

ZHONGGUOSIFASHENCHAZHIDU

□ 傅思明 著

中国司法审查制度



中国民主法制出版社

中国司法审查制度

傅思明 著

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国司法审查制度/傅思明著. —北京:中国民主法制出版社, 2002.5

ISBN 7-80078-637-4

I. 中... II. 傅... III. 司法监督—司法制度—研究—中国 IV. D926.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 024577 号

书名/中国司法审查制度

作者/傅思明 著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号(100054)

电话/63056983 63292534(发行部)

传真/63056975 63056983

经销/新华书店

开本/32 开 850×1168 毫米

印张/16.5 字数/427 千字

版本/2002 年 7 月第 1 版 2002 年 7 月第 1 次印刷

印刷/唐山新苑印务有限公司印刷

书号/ISBN 7-80078-637-4/D·486

定价/30.00 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

目 录

引 论	(1)
第一章 司法审查制度概述	(10)
一、司法审查界说	(10)
(一)司法审查与违宪审查	(10)
(二)司法审查与行政诉讼	(12)
(三)司法审查中司法与行政、立法的关系	(16)
二、司法审查制度的形成	(20)
(一)司法审查制度形成的条件	(20)
(二)司法审查制度的差异及其成因	(23)
三、司法审查的宪政价值	(28)
(一)司法审查价值观	(28)
(二)司法审查的宪政价值	(30)
第二章 西方司法审查制度比较	(41)
一、英国的司法审查制度	(41)
(一)英国司法审查制度的形成和变迁	(41)
(二)英国司法审查体制	(49)
(三)司法审查的依据和标准	(52)
二、美国司法审查制度	(62)
(一)美国司法审查制度的形成	(62)
(二)对违宪的司法审查	(65)

(三)对行政行为司法审查的依据和范围	(72)
(四)对行政规章的司法审查问题	(79)
(五)对行政行为司法审查的标准	(81)
三、德国的司法审查制度	(84)
(一)对违宪的司法审查制度	(84)
(二)对行政行为的司法审查制度	(89)
四、法国的司法审查制度	(99)
(一)违宪审查制度	(100)
(二)行政法院审查制度	(102)
 第三章 中国司法审查制度的建立和发展	(109)
一、我国司法审查制度的确立	(109)
(一)我国司法审查的宪法基础	(109)
(二)我国的司法审查体制	(114)
二、司法审查的标准	(116)
(一)我国行政诉讼法确立的司法审查标准	(116)
(二)确立合法性审查与合理性审查并重原则	(124)
三、司法审查的依据	(130)
(一)司法审查依据的宪法和法律定位	(130)
(二)司法审查中行政规范性文件的选择问题	(134)
(三)宪法可否成为司法审查的依据	(138)
四、司法审查的对象及其强度	(143)
(一)司法审查的对象	(143)
(二)司法审查的强度	(146)
五、司法审查的范围	(157)
(一)司法审查范围的界定	(157)
(二)我国行政诉讼受案范围	(160)
(三)我国司法审查范围的确定	(172)

六、我国司法审查发展展望	(179)
(一)我国司法审查的局限性	(179)
(二)完善我国司法审查制度的思考	(182)
第四章 行政自由裁量权与司法审查	(196)
一、行政自由裁量权概述	(196)
(一)行政自由裁量权的涵义及其表现形式	(196)
(二)行政自由裁量权的出现及其控制	(201)
二、各国对行政自由裁量权的司法审查	(204)
(一)司法审查行政自由裁量权的历史演进	(204)
(二)司法审查行政自由裁量权的理论	(207)
(三)自由裁量的法律底线——司法审查中的 合理性原则	(211)
三、我国司法审查合理性原则的确立问题	(214)
(一)对我国司法审查合法性原则的一种诠释	(214)
(二)司法审查合理性原则的确立	(217)
四、行政自由裁量权与司法审查合理空间的界定	(220)
(一)司法审查行政自由裁量权的有限性	(220)
(二)界定自由裁量权与司法审查合理空间的标准	(222)
(三)司法审查自由裁量权的范围	(230)
第五章 抽象行政行为与司法审查	(242)
一、抽象行政行为的涵义	(242)
二、西方各国对抽象行政行为的司法审查	(246)
三、我国对抽象行政行为的审查机制	(250)
(一)抽象行政行为法定审查机制及其评价	(250)
(二)人民法院对抽象行政行为的控制现状	(255)
四、司法审查抽象行政行为的必要性	(264)

(一)抽象行政行为应否接受司法审查的争论·····	(264)
(二)将抽象行政行为纳入司法审查的理由和依据·····	(266)
五、对我国抽象行政行为司法审查的发展展望·····	(273)
(一)尽快实现行政诉讼法与相关法律的衔接·····	(274)
(二)司法审查抽象行政行为的范围·····	(276)
(三)建立抽象行政行为司法审查制度的对策·····	(279)
 第六章 WTO 与中国司法审查制度的走向·····	(283)
一、WTO 与政府依法行政·····	(283)
(一)WTO 的建立及其法律体系框架·····	(283)
(二)WTO 推进政府依法行政·····	(287)
二、WTO 对我国司法审查的突破·····	(293)
(一)WTO 与司法审查·····	(293)
(二)WTO 对我国司法审查理论与制度的突破·····	(297)
 第七章 对违宪的司法审查制度·····	(316)
一、宪法的司法适用性·····	(318)
(一)西方国家宪法的司法适用·····	(319)
(二)我国宪法的司法适用性问题·····	(325)
二、对违宪的司法审查·····	(338)
(一)各国违宪审查制度的建立及其评价·····	(338)
(二)中国违宪审查模式的创新:对违宪的司法审查·····	(351)
三、“一国两制”下香港特别行政区的司法审查制度·····	(376)
(一)香港基本法框架下的司法审查制度·····	(377)
(二)香港基本法的实施对香港司法审查制度的影响·····	(382)
 第八章 司法审查实例介评·····	(389)
一、田永诉北京科技大学案·····	(389)

二、农民状告永嘉县政府“不作为”案	(404)
三、杨正照诉广西壮族自治区司法厅案	(413)
四、齐玉苓诉陈晓琪案、青岛三学生诉教育部案、 蒋韬诉中国人民银行成都分行案	(424)
五、香港“无证儿童”居港权案	(433)
 第九章 结语：司法改革与中国司法审查制度的创新	(464)
一、中国司法改革的目标：公正与效率	(465)
二、实现司法公正与高效的宪政基础	(469)
(一)司法独立	(470)
(二)正确认识和处理党的领导与司法独立 的关系	(477)
(三)正确认识和处理权力机关的监督与司法 独立的关系	(483)
三、建构实现公正和高效的司法体制	(488)
(一)我国司法体制存在的问题	(488)
(二)建构实现公正和效率的司法体制	(491)
四、健全司法公正和高效的程序机制	(499)
五、拓展司法公正和高效的领域：以司法审查为例	(506)
 主要参考文献	(510)
后 记	(516)

引 论

行政权作为国家权力的重要组成部分,涉及的领域最为广泛,与公民、法人和其他组织的关系最为密切。行政机关在依法治国中担负着最繁重最大量的管理任务。据统计,80%以上的法律是由行政机关负责执行的,行政权力的极度膨胀已成为现代宪政不争的事实。早在制定美国宪法时,詹姆斯·麦迪逊就曾写下这样一段名言:如果人人都是天使,那么就不需要政府。如果政府是天使,就无需对政府实行内部和外部控制。而在构建一个由人来统治人的政府时,最大的困难就在于,你必须首先让政府有能力控制受它统治的人,其次是,强迫政府控制自身。^①事实上,“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验”,“从事物的性质来说,要防止滥用权力,就必须以权力约束权力。”^②因此,行政权必须受到监督和制约,这是现代法治精神的内在要求。

司法审查权是现代司法权的精髓,是现代国家通过司法程序审查和裁定某一立法或行政行为是否违宪违法的一项重要权力。它是防止立法权和行政权滥用的重要手段,也是以权力制约权力的重要表现。作为现代民主、法治国家普遍设立的一项重要的法律制度,司法审查制度的基本理念就在于保护人民的权利、自由和幸福不受行政权

① [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著:《联邦党人文集》,商务印书馆1980年版,第264页。

② [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上),商务印书馆1961年版,第154页。

力的非法侵害,是抑制行政权消极作用的最后的、也是最坚固的一道防线。司法审查制度的实行是希望把以往一向桀骜不驯的行政权力能够被收服、皈依在白纸黑字的宪法和法律之中。它以法院的司法权力来制约行政权力,典型地反映国家权力的分立与制约,保障人民的民主权利,体现宪政体制的民主理念。尽管司法审查仅有“有限的职责”,但“人们一般还是视司法审查为能够抑制行政活动中的过度行为的最重要的保障”。^①“没有司法审查,那么行政法治等于一句空话,个人自由和权利就缺乏保障。司法审查不仅在其实际应用时可以保障个人的权益,而且由于司法审查的存在对行政人员产生一种心理压力,可以促使他们谨慎行使权力”。^②

西方各国的三权分立体制和司法独立,使司法审查成为监督行政权中最强有力的监督。埃尔曼曾指出:“司法上对法律的拒绝适用以及这种权威的程度和范围可视为司法独立程度的指示器。”^③我国的徐显明教授认为:“司法权有权判断立法的不法与执法的不法。立法的不法在立法权内是难以得到纠正的;执法的不法总是受到行政权的袒护,惟有司法的合宪性及合法性审查与判断才可克服这二痼疾”。^④尽管在我国人民代表大会制度的宪政体制下,上述观点并不完全适合于我国,但是,笔者仍然认为,法院是当代社会中权力的监测器和权利的卫士。在当代中国,司法审查制度直接担负着以司法权对峙行政权的任务,司法机关对政府的行政行为行使司法审查权,就使司法机关拥有了制衡行政机关不法行为的有力武器。

传统上,司法审查只能审查可以由合法性标准加以判断的法

① 欧内斯特·盖尔霍恩等:《行政法和行政程序概要》,黄列译,中国社会科学出版社1996年版,第45页。

② 王名扬著:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第566页。

③ [美]埃尔曼:《比较法律文化》,三联书店出版社1990年版,第268页。

④ 徐显明:《司法权性质研究》,《价值重建于规范选择》(谢晖著)书序,山东人民出版社1998年版,第4页。

律问题。究竟什么行为可以合法性加以判断,什么行为不能以合法性加以判断,实践中并没有固定不变的标准,完全要看具体案件的具体情况。20世纪以来,各国法院并不以此为满足,为了适应当代社会的要求,法律和司法体制都必须具有更大的适应性,典型的表现就是所谓的司法能动主义。例如,自由裁量是当代行政权发展的重要特点和趋势,如果仅根据传统的法律规则,行政机关的自由裁量权似乎可以不受司法审查,因为不存在判断其合法性的法律标准。然而,如果根据宪法和行政法的基本原则和精神来判断,则没有绝对的不受司法审查的行政自由裁量权。这样,通过结合合法性和合理性,法律原则和精神使得司法机关可以根据具体情况随时调整其作用范围。

对行政的司法审查是现代法治国家所普遍遵循的原则,是整个人类社会的共同文明成果,由于各国宪政体制、历史文化传统等因素的差异,西方各国司法审查形成了各自的特色,导致其在理论观念和制度构架上存在一定的区别。正是这种差异的存在,使各国司法审查制度能够独立于世,形成不同的模式。但是,法治规律的普遍性决定了各国司法审查的深层次共同性。这些共同性又使各国司法审查制度能够互相比较,相互借鉴,寻求共同的语言和生长点。因此,认识差异,寻求共同,于差异之中寻求共同点,于共同之中见差异,这是我们研究各国司法审查制度的一个基本方法。而且,各国特有的国情决定了各国司法审查的特色。国外司法审查理论观念、制度设计的多样性为我们建立中国式的司法审查制度提供了某种启示和借鉴。当然,这种启示和借鉴是有限的。建立一种适合自己的司法审查制度,必须从本国的具体情况出发确定合适的模式。邓小平同志反复强调这一点,他说:“中国的事情要按照中国的情况来办”。^①

^① 《邓小平文选》第3卷,人民出版社1993年版,第3页。

一个制度的形成是公众在历史中的选择,也就是马克思主义法学中的“物质条件决定论”。因此,任何制度的设计,都要密切结合本国的社会基础及政治、经济、文化等特点,论及对行政权力的司法审查,必须结合中国的国情来架构相应的模式。所谓模式,是指某一系统结构状态或过程状态经过简化、抽象所形成的样式。模式所反映的不是系统或过程原型的全部特征,但能够描述出原型的本质特征。所谓模式就必然具有一般的、普遍的和抽象的品格,也意味着彼此区别和独立。在我国如何建构司法审查模式的问题上,我们既反对“全盘西化”的观点,即由于现代司法审查制度是西方的产物,中国只有照搬和移植西方的司法审查制度才有可能实现法治;亦反对“全盘本土化”的观点,即以不符合中国国情为由,拒绝借鉴西方的司法审查制度,要完全闭门造车走自己的法治之路。我们认为,应该将西方的司法审查制度与中国的宪政体制和具体国情结合起来。所谓将司法审查制度与具体国情结合起来,说到底,就是如何使司法审查制度的普遍性准则为我国人民所理解和接受。

近现代西方各国的权力制约是通过分权原则实现的,这一原则经过三百年的发展,已经成为西方法治国家的基本宪政原则。我国并不采用分权原则。不过,我国不采用分权并不是不要对权力进行制约,相反,我们应该建立一套真正体现“一切权力属于人民”的监督机制和制约机制。一方面,权力作为一种支配性的力量,必须有限制和规定其发挥作用的领域和范围,才能保证社会的安定和秩序。这是对监督和制约权力问题最基本的认识。在我国,对权力监督和制约的基础是人民群众。人民群众作为社会主义国家的主人,应当拥有对任何权力的使用和权力作用结果的监督权。另一方面,我们必须正确处理监督和支持的关系。在我国,“权力机关与国家行政、审判、检察机关的职责不同,是监督与被监督的关系,但工作的总目标是一致的。在监督工作中,人大常委会

注意把监督和支持结合起来,在监督中体现支持。通过法律监督和工作监督,支持和督促国务院及其部门依法行政,支持和督促最高人民法院、最高人民检察院公正司法。”^①我国权力机关对政府及其公务员的监督,是根据宪法的授权进行的。权力机关对行政机关及其公务员的行政行为的监督在行政法制监督体系中处于非常重要的地位。权力机关是由人民选举的代表组成的,它代表人民的意愿行使对政府的监督权。政府及其公务员接受权力机关的监督,实质上是接受人民的监督,是人民主权原则的具体体现。与其他监督主体相比较,权力机关对政府及其公务员的监督是最高层次的监督。理论上,它拥有全面审查政府行为的权力,无论是政府的抽象行政行为,还是具体行政行为都属于监督的范围。但基于国家机关之间的权力分工,权力机关对政府的监督一般都限于宏观上的、带有全局影响作用的重大行政行为,它有权撤销政府制定的行政法规、规章和决定、命令,也有权罢免政府的组成人员。

江泽民同志在庆祝中国共产党成立八十周年大会上的讲话中强调指出:“我们手中的权力都是人民赋予的,各级干部都是人民的公仆,必须受到人民和法律的监督。要通过加强党内监督、法律监督、群众监督,建立健全依法行使权力的制约机制和监督机制。”在这里,江泽民同志把制约机制和监督机制相并列,突出了权力之间的制约机制的重要性。依照我国宪法第41条和行政诉讼法的规定,行政机关须对权力机关负责,受它监督,但同时仍要受人民法院的司法制约。法院对行政机关的制约是通过行政诉讼来审查行政行为的合法性,纠正违法行政行为,保障和监督行政机关依法行政。司法机关对行政机关及其公务员的行政行为的制约并非全方位,哪些属于司法机关制约的范围,是涉及司法权与行政权的关

① 姜春云:《全国人民代表大会常务委员会工作报告》,1999年3月9日。

系问题。确定司法机关制约的范围,既要考虑充分保护行政管理相对人的合法权益,又要维护国家利益和社会公共利益,促进行政机关有效行使行政管理职权,而且还应从我国的现有条件和实际情况出发。司法机关和行政机关一样,都是由权力机关产生的、分别行使行政权、审判权的平行的国家机关,相互之间不存在隶属关系。人民法院依法对行政机关及其公务员的行政行为实施司法审查,这种审查权来源于法律的授权,司法审查的实施是由公民、法人或者其他组织的起诉而引起的。审判机关对行政机关的行政行为予以司法审查,是国家对权力的配置方式,是防止行政机关滥用权力和腐败的权力制约措施。因此,中国的司法审查模式无论在适用范围与条件上,还是在操作模式及其走向上,都是自成一体的。

在实行三权分立的西方国家,代议机关和其他国家机关的关系是分权与制衡的关系。司法审查的理论依据是:宪法是根本法,具有最高法律效力,是立法和执法的基础和根据,法律、法规和政府行为都不能与之相抵触。对于违宪的法律、法规和政府行为,法院可以宣告其无效。由于我国实行的是人民代表大会制度,各级人民代表大会是国家的权力机关,既制定法律、作出决议,拥有立法权,又领导和监督行政机关执行法律和决议,拥有全面监督权。而且,由于司法权和行政权的实质、目标的一致性,司法和行政两大国家权能之间在司法审查中既有冲突又有配合,如何把它们调整于合理适当的位置上,是我国亟待解决的问题。在行政诉讼中,行政机关依法作出的行政行为得接受人民法院的司法审查,这就意味着司法权对行政权在一定程度上的制约和干预。突出的问题是司法审查应该深入到什么程度?鉴于人民法院对行政行为的司法审查是保障民主宪政、监督和维护政府依法行政、维持人民与政府信任关系的有效机制之一,笔者认为在坚持人民代表大会制度的前提下,有必要进一步强化人民法院对行政权力的司法审查权,

建立以人民代表大会权力监督为“龙头”,以人民法院的司法审查为基础的监督和制约体制。

建立以人民代表大会权力监督为“龙头”,以人民法院的司法审查为基础的监督和制约体制,就要求正确处理对行政行为的权力机关监督与司法审查监督的关系。目前,我国对行政权力的监督和制约来自许多方面。其中,人民代表大会的监督制约处于中心位置,是具有法律效力的、层次最高、最有权威的监督。国家权力机关在对行政权的审查、督促、控制中始终处于主导地位,司法审查则对此起着从属、配合和弥补的作用。如人民法院对抽象行政行为无受理权、无撤销权,人民法院的司法审查及其建议,只能引发人大撤销与宪法、法律相抵触的行政法规、地方性法规、规章以及具有普遍约束力的其他规范性文件。我们认为,在现行宪政体制框架下,人民法院司法审查的基础地位尚没有全面建立起来,如何睿智而有远见地建构我国的司法审查模式,同时又摆脱西方三权分立理论模式支配的窠臼,是值得我们思考的。

建立以人民代表大会权力监督为“龙头”,以人民法院的司法审查为基础的监督和制约体制,就要求正确处理立法权与司法审查权的关系。目前,在司法审查的范围内,人民法院的司法审查权受到了严格的法律限制,人民法院无权质疑权力机关的立法行为。人民代表大会作为人民代表大会制度的一个组成部分,它与其他国家机构组织是一种国家权力分工的关系,人大的权力也应该在宪法框架内正当行使,不允许存在不受约束的权力。如果人大组织的权力不受制约,将从根本上破坏人民代表大会制度,由于人大的主要权能是立法,因此确立对人大立法的司法审查权就是必需的。而对人大立法进行司法审查应该如何取舍和构思,更应引起我们的思考。

建立以人民代表大会权力监督为“龙头”,以人民法院的司法审查为基础的监督和制约体制,就要求正确处理行政权与司法审

查权的关系。保障公民权利,是法治的出发点和归结点,必须用是否有利于保障公民权利作为衡量一切行政行为有效与否的最基本的标准。特别是行政机关在行使行政权的过程中,享有法律规定的广泛的自由裁量权,更要强调以切实保障公民权利作为一切行政行为的目标。目前我国对具体行政行为原则上只审查其合法性,而不审查其合理性。我们认为,坚持具体行政行为的合法性审查原则并不完全排斥人民法院对具体行政行为适当性的干预和审查;并非所有的行政自由裁量权都可予以司法审查,但在某些情况下,行政自由裁量权应该而且可以为法院所审查和控制,司法审查对于滥用自由裁量权可以说设置了一道屏障。

就我国司法审查的发展前景来看,它还有拓展的巨大空间,有待进一步推进,最首要的当为建立对违宪的司法审查制度,以便与最高国家权力机关的违宪审查相互补充,即建立权力机关违宪审查与司法违宪审查相结合的体制。违宪审查制度最集中地表现了法治对权力的控制,以及通过这种动态操作达到法治设定的理想目标。我们可以借鉴国外一些有益的制度,建立有中国特色的违宪司法审查制度。它以具体诉讼的提起为前提,并以具体实际行为作为其审查的对象,体现了个案性特征。当公民、法人和其他组织的宪法权利受到国家机关的侵害,而该权利又未受到除宪法外的其他法律法规保护时,可以向有管辖权的人民法院启动违宪审查。其次则是建立一种由相对人启动对违宪、违法的抽象行政行为的审查机制,把抽象行政行为纳入行政诉讼受案范围,授予人民法院司法审查权。

宪政的一个重要特点是国家权力受宪法的限制和规范,权力之间的制约是宪政的重要原则。要形成对立法权和行政权的有力监督,必须使司法审查制度(包括违宪审查制度)成为司法权的一个重要方面。随着中国市场经济的发展,当代中国的司法审查制度亟待创新。司法审查制度的创新,直接关系到公民、法人和其他

组织的合法权益能否得到充分的保障,直接关系到能否监督和促进行政机关依法行政,直接关系到司法审查能否适应我国的市场经济发展和社会主义民主政治建设的要求。司法审查制度的创新,也是司法审查适应我国加入 WTO 形势的要求。我国加入 WTO 后,有义务履行 WTO 的协议和规则,而 WTO 协议和规则,无论在法院的独立性,还是在受案范围、审查程序以及审查标准诸方面都提出了相当高的要求。这就促使我们必须尽快建立和完善适应 WTO 规则的司法审查制度和审查机制。

总之,我国现行的司法审查制度只有与时俱进、不断创新,才能适应时代发展的要求。