合理原则、比例原则和正当预期原则。欧盟法和 1998 年的《人权法》赋予法官更大的权力,包括不适用违背欧盟法的议会立法或者宣告其抵触《人权公约》。法官们也更乐于干预行政管理,更积极地裁决社会冲突,更重视对人权的保护。回首这段历史,人们会欣然沉浸于司法审查所取得的业绩。有学者声称,英国的司法审查正迈向“宪法性审查”。^[1]

然而,随着司法权的增长,司法审查自身也成为质疑的对象。在多个场合下,法官与政府发生冲突。1974 年,一名

[1] J. Jowell, “Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review” (2000) PL 671.