

实质法治

寻求行政判决的合法性

何海波



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

实质法治

寻求行政判决的合法性

何海波



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

实质法治:寻求行政判决的合法性 / 何海波著. —北京:
法律出版社, 2009. 10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0028 - 2

I. 实… II. 何… III. 行政诉讼—判决—研究—中国
IV. D925. 318. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 187851 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

责任印制/吕亚莉

开本/787×960 毫米 1/16

印张/28 字数/389 千

版本/2009 年 10 月第 1 版

印次/2009 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0028 - 2

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

罗豪才教授序

法官如何判决,才是合法的?在这简单的提问背后,蕴涵着审判实践和法学理论的巨大难题。对上述问题的各种回答,充满对法治的不同理解。

海波的著作《实质法治:寻求行政判决的合法性》,就是力图在当代中国行政法的语境中给出他的回答。而他对该问题答案的追寻,从最初代理刘燕文告北大案件算起,到以“实质法治”为题撰写博士论文,直到今天成书,前前后后有十年之久。虽然他的博士论文在答辩时获得多位评议人和答辩老师的好评,海波还是决定“修改一下”再出版,这一改就是八年。期间他陆续发表的论文,在我印象中,多半也是围绕上述主题展开。经过多年的努力,现在呈现给读者的这本书,已经形成了一个相当体系化的回答。

贯穿全书的一个基本理念是,“法律是什么”就像一道单项选择题,标准答案从原理上只能有一个,标准答案是什么却是可以争论的;对法律命题的任何回答,都必须经受合法性的检验。在书中,海波用实质法治表达了他的基本

立场。作者认为,法治不应当是刻板的法律条文之治,仅仅符合法律、法规的规定不能为行政判决赋予充足的合法性。形式法治可能导致“合法不合理”的结果,不能满足我们对法治的追求。作者主张,司法判决在维护形式理性的同时应当关怀实质正义,司法过程在坚持自主性的同时应当容纳民主性。“实质合法”表达了他关于司法判决合法性的主张,从概念上包容合理、合宪、社会效果等有关正当性的要求。

书中对实质合法的追寻,体现在法律渊源、价值衡量、司法尊让和法律共识四个关键词中。作者主张,法官在判决时不能完全拘泥于制定法条文,而应当考虑类型多样的法律渊源,承认它们在具体情境中作为法律论据的有效性。必要时,法官可以借助价值衡量,去探索理想的社会秩序,合理分配权利义务。法院在一定程度上尊让行政裁量,既是司法与行政两大部门之间一种必要的制度安排,也可以理解为司法判决谋取合法性的一种策略。法律共同体的共识能够支持法官的选择,同时也限制着法官的选择,为司法判决合法性提供了最后的担保。为了保障法律共同体共识的达成,作者强调建构一个既独立又开放的司法体制。上述观点包含了从单主体的法律推理到多主体的法律议论的视角转换,从不同角度共同构成对实质合法的回答。

本书立足于中国当代行政法的背景,对形式法治和实质法治做了系统、深入的阐述,在论证上具有浓厚的法理学色彩。这有助于深化行政法学基础理论,也足以与法理学和其他部门法展开对话。书中对司法运作现实的描述,特别是行政诉讼撤诉和请示、行政诉讼受案范围的扩展和正当程序原则的运用,以及公众意见对司法判决的影响,也是比较难得的法社会学研究作品。书中对问题的讨论,大处着眼、小处入手,将宏大叙述转化为具体个案的深入探讨(这也是海波惯常的风格),加上作者流畅而富有激情的文字,使全书可读性较强。

对于作者所持的实质法治立场,学界必定会有不同的意见,甚至可能会有激烈的争论;书中对一些具体问题的阐述,常常给人耳目一新的感觉,但也可能引发更多的疑问;全书把核心论题定位于司法判决的合法性,而对于实质法治的一般理论似乎有待于在更广阔的领域内展开并加以提升。当然,一本好书的意义不在于终结人们的思考,而在于启发人们的思考,甚至不在于它解决了什么问题,而是提出了什么问题。在此意义上,这是一本不可多得的好书。今后讨论行政判决的合法性、讨论形式法治和实质法治,海波的观点至少是值得认真对待的,甚至是无法绕过的。

祝贺海波的博士论文修改成书,也祝贺行政法学界多了一本力作。我非常乐意向读者推荐。

罗豪才

应松年教授序

很高兴海波的《实质法治：寻求行政判决的合法性》终于出版了。

十年前，海波还在北大攻读博士的时候，他和何兵一起代理了刘燕文告北大的案件，这案件也曾引起我的关注。他俩提出要用正当程序原则去审视北大的学位评定行为。这一主张得到了海淀区法院一审判决的支持，但因为当时正当程序原则没有相关制定法的明确依据，引起了很多争论（海波在导言中描述的“我”与“朋友”的争论就是一个缩影）。那个案件所激发的争论早已尘埃落定，海波的思考却一直没有终结。他把问题归结为行政判决的合法性，先是以“实质法治”为题撰写博士学位论文，后来又单独发表了好几篇文章，不弃不舍，孜孜不倦，深入探索。现在这本书正是代表了他多年思考和研究的成果。

行政判决合法性的问题从实践中来，具有强烈的现实针对性，对它的回答又不能满足于就事论事，而需要法学理论的提炼。可以说，它触及了司法实践和行政法理论中困扰已久的大问题。海波把这个问题放在形式法治和实质法治比较

的框架下进行讨论,以寻求司法判决的实质合法性作为最终旨趣,以开放的法律渊源论证、价值衡量的思考方法、司法对行政裁量的尊让以及法律共同体的共识,作为他对这个问题的回应。

海波的观点是否令人信服,自将赢得读者的慧心评判。我读他的书稿,有几点印象非常深刻,愿与读者做一交流。

第一,围绕主题,层层推进。大体上说,全书前三章是讨论形式法治,后五章正面论述实质法治。讲形式法治,先讲它的建构理念,再讲它的制度得失,最后是来自司法能动主义实践的挑战,暗含了实质法治的需求;讲实质法治,从法律作为一个可以争议的规范命题出发,从法律渊源论证开始,视角依次转换,最后归结为法律共识这一“合法性的最后担保”。全书有一个核心命题和比较清晰的内在逻辑,不是已有相关论文的简单叠加。

第二,以小见大,进路独特。总体上讲,这本书的法理色彩很重,但作者没有停留于理论的玄想和抽象的论述,经常选择一两个具体问题进行讨论。例如,讲司法权威的缺失,作者考察了行政诉讼撤诉和请示,用这两方面的事例进行生动的展示;讲价值衡量的方法,作者也是先举了两个具体事例进行讨论,然后总结其一般原理。这种论述方式也许有其不足(任何方法难免会有优长缺失),主要是对一般原理的阐释可能不够到位。但它生动、出彩,启人思索,易于深入。我是很欣赏的。

第三,见解独到,不落窠臼。作者在论述其核心思想的过程中,常常展示着他对相关问题的独特见地,他总是能看到、想到一些别人看不到、想不到的问题,真所谓“见人所未见,悟人所未悟”,因而,书中处处闪耀着睿智思想的火花。例如,作者对形式法治基本信条的概括(有法可依、职权法定;有法必依,唯法是从;违法必究,依法裁决),对行政行为合法性审查根据的重新建构,对法律渊源性质的阐述(作为论据而不是依据),对行政诉讼事实认定性质的揭示(不仅是发现事实,也包含价值判断和权力分配),对法律共同体共识的论述,都让人耳目一新。这类例子不胜枚举,犹如璀璨珠玑,俯拾可得。

第四,广揽文献,论证严谨。作者凭借广博的视野,使自己的学术研究既根植于源远流长的传统积淀中,又在传承中反思,在比较中审视。他在每一个问题的论说中,几乎都有全面精确而有针对性的文献交代和资料引用。作者描述“法律”这个概念在当代中国的演变、讨论撤诉审查的实践和正当程序原则的运用、分析公众意见对司法判决的影响时,所挖掘资料的细密,让人惊叹。作者对外国法(特别是英美行政法)相关主题有精深的研究,对法理学相关文献也有广泛的涉猎。全文近千个注释,旁证博论,纵横援引,看似信手拈来,却是体现了作者对于资料占有的规模,包含着作者为搜集文献所耗费的心血。

第五,文字优美,行文流畅。海波的文章,少有学术论著常有的八股气,读来如行云流水,清新自然,看似并未刻意雕琢,但稍加留意,却见用词精当,表意严谨。精致的文字,表达了精致的思想。他的文字还常常饱含激情,凸显了海波对于法治理想的炙热情怀。海波的著作,是冷静的学术思考和执著的法治追求的结合,不仅具有理论阐释的说服力,而且具有学术人格的感染力。翻开海波的著作,先不说内容的可贵,单是开篇文字,就使人觉得才气扑面、引人入胜,读来倍感欣喜。

本书从写作、修改到完稿,历经十年,部分章节曾分别在《中外法学》、《中国法学》、《法学研究》等刊物发表。写作时间的绵长和持续的阶段性成果,也可以佐证本书的品质。

本书是我近年来最爱读、最欣赏的法学著作之一。江山代有才人出,法学后人胜前人。我期待着行政法学新的辉煌!

应松年

2009年新中国成立60周年前夕
于北京世纪城

目 录

导言 / 1

- 一 问题和进路:行政判决的合法性 / 1
- 二 分析框架:形式法治与实质法治 / 9
- 三 结构安排和概念辨析 / 16

第一章 形式法治的建构逻辑 / 19

第一节 行政法治的基本信条 / 20

- 一 有法可依、职权法定 / 22
- 二 有法必依、唯法是从 / 23
- 三 违法必究、依法解决 / 27

第二节 我国形式法治的运作体制 / 29

- 一 我国现行的立法体制 / 30
- 二 我国现行的法律解释体制 / 32
- 三 我国现行的法律监督体制 / 37

第三节 形式法治下的“法”概念 / 41

- 一 “法”概念在当代中国的演变 / 42
- 二 为什么“法律是制定出来的”? / 49
- 三 “哪个级别的规定才叫法?” / 51
- 四 为什么国务院“通知”不是法? / 55

结语：形式法治的成就和局限 / 58

第二章 法治理想下的司法困境 / 60

第一节 行政诉讼撤诉考 / 61

- 一 撤诉审查制度与现实的落差 / 61
- 二 原告、被告与法院的博弈 / 67
- 三 在上级法院与地方政府之间 / 72
- 四 行政诉讼的“协调转向” / 79
- 五 小结 / 83

第二节 行政诉讼请示考 / 85

- 一 应当请示的情形 / 87
- 二 请示, 还是不请示 / 90
- 三 逐级请示与层层截留 / 96
- 四 最高法院对请示的处理 / 99
- 五 小结 / 101

结语：呼吁一个独立、权威的司法 / 102

第三章 司法能动主义的暗流 / 104

第一节 扩张的行政诉讼受案范围 / 105

- 一 “98 条”符合立法原意吗? / 106
- 二 “98 条”以前的个别扩张 / 109
- 三 学界的推动和支持 / 116
- 四 法官的行动逻辑 / 119
- 五 小结 / 124

第二节 晨光初现的正当程序原则 / 127

- 一 “法定程序”及其初步实践 / 130
- 二 田永案件中一笔带过的程序论据 / 136
- 三 刘燕文案件中的激烈争辩 / 142
- 四 “正当程序”写入判决书 / 147
- 五 正当程序原则的未来 / 154

六 小结 / 161

结语:对实质法治的诘问 / 161

第四章 实质法治下的法与合法性 / 163

第一节 作为合法性命题的法 / 164

- 一 司法判决所适用的法 / 164
- 二 合法性命题的情境性和可争性 / 166
- 三 自然法、“实际的法”和软法 / 168

第二节 建立统一的合法性概念 / 175

- 一 合法性之外的合理性? / 176
- 二 合法性之上的合宪性? / 181
- 三 法律效果与社会效果的统一? / 183

第三节 重构合法性审查的根据 / 187

- 一 现有合法性审查根据的混乱 / 188
- 二 中国法官的偏好与外国法律的归纳 / 191
- 三 司法审查根据的重构 / 197
- 四 行政行为合法要件的内容 / 206
- 五 结论 / 210

第四节 法律的孪生概念“权利”:一个附论 / 211

- 一 作为起诉条件的“合法权益” / 212
- 二 “特权”、“反射利益”和宪法权利 / 214
- 三 权利是值得法律认可和保护的利益 / 219

第五章 作为论据的法律渊源 / 222

第一节 重新探讨法律渊源的性质 / 223

- 一 法律渊源作为“依据”的缺陷 / 224
- 二 法律渊源性质的重新探讨 / 229
- 三 作为论据的法律渊源 / 233

第二节 行政法的成文法源 / 236

- 一 宪法的司法适用 / 237

二 国际条约、公约的适用方式 / 238

三 法律解释文件 / 240

四 其他规范性文件 / 241

五 与制定法有关的背景材料 / 242

第三节 行政法的一般原则 / 244

一 法律原则的性质 / 244

二 行政法一般原则举要 / 248

三 行政法原则的运用:以田永案件为例 / 255

第四节 行政法的其他渊源 / 266

一 先例、惯例和习惯 / 266

二 学说、政策与道德 / 270

三 比较法 / 274

结语:法律渊源论证的不确定性 / 277

第六章 作为方法的价值衡量 / 282

第一节 价值衡量的实践运用:以举证责任分配为例 / 284

一 “依法认定”的困窘 / 285

二 寻求举证责任分配规则的努力 / 287

三 价值衡量的运用:兼评沈岿博士的“个性化研究” / 290

四 价值衡量方法的再次运用:兼评“桑本谦公式” / 294

五 小结 / 298

第二节 正当程序原则的正当性 / 299

一 “正当程序”有法律根据吗? / 302

二 程序公正的效益和成本 / 306

三 法律的形式价值和实质价值 / 315

第三节 价值衡量的一般原理 / 321

一 价值衡量的适用场合 / 321

二 法治的实质价值和形式价值 / 324

三 价值权衡与“底线公正” / 327

结语:价值衡量的价值与危机 / 329

第七章 作为策略的司法尊让 / 331

第一节 行政裁量:来自温斯伯里原则的告诫 / 333

- 一 温斯伯里不合理性原则的诞生 / 334
- 二 从理性原则到比例原则的历程 / 338
- 三 理性原则与比例原则的区别:史密斯案的检验 / 341
- 四 小结 / 344

第二节 事实认定:环球照相公司案件的启示 / 345

- 一 环球照相公司案件基本案情 / 349
- 二 “实质性证据”标准:法院与行政机构 / 351
- 三 “全面考虑案件记录”:行政机构与审查官 / 354
- 四 “在罕见情况下”:最高法院与上诉法院 / 356
- 五 小结 / 357

结语:司法尊让的限度 / 359

第八章 作为合法性基础的法律共识 / 361

第一节 从独白到共识 / 362

- 一 从法律解释到法律议论 / 362
- 二 通过共识获得合法 / 366
- 三 中国的困惑 / 369

第二节 法律共同体及其共识 / 371

- 一 法律共同体的范围 / 372
- 二 法律共同体的结构 / 374
- 三 法律共同体的意见 / 380

第三节 公众意见与司法判决 / 382

- 一 研究方法 with 材料 / 383
- 二 公众关注的案件 / 385
- 三 公众的了解和表达 / 391
- 四 公众意见的效果 / 397
- 五 小结 / 403

第四节 法律的阳光广场 / 405

一 司法过程的公众参与 / 406

二 判决理由回应公共议论 / 414

结语：不只是一个法治的乌托邦 / 418

结论 / 420

一 重申司法判决的合法性命题 / 420

二 寻求司法判决的实质合法性 / 422

三 实质法治的针对性和普适性 / 425

附录：本书作者与本书主题相关的著作 / 428

后记 / 430

导 言

本书要讨论的是中国法治建设中一个有重大分歧的问题。我将围绕当代行政审判所面对的合法性难题,在形式法治与实质法治对立的框架下,论证一种行政行为合法性的主张——实质合法。

一 问题和进路:行政判决的合法性

(一)合法性之辩

请允许我以一个案件的争论开始我的问题。正是围绕此类案件的争论触动我写多篇论文,并最终形成现在这本书。

田某因“考试作弊”被学校开除,田某起诉到法院。法院以学校作出开除决定前没有给田某提供申辩机会、违反法定程序为由,撤销了学校的处理决定。当时没有一条法律、法规乃至校规,要求学校在作出开除决定前听取学生申辩。这一判决理由引起了我与朋友的争论。

朋友反对法院的判决:“哪条法律也没有规定这个程序呀?”他认为学校的开除决定“虽不合理但不违法”,或者说“合法不合理”。

我告诉他,《行政诉讼法》中的“违反法定程

序”，不但包括违背法律、法规明确规定的程序，也包括违背正当程序的原则。公共机构在做出对他人不利的决定前，应当听取当事人申辩，就是正当程序原则的要求之一。

朋友马上反驳说：“这只是你个人的理解。法定程序就是法律、法规规定的程序。否则，你说的‘法’到哪里去找呀？”

我解释说，这不是我一个人的理解。我搬出了国内一些学者的论述，搬出了国内法院几个零星的判例，当然也没有忘记搬出英美法上的“自然正义”和“正当程序”。

朋友很不屑：“你讲的学说呀、判例呀，都不是法律。人家美国更是人家美国，中国的法院自然要依中国的法律判案。如果这些乱七八糟的东西都可以成为判案依据，如果法院都可以凭自己的理解任意发挥，那还有什么法治可言？”

我感到很难说服他，就转变了一个思路：“不管怎样，在关系一个人命运前途的时候，没有听取他的解释、申辩就作出决定，这多么轻率，多么不公正！”

朋友仍不放过：“你说的是情理，可法律不是情理！学校纪律处分程序不合理，可以在以后制定、修改法律的时候再解决——法官必须依法判案。”

“一个缺乏正义关怀的法治，不是理想的法治！”我有些激动。

“一个缺乏规则意识的法治，是没有希望的法治！”朋友反唇相讥。

.....

争论没有结果，一时也分不出输赢。

有意思的是，朋友和我都主张法治，都认为法院应当“依法判决”，涉及具体问题却水火不容。朋友认为，判断行政行为合法性的唯一标准是法律、法规，凡是违反法律、法规的都是违法的，凡是不违反法律、法规的都是合法的；我则主张，法律、法规不是判断合法性的全部标准，在法律、法规之外还要考虑法律的原则。朋友认为，完善法律是立法者的任务，法院的职责就是严格遵守事先制定的法律判案，在法律条文之外不必也不能考虑实质合理性问题；我则主张，法律不完全是由立法者提供的一套规则，司法判决不能无视实质合理性的要求。