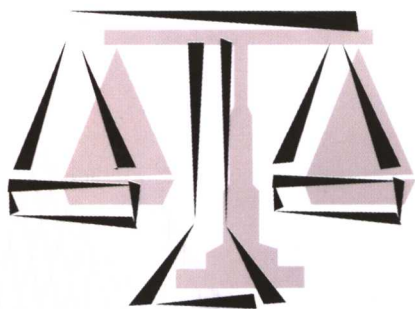


Sifa Shencha Jiazhi Lun

司法审查价值论

吉玉泉 著



中国矿业大学出版社

司法审查价值论

吉玉泉 著

中国矿业大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

司法审查价值论/吉玉泉著. —徐州:中国矿业大学出版社, 2005. 11

ISBN 7 - 81107 - 220 - 3

I. 司… II. 吉… III. 司法监督—研究—中国
IV. D926. 34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 040395 号

书 名 司法审查价值论

著 者 吉玉泉

责任编辑 关湘雯

责任校对 孙 景

出版发行 中国矿业大学出版社

(江苏省徐州市中国矿业大学内 邮编 221008)

网 址 <http://www.cumtp.com> **E-mail:** cumtpvip@cumtp.com

排 版 中国矿业大学出版社排版中心

印 刷 赣榆县赣中印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 850×1168 1/32 **印张** 8.25 **字数** 215 千字

版次/印次 2005 年 11 月第 1 版 2005 年 11 月第 1 次印刷

定 价 25.00 元

(图书出现印装质量问题,本社负责调换)



序

一般来说,现代宪政国家都十分注重通过宪法和法律上的制度设计来规范国家权力的有序运行。司法权与立法权、行政权分立和制衡是法治政府行使公权力的逻辑前提,也是现代政治国家与市民社会之间所存在张力内在的必然要求。市民社会与政治国家之间的二元对立要求政府在行使权力时必须基于市民社会对国家干预的必要性范围之内,而不能超过必要的法律限度。其法律表现就是要求国家权力应当在宪法和法律规定的框架内行使,国家权力的运行过程必须受到宪法和法律的约束。这种对政府权力的监控既是市民社会的权利,也是在国家公权力体系内部通过权力划分所要达到的目标。政府公权力来自于人民权利的理论预设,成为现代民主宪政体制构建的价值归依。而这种现代法治的价值基础在政治国家的权力配置方面的表现乃是立法设定权利、执法落实权利、司法救济权利。司法权作为政府权力的司法分支,其主要社会功能在于:对政治国家而言,司法权是通过对法律、法规和行政命令进行合宪性司法审查活动,维护宪政体制的和谐、理性地运行;对市民社会而言,司法权是通过对市民社会的纷争进行司法裁断实现权利救济从而实现社会公正。因此,吉玉泉同志的《司法审查价值论》主要从法治价值和社会价值两个方面对司法审查的价值展开分析自有其一定的合理性。

学界关于司法审查制度的理论的研究著述颇多,但这些相关的研究大多侧重于真理性的学术探讨,价值性的应用研究尚不多见。本书关于司法审查价值的系统研究,比较全面地就司



司法审查价值论

法审查价值的价值本体性要素和现实构成进行了深入分析,就司法审查的法治价值和社会价值展开较为系统的论析,其中有些观点对于进一步探讨司法审查制度有一定的启迪意义。

本书共分六章。在司法审查的价值界说中,作者首先研究了司法审查价值的本体论问题,认为司法审查的价值是指作为客体的司法审查制度及其过程、结果对主体的意义。具体来说,司法审查对行政权力的意义在于实现行政法治化、行政权的合法和高效性运作;对立法者来说,司法审查的意义在于确保立法法治化和科学化的实现;对一般民众而言,司法审查的意义在于为他们提供一个寻求公正解决纠纷、切实保障私人权利的制度构造;对社会而言,司法审查的意义在于形成一个理性的法律秩序,实现经济高效、政治昌明和人权有效保障的法律机制。作者将上述结论作为进一步研究司法审查价值理论的核心价值和逻辑基础。关于司法审查价值的现实构成问题,作者在本体研究基础上,从动态的角度,就司法审查在现实生活中的价值表现形式,从国家和社会二元分离与对立的视角,审视司法审查在现实社会生活诸方面的作用,认为司法审查的价值的现实构成从其社会价值而言,包含着经济、政治和伦理价值;从法制运行环节的角度而言,实现着现代法治的基本价值,即立法科学化、行政法治化、司法理性化等,并在一般理论探讨的基础上对司法审查的经济、政治、伦理及其法治价值逐一地进行了比较分析,具有一定的学术创新。关于司法审查制度在中国的建构与发展,作者实证考察了中国现行的行政诉讼制度及其运行状况,较为深入地分析了司法审查制度与人民代表大会制度之间的内在联结关系,进而,提出了在坚持中国“议行合一”政体原则的前提下建构中国司法审查制度的价值目标与原则,并提出了建构我国司法审查组织和制度模式的理论构想。

纵观全书,本书作为对司法审查价值问题的系统研讨是一



部严肃的学术著作,值得一读。当然,其中也存在一些不足,有些观点尚有待进一步斟酌,有些观点的论证尚未完全到位,部分章节之间的衔接也可更为紧凑。但瑕不掩瑜,这些不足并不影响本书仍然为一部具有较高质量的学术论著。该书是作者在硕士学位论文的基础上经过修改、补充而成,作为他的硕士论文指导教师,对作者能够在硕士毕业后继续硕士阶段的研究,并在硕士论文基础上形成学术著作出版深感欣慰,同时也请学界同仁对书中的不足给予批评指正,以激励其进一步开展对本课题的深入研究。是为序。

刘旺洪

2005年4月15日



目 录

序.....	(1)
导论.....	(1)
第一节 问题的提出:依法治国、司法审查.....	(1)
第二节 国内外研究的历史及其现状——关于行政诉讼 价值的相关研究	(13)
第一章 司法审查的价值界说	(20)
第一节 司法审查价值的概念——关于司法审查价值 本体的研究	(20)
第二节 司法审查价值的现实构成——关于司法审查 价值运作形态的研究	(28)
第二章 司法审查的社会价值	(35)
第一节 司法审查的经济价值	(35)
第二节 司法审查的政治价值	(58)
第三节 司法审查的伦理价值	(83)
第三章 司法审查的法治价值	(94)
第一节 司法审查与宪法权威	(95)
第二节 司法审查与立法法治化.....	(113)
第三节 司法审查与依法行政.....	(131)
第四章 司法审查的本土资源.....	(160)
第一节 中国司法审查运作的实证考察.....	(160)
第二节 司法审查制度建构的社会制度背景——侧重于 观念的考察.....	(185)



导 论

第一节 问题的提出：依法治国、司法审查

“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”作为社会主义的法制要求存续了近半个世纪。1956年中共“八大”决议中提出“有法可依、有法必依”，中共十一届三中全会将其补充为前述的十六个字。到了中共“十四大”，又进一步提出了将“依法治国，建设社会主义法治国家”作为治国的方略。

法治源于民主革命的成果，也是宪政体制的必然要求。在资产阶级民主革命胜利以后，直接面临的问题是如何处理政府和人民的关系，他们要建立的只能是一个废除人与人之间在形式上和事实上都不平等的封建等级的社会。政府的权力应当来自于人民的授予，卢梭的社会契约理论虽然是一种虚幻的设想，但是它肯定了民主制度下，政府的权力应当是人民赋予的（国家权力是公民让渡其自然权利而获得的）。因此，卢梭的社会契约论在资产阶级革命胜利后，获得了比较普遍的认同。卢梭的社会契约理论的价值不在于它揭示了人类社会是否曾经存在过这样的社会形态，其意义在于，它揭示了一个符合人类一般理性的发展道路并实现了法律对特定社会现实的回应和观照，在这一回应和观照中深蕴着人类理性观念的演变，演绎着人类的治世理想。在这种情况下，资本主义的民主国家中，首先就需要确立一个法律制度，将政府和人民的关系确定下来，这个法律制度的效力应当高于其他一切法律，它将规定国家生活中最为重



要的问题。这个法律将被置于至高无上的地位,它就是宪法制度,法治的一般趋势,正是这种权利冲突的宪法化。

对此,马克思和恩格斯曾经从资本主义的经济基础上去寻找原因,认为资本主义的商品生产和商品交换在客观上要求有一个自由的劳动力市场,有人身自由的雇佣劳动者阶级的存在。劳动者所拥有的人身自由只不过是自由地选择将自己的劳动力出卖给某一个资本家,但是,劳动者阶级却无法摆脱必须将自己的劳动力出卖给资本家阶级的命运。因此,他们认为,资本主义的自由和平等只不过是资本家剥削雇佣劳动者的工具。马克思和恩格斯的经典结论归纳起来,可以从三个方面来说明:其一是资产阶级的法律制度所标榜的平等只是形式上的,资产阶级社会充满了不平等,但是,资产阶级却将法律上的平等(形式上的)冒充社会的真实的平等;其二是资产阶级法律面前的人人平等并未实现;其三是马克思设想的真正意义上的平等是在共产主义社会的高级阶段中,人类真正作为“类的存在物”,社会财富实现充分地“涌流”之后,在“每个人的自由发展是一切人的自由发展的条件”的联合体中,“人的能力的发展程度成为社会进步程度的惟一标尺”的情况下,人类的真正的平等才能实现。在这一人类平等的境界中,人类的平等不是靠法律制度实现的,因此,法律存在的本身就意味着平等的不彻底性。在这里,马克思和恩格斯虽然没有直接地对资本主义社会的法治问题本身做出较为明确的结论,但笔者以为,一方面,马克思研究社会问题的视角本身决定了他们在研究如何使得现实的人类永恒地摆脱现实苦难(人的本质的异化,人不能成为自己的社会关系的主人)的理论模式中,不会将资产阶级的法治理想作为其进行理想社会设计的基础性工具。另外,马克思和恩格斯虽然是在批判资本主义旧世界的基础上,提出了共产主义社会这一理想社会模式,但是,他们并没有完全否定资本主义法律制度之下法治的道



德价值和社会价值。

法治强调的是依法治理,其所关注的有三点:其一是与人治的对立,是指治国的主体对国家的治理权力及权力的行使是有法可依的,不是政府和领导者个人的随心所欲。其二是在社会规则体系中,法律具有最高的权威,行为评价的最终标准是法律。其三是法律是良善之法,所谓良善之法是指法律的内容应当是能回应人们的合理欲求的,与人们的一般理性判断相吻合的。只有良善之法才能深入人们的内心,并被人们自觉地遵守。在西方的法治理念和法治建构中,法律高于政府,虽然任何社会的法律皆有权威,但法治所要求的法律权威是建立于政府之上的权威。因此,作为一个与人治相对的概念,法治本身就是为了通过法律遏制政府的权力而不是为了通过法律管制普通民众而提出的。从逻辑关系上说,法治国是法治的必然结果。

一般而言,现代宪政国家都比较注重从法律制度上规制国家公权的运作,在政体层面上通过司法权与立法权、行政权分立和制衡保证法治政府的立法理性、行政高效和司法公正的目标的实现。在国家公权的配置中,司法权的作用主要体现在对法律、法规和行政命令合宪性审查的司法审查制度中。司法审查制度和—个国家的司法体制、法律传统关系极为密切,同时,司法审查制度的具体设计又往往反映了历史发展的不同阶段上法律观念的发展的烙印。现在学界的通说是司法审查制度系美国首先独创,而且,直至第二次世界大战前,也只有美国比较充分地实行此制度。此前的欧洲大多数国家都对法院有权以宪法为依据否决立法决定的概念了解肤浅。欧洲的自由主义者认为一个不受制约的民主过程是自由的最佳保证,而且这种思想在一个多世纪中一直占主导地位。就美国而言,司法审查制度得以建立并完善,也并非伴随其立国立宪同时建立并完善起来的。在美国建国之初,其宪法文本本身的内容昭示出的也仅仅是对



政府权力可能被滥用的担心和出于对人性本身的极度不信任。从其宪法文本本身并不能当然地推导出司法机关可以对立法和行政机构享有司法审查的权力,充其量只是通过宪法规定了司法机构相对于立法权和行政权的独立地位。在整个宪法中都找不到授予联邦法院以司法审查权的明文规定。1787年,美国的立宪先贤们在制定宪法文本时,曾经就违宪的司法审查问题进行过激烈的争论。汉密尔顿等人崇尚三权分立原则,主张扩大司法机关的权力以牵制议会,并指出,扩大司法机关权力的重要方式之一,是法院应该有权宣布违反宪法明文规定的立法无效。^①但他们的主张没有被其他人接受。后来通过的美国宪法也没有明确规定法院有违宪审查权,值得注意的是,在美国宪法第6条第2款中规定:本宪法与依照本宪法制定的合众国法律及合众国的权力所缔结或即将缔结的条约,均为全国最高法律,即使与任何州的宪法或法律有抵触,各州法官均应遵守。这表明,联邦宪法、法律和条约优于州宪法和法律,州法院对此有权审查,但没有规定联邦法律违反联邦宪法的审查以及由谁审查的问题。依笔者推断,在立国之初,该条款的本意在于确保合众国法制的统一而未必就是通过该条款确立一种司法审查的制度。在美国1789年颁布的《司法法》第25条规定:凡州最高法院判决合众国法律无效,或者在州法院的效力同合众国的宪法或法律的关系上发生争执判决州法律有效时,可对其判决向联邦最高法院提起上诉。该条规定可以理解为是默认了联邦最高法院有审查联邦法律或州法律是否违反联邦宪法的权力,但基于该《司法法》的颁布是出自联邦国会之手,其权威性自是可圈可点。另外,仅就该规定而言,亦未涉及司法权对政府三权之一的行政权行使过程中的违宪性审查的问题。直至1803年“马伯

^① 参见《联邦党人文集》,商务印书馆1982年版,第392页。



里诉麦迪逊案”(1803年在马伯里诉麦迪逊一案的审理过程中,著名的联邦法院首席法官约翰·马歇尔极力主张联邦最高法院有违宪审查权,并宣布1789年的《司法法》第13条中“联邦最高法院有权对合众国公职人员发布职务执行令状”的规定违反联邦宪法无效)以及其后联邦最高法院相继作出的一些类似的判决方案最终确立了联邦法院有权对立法和行政行为的司法审查权。有意思的是,直至今日的美国,人们仍然还存在着就最高法院的法官们能否根据宪法的文句进行解释以及如何解释问题存在争议。一种观点认为,法官必须完全忠实于宪法制定者在缔造宪法时的思想;另一种观点认为,法院应该根据宪法词句,以法官的主观判断重新判断立宪者的价值观念,并以之作为司法审查的依据。前者的理由是,宪法的准确含义只有当时的立宪者最清楚。因此,尽管以古人之法强求今人,未必可行,但相比较而言,这种严格的解释主义更易被人们接受。而且法院并非一个由民主的途径产生的机构,又怎么能将自己的价值观上升为高于一切的宪法意志呢?后者的理由是,现代解释学理论认为,文本的受众同样地拥有对文本的解释权,当宪法文本由立宪者组织成文、公诸于世时,宪法的准确含义该如何解释,就不能由立宪者来垄断。特别是当时光匆匆逝去数个世纪,立宪者的真实意图已只存在于文件和著述中时,对立宪者原意的揣摩不可避免地要加入法官的主观因素,由法官来解释宪法可谓是主客观的统一。^①由此可见,司法审查制度本身不是民主宪政政体自其产生起即有的当然内涵。目前,除美国以外,还有日本、加拿大等60多个国家采用了司法审查模式。其他国家尽管没有直接采用美国的模式,但也无不受其影响。因此,可以说,司法审查制度的产生并能为现代大多数

^① [美]约翰·哈特·伊利著,朱中一、顾运译:《民主与不信任——关于司法审查的理论》,法律出版社2003年版,第1页。



宪政体制国家所接受必然有其深刻的历史、经济和文化的根源（季卫东先生在分析司法审查制度之所以能得以产生并普及的原因时，他所作的近乎实证意义的考察也许对我们具有启发意义，他认为：在英国，经过1688年“光荣革命”而采取了“议会优越”的原则之后，通过成文法修改和否定普通法的可能性的确大大增强了，这意味着传统不足以继续成为限制立法权的有效装置，法律规范体系的变动将会加速。但当时的英国法院最担心来自国王的恣意性司法干预，对于议会以及成文法的地位强化倒是持欢迎态度的，因此缺乏建立司法审查制度以防止立法权专制的动机。然而，通过成文法变更判例法的自由对于英国的各殖民地的影响则大不一样，因为那里没有建立起像英国本土那样的“议会信赖”。作为殖民地宪法的《英王制诰》都规定殖民地的立法不得违反英国法，这就等于在殖民地否定了其成文法的优越性；而法官们也倾向于利用审判程序来抵制那些由殖民地统治当局或者议会制定但却违背英国普通法精神以及先例的很严苛的法律规定，并因此在社会中建立了“法官信赖”。在1776年美国宣布独立之后，新的宪法取代旧的《英王制诰》，以及英国法成为根本规范，法官们无论出于尊重传统理念的动机还是出于维护现有权限的动机，都自然而然地从过去那种凡违反英国法的成文法均判无效的立场转向判决违宪的成文法无效的立场，并且要求使司法审查的实践理论化、制度化。继深入的学术讨论以及一系列的先例积累之后，联邦最高法院首席法官约翰·马歇尔在1803年解释1789年联邦宪法第6条第2款中的词义时正式宣告法院受成文宪法的约束并有权判决违反宪法的法律无效。基于同样的理由，加拿大、澳大利亚、印度等英属殖民地也在独立之后采取了司法审查制度）。

首先，第二次世界大战的经历让人们开始反思原有的民主政体本身的局限性，人们开始意识到，民主本身不能防止多数人的暴政，不能确保国家权力的行使沿着理性的轨道运行。尽管实行多数决定的原则乃是代议机关活动的必然要求，但由于深藏于人性本身的党派倾向，会导致人们把党派精神和党争带入



到政府必要的和日常活动中去。如果不适当的多数统治原则在以立法主权为基础的政府体制中占主导地位,那么就不存在任何力量来打破多数的统治,这样构成多数的党派就会成为自己案件的法官,就会有多数人滥用政治特权牺牲他人的利益而牟取私利。在所有人数众多的议会里,不管由什么人组成,感情必定夺去理智的最高权威。如果每个雅典公民都是苏格拉底,每次雅典会议都是乌合之众。^①第二次世界大战后,司法审查制度在欧美和日本等国家和地区得到迅速推广。

其次,司法审查制度得以迅速推广的背后,还有深刻的历史的、经济的、文化的背景和西方社会存在以及其深厚而久远的司法审查制度得以形成的理论基础。

在经济领域,市场经济国家的政府职能经历了由弱势政府向有限政府的转变,行政机构的管理权力空前加强,行政权力膨胀成为普遍现象。司法机构审查行政机关的行政行为和议会立法行为的合宪性与否成为社会发展的迫切要求。在经历了16~17世纪的文艺复兴运动后,欧洲社会的各主要国家中基本上实现了私权对国家的胜利。确立了私权神圣的观念,宪政体制下的政府(作为对君权神授的封建专制体制的反动,民主革命后的代议制政府的社会治权在观念上诠释为人民权利的让与)公权的行使和人民私权的范域有着明确的界限,对经济活动和其他社会活动的干预被局限在“守夜人”的角色。在19世纪,西方国家大多实行自由放任政策,信奉“管事最少的政府是最好的政府”的理念。那个时候,除了邮局和警察以外,一名具有守法意识的英国人几乎可能没有意识到政府的存在而度过他的一生。这种说法也许有点夸张,但那时国家行政职能普遍很少确实是事实,通常仅限

^① 参见[美]文森特·奥斯特罗姆著,毛寿龙译:《复合共和制的政治理论》,上海三联书店1999年版,第283页。



于国防、外交、社会治安、税收和邮政寥寥数项。市场经济活动中的主体活动是自由的,而且,这种自由是遵从完全意思自治的意志自由。主体的经济行为由市场这一只“看不见的手”调节。法治政府的初始目标是实现限权政府,防止人民的权利为政府专权所侵害,但是,私权的至上性却造成了由于市场的自发性、盲目性,造成了市场秩序的混乱。市场是无心的,没有头脑的,它不会思考,不顾忌什么。由于盲目的市场无视社会整体的发展需要,也不可能对市场行为加以规范引导,这使得个体在利益的驱使下,任意投资,无序竞争,破坏了市场正常运作的秩序,造成了资源浪费,效益低下。亚当·斯密的“看不见的手”理论受到了现实的挑战。

古典经济学认为,市场机制依靠价格的变动来调节资源的流动,以实现资源的最佳配置。但是由于公共产品消费的共享性割断了生产者与消费者之间的联系,因而市场经济对公共产品的供给和消费领域无能为力。市场机制的外部性问题是市场自身难以解决的,外部性广泛地存在于生产和消费领域,影响着社会的整体利益。

市场主体的近利性使代际发展难以实现。人类社会是一个自然、经济、科技、人口等各社会因素协调发展的系统体,以实现快速、健康、可持续发展为其目标。而市场的盲目性、近利性使市场主体掠夺性开采资源、为追求经济效益而不惜破坏环境,使社会环境遭到破坏,难以实现可持续发展。鉴于市场存在着上述缺陷,市场自身无法自我解决,因而市场内在需要外力介入来维护、保障自身的发展,经济民主内在需要经济集中的介入。客观地分析当时资本主义世界面临的这一困难,市场需借助外力和经济集中。

在人文价值观念方面,自由市场经济在 19 世纪末期发展到了顶峰,这种严重无序化经济运行模式也对资产阶级自 16~17



世纪确立的人文价值理念产生了巨大的冲击。具体地说,自由市场经济对资产阶级观念的冲击主要的体现为:形式上的平等导致实质上的不平等。经济民主奉行“丛林法则”。个人主义、自由竞争使一些人靠另一些人来满足自己的需要,因而一些人(少数)得到了发展的垄断权;而另一些人(多数)经常地为满足最迫切的需要而进行斗争,因而暂时失去了任何发展的可能性。优胜劣汰机制使平等成为空的口号,弱者根本无能力取得竞争机会,分配的不平等更加剧了这种状况。形式上的平等使处于弱势地位的消费者、处于劣势地位的中小企业者在实质上被剥夺了平等权,私权自治所奉行的“意思自治”不可能对这种实质上的不平等加以规制。

权利本位和私法自治造成了对人权的威胁、对社会利益的危害。法律赋予经济活动的个体自主决策、自由行动的广泛权利,使经济上的强者对经济上的弱者随意支配,对其民主权利任意剥夺,对竞争中的失败者弃之不顾。绝对的权利本位造成对权利的践踏,绝对的意思自治造成了对独立人格的凌辱。个体本位的自私性无视社会利益,造成了人与人之间的对峙、个人利益与社会的冲突。

鉴于市场存在着上述缺陷,市场自身无法自我解决。西方社会大多都采取通过强化政府管制、政府干预社会的方式解决市场失灵问题和私权不均共享现象。但是,政府管理权力的膨胀也同时带来了人们对政府的“合法暴政”深深的忧虑。比较著名的例证是,在美国的“罗斯福新政”时期,联邦最高法院与总统之间发生的一场宪政危机(二次世界大战期间,罗斯福总统为推行新政与最高法院发生冲突,最高法院反对国家干预,主张自由贸易,从而宣布国会的许多法规违宪。1937年2月,罗斯福总统宣布一系列计划,呼吁美国人民支持他,“把宪法从愚蠢的保守的法官手里拯救出来”。罗斯福建议国会通过法律,规定只要大法官年逾七旬且任期超过10年,总统