

南湖法学文库



The Restriction of Power
by Justice

通过司法限制权力

英格兰司法的成长与宪政的生成

李 栋 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



南湖法学文库

通过司法限制权力

英格兰司法的成长与宪政的生成

李 栋 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

通过司法限制权力:英格兰司法的成长与宪政的生成/李栋著. —北京:北京大学出版社, 2011. 5

(南湖法学文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 18756 - 2

I. ①通… II. ①李… III. ①司法制度 - 研究 - 英国 ②宪法 - 研究 - 英国 IV. ①D956.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 058290 号

书 名: 通过司法限制权力——英格兰司法的成长与宪政的生成

著作责任者: 李 栋 著

责任编辑: 白丽丽

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 18756 - 2/D · 2838

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市富华印装厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 25.25 印张 375 千字

2011 年 5 月第 1 版 2011 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 48.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

献给默默支持我的父母亲、妻子

本研究受中央高校基本科研业务费专项资金资助[2009038]

本书是国家社科基金(青年项目)“英国法治道路的国际经验借鉴研究”(批准号10CFX010)的阶段性成果

总 序

历经几回寒暑,走过数载春秋,南湖畔的中南法学在不断精心酿造中步步成长。中南法学的影响与日俱增,这离不开长江边上这座历史悠久、通衢九州的名城武汉,更离不开中南法律人辛勤耕耘、励精图治的学术精神,中南学子源于各地聚集于此,又再遍布大江南北传播法学精神,砥砺品格、守望正义的同时也在法学和司法实践部门坚持创新、止于至善,作出了卓越的贡献。

纵观中南法学的成长史,从1952年9月成立中原大学政法学院,到1953年4月合并中山大学、广西大学、湖南大学的政法系科,成立中南政法学院,后至1958年成为湖北大学法律系,1977年演变为湖北财经学院法律系,转而于1984年恢复中南政法学院,又经2000年5月的中南财经大学与中南政法学院合并至今,中南财经政法大学法学院已然积攒了50年的办学历史。虽经几度分合,但“博学、韬奋、诚信、图治”的人文精神经过一代又一代中南学人的传承而日臻完善,笃志好学的研习氛围愈发浓厚。中南法学经过几十年的积累,其学术成果屡见丰硕。“南湖法学文库”这套丛书的编辑出版,就是要逐步展示中南法学的学术积累,传播法学研究的中南学派之精神。

中南法学经过数十载耕耘,逐渐形成了自成一格的中南法学流派。中南法律人在“为学、为用、为效、为公”教育理念的引导下,历练出了自有特色的“创新、务实”的学术精神。在国际化与跨地区、跨领域交流日益频繁的今天,中南法学以多位中南法学大家为中心,秉承多元化的研究模式与多样性的学术理念,坚持善于批判的学术精神,勇于探讨、无惧成论。尤其是年轻的中南法学学子们,更是敢于扎根基础理论的研习,甘于寂寞,同时也关注热点,忧心时事,活跃于网络论坛,驰骋于法学天地。

从历史上的政法学院到新世纪的法学院,前辈们的学术积淀影响深远,至今仍为中南法学学子甚至中国法学以启迪;师承他们的学术思想,沐浴其熠熠生辉的光泽,新一代的中南法律人正在法学这片沃土上默默耕耘、坚忍不拔。此次中南财经政法大学法学院推出这套“南湖法学文库”,作为中南法学流派的窗口,就是要推出新人新作,推出名家精品,以求全面反映法学院的整体科研实力,并使更多的学者和学子得以深入了解中南法学。按照文库编委会的计划,每年文库将推出5到6本专著。相信在中南法律人的共同努力下,文库将成为法学领域学术传播与学术交流的媒介与平台,成为中南法律人在法学研习道路上的阶梯,成为传承中南法学精神的又一个载体,并为中国法学研究的理论与实践创新作出贡献。

晓南湖畔书声朗,希贤岭端佳话频。把握并坚守了中南法学的魂,中南法律人定当继续开拓进取,一如既往地迸发出中南法学的铿锵之声。

是为序。

吴汉东

2010年12月1日

序 言

宪政文明有两个发源地,一是古希腊罗马,二是英国。其中,古希腊罗马宪政在时间上远早于英国,被誉为“世界上第一次立宪主义的试验”,但它们都带有一定的偶发性和早产性,故而仅仅昙花一现,未遑成熟就像流星一样匆匆消失于历史长河之中。与此不同,英国宪政自从产生以后便得到了持续不断的发展,一直延续至今,并于近代之初走出了英伦国门,陆续扩散到世界各地。据此似可断言,英国是人类宪政文明直接和真正的发源地。

作为引领宪政文明的先行者,英国在创建宪政的过程中,既缺少成熟的宪政模式以资借鉴,也缺乏系统的宪政理论以供指导,因此,英国宪政主要是在漫长的历史进程中,通过世代代的不懈探索、正反两方面经验的日积月累和对历史机遇的适时把握而逐步发展起来的,借用哈耶克在论述普通法特征时提出的“自生自发”理论来说,英国宪政是逐步“生发”长成的,它是历史积淀的产物,经验理性的结晶。这一过程平缓而漫长,往前可一直追溯到英伦国家建立之际,甚至需要步入史前时期才能寻觅到它的初始源头,往后则一直延伸到近现代乃至当下,整个过程前有头后有尾,系统完整,中间虽不乏跌宕起伏,但未有中断反复,一脉相承,且阶段分明。同样由

于长期居于世界宪政文明的领先地位,英国宪政的生发成长主要得益于自身内部力量的推动,走的是一条典型的内源演进型发展道路,外部因素的影响微不足道,因而不像后发宪政国家那样,时不时地会因外力的侵扰而在某种程度上偏离正常轨道。这种近乎自然长成的“生发”进路,使得英国宪政保持了浓郁的原生态风貌,当之无愧地成为“宪政考古的博物馆”(哈勒维语)。这意味着,通过对英国宪政“活化石”的历史考察,人们既可以从本真意义上了解宪政文明从最初萌芽到成长壮大直至成熟完善的整体过程,又能获得一种“清水出芙蓉,天然去雕饰”般的美感享受,还可以进而探寻宪政发生发展的客观规律和内在机理,推动宪政理论研究的深化。

职是之故,英国宪政及其历史一向受到各国宪政学者特别是宪政史学家的高度重视,尤其是关于英国宪政赖以生发成长的动因,历来是学者关注的焦点问题之一。就国内研究状况而言,围绕这个问题的已有成果大多从政治制度史的视角出发,将注意力集中在社会、经济、政治等因素的作用上,诸如城市与经济的发展变化、中产阶级的崛起、国王与贵族的关系、议会与王权的斗争等。所有这些因素,尤其是议会制度的较早建立,对于英国宪政的积极推进作用,毫无疑问是巨大的,也是无人否认的。但是,除了上述因素外,还有一个至关重要的因素,却被国内学者所长期忽视,这就是司法对于英国宪政发展所作出的突出贡献。虽说近年来随着国内学界对美国司法制度和违宪审查制度研究的长足进步,以及我国司法改革和宪政建设的深入发展和面临的种种阻力与困惑,部分学者已经从理论上认识到司法与宪政的密切关系,但迄今尚未见到全面阐述英国司法与宪政关联性的专题论文或著作问世。正是基于学术研究和现实政治的双重需求,李栋自入学中南财经政法大学法学院攻读法律史专业博士学位以来,便把探讨英国司法与宪政的良性互动关系作为自己的研究重点。历经三年的阅读与思考,最终写成了博士论文《通过司法限制权力——英格兰司法的成长与宪政的生成》,并顺利通过答辩,赢得了答辩委员们的一致好评。

作为指导老师,笔者在李栋写作论文的过程中曾多次与之交流和讨论,按说对论文内容和观点并不陌生,但是,修订后的文稿,仍然给我留下了深刻的印象,并使我进一步坚定了自己的一个信念:司法对于一个国家的政治

文明进程具有强大的影响力,必须认真对待和积极发挥司法的政治功能和宪政潜质;倘能如此,宪政的发展将较为顺畅;换言之,司法宪政主义道路是一条可取的立宪成功之道。

坦率地讲,在司法的政治功能问题上,因受孟德斯鸠三权分立学说和美国联邦党人思想的影响,此前的笔者一直认为,在三种国家权力中,司法权是最不起眼的一种,其功能和作用不可能与行政权和立法权相提并论。究其原因在于,司法权的主要职责是裁判案件,定分止争。作为一种判断权,它只有在纠纷发生以后,以个案救济的形式启动运行和发挥作用。因此,从国家权力运行的逻辑结构看,司法位于权力流程的最末一环,这种末端位置决定了司法权在国家权力系统中总是处于相对弱势地位。它不能像立法权、行政权那样可以主动采取行动,积极干预社会生活,而只能应求而动,具有消极性和被动性特征。况且,由司法权作出的裁决能否切实生效,在很大程度上还要仰赖行政权或立法权的认可与支持。因此,在人类历史上,司法权的作用和影响,无论是积极的还是消极的、正面的还是负面的,都远不如行政权和立法权那样成效显著、引人注目。在相当长的历史时期内,世界上的绝大多数国家采取的是行政主导型的统治模式,司法权甚至包括立法权在内都不过是行政权的附庸,其作用自然不足为道。但是,李栋的论文为我们描绘了一副截然不同的历史图景,展示了司法在推进英国宪政生成成长过程中所发挥的不同寻常的巨大作用。

文章证明,诺曼征服所造就的强大王权,使得英国没有出现欧陆各国那种封建分裂局面,国家的政治统一和社会秩序的稳定获得了有效保证。同时,在原始民主遗风、封建制度以及教会势力等多种因素的制约下,在“国王靠自己生活”的古老原则以及由此带来的政府财政资源匮乏、军事官僚机器残缺不全的局限下,英国王权始终未能走向东方国家那种专制主义道路,相反,形成了一种堪称“一体多元”的权力结构形态。在此结构下,王权虽然拥有足够的权威以完成国家整合的政治使命,但却很难按照国家权力的自身逻辑,优先发展行政权,以实现对于社会的强制性统治,而只能选择司法这种具有被动性、内敛性的权力手段,来实现对于社会的温和型治理,由此形成了完全不同于古代中国司法行政化的行政司法化传统。与此传统相伴随,

英国司法获得了优先发展的难得机遇,因而较早地走上了司法专业化和职业化的道路。于是,一套具有现代特征的全国规模的普通法体系逐步形成,一套由中央和地方、固定和巡回法院相结合的司法体制建立起来,一个由职业法官和律师组成的矢志献身于法治事业的法律职业共同体应运而生。该共同体在日常的司法实践中,不断地丰富发展普通法的规范体系,优化完善司法的内部构造,确立了“正当法律程序”原则和陪审一对抗制审判方式,提升了司法效能与公信力,还逐步孕生出了富有英国特色的“普通法心智”和“技艺理性”观念,为司法审判权的独立运行提供了强有力的理论支撑。据此,法律职业共同体不仅可以有效地履行权利救济和自由保障的应有职责,而且进一步衍生出了制约王权的政治功能,从而发展成为一支影响历史进程的强大政治力量。结果,在中世纪后期,当东方各国的君主专制制度日趋强化和欧陆各国纷纷跪倒在绝对君主主义面前时,英国奇迹般地“独善其身”,以其治理权与审判权相分离的二元政治结构为核心的“中世纪宪政主义”(麦基文语)而彪炳于世界之林:在治理权内,国王(即权力)至高无上;在审判权内,法律(即法官)至高无上。于是,但凡遇到关涉法律的问题,国王无权恣意擅断、为所欲为,而不得不接受司法的约束。进入16世纪,面对民族主权国家的时代需要和方兴未艾的国际殖民竞争,都铎王朝也曾试图步欧陆各国之后尘,建立专制王权,但碍于不可逾越的司法屏障,最后只得适可而止,满足于“有限专制”。随后上台的斯图亚特王朝无视英国政治法律传统,决心推行个人专制统治,不断侵犯议会权力,任意罢免法官,干预司法。在此危急关头,以科克为代表的法律职业共同体联合议会奋起抗争,一场决定英国政治前途的宪政革命由此爆发。历经半个多世纪的不懈努力,革命最终获得胜利,确立起了以立宪君主制为形式的宪政制度。在此过程中,议会冲锋在前,厥功至伟,先后领导了两次内战,将一个国王送上断头台,将另一个国王驱逐国外。但是,在英国学者普雷斯特看来,普通法和法律职业共同体所发挥的作用更具根本性,他说,在这次革命中,专制王权的“脑袋”虽然是议会砍掉的,但议会所使用的斧头却是“普通法锻造的”;“17世纪的英国历史是法律职业者创造的”。

英国宪政的成长过程为我们展现了一副司法与宪政彼此促进、同兴共

荣的良性互动长卷。这一过程启迪我们,对于司法,除了理应重视其定分止争的法律功能外,还应当认真对待其宪政功能,并积极创造条件,使之能够正当而充分地实现。因为在本质属性上,司法与宪政原本是共通的。一如李栋文中所言,司法的被动性和处理纠纷的多方参与性有益于保证个体权利的实现;司法裁决的终极性有助于纠正失衡的社会关系,重塑社会平衡;司法的独立自主性有利于监督制约政治权力的行使,防止权力滥用。而所有这些都是宪政的内在诉求。正因为英国司法的宪政功能得到了正确而充分的发挥,英国不仅成为了世界宪政文明的发源地,而且开创了一条别具一格的徐缓渐进式的宪政“生发”之路。

当然,必须指出的是,这种宪政“生发”道路是英国特定历史条件——诸如集权而非专权的封建王政结构、行政司法化传统、司法的优先发展及其优越的内部与外部构造、司法权的强社会性与弱国家性及其相对独立性等——的产物,不具有可复制性,其他国家无法简单地生搬硬套。然而,这绝非意味着英国经验中所蕴含的价值和原则不可为他国所借鉴。对此,李栋在“余论”中明确指出了英国道路对于时下中国宪政建设的启迪意义:“英格蘭宪政的生成道路告诉我们:中国的宪政建设在重视发挥国家作用的同时,还应当注重充分发挥法律人的政治作用,应当从司法审判权的内在技术要素出发,着重挖掘和提升司法技术在建构国家政治秩序以及文明秩序中的潜能,在司法审判权自足自立的基础上,让其在政治秩序的建构中发挥更为积极的作用。司法审判权不应仅仅是政治秩序完成后单纯执行立法意图的法律适用者,也不应仅仅是各种社会利益冲突的被动平衡者与裁判者,它更应该是政治秩序的构建参与者。”实际上,历史业已证明,英国注重发挥司法宪政功能的经验已经为世界许多国家所成功借鉴,美国就是最先引入英国经验并有所创新发展的典型代表。两百多年来,美国联邦最高法院通过违宪审查制度将司法的宪政价值发挥得淋漓尽致,取得了举世瞩目的成就。如果说美国因与英国存在同文同种的历史渊源关系,在引进英国经验上具有便利条件的话,那么,第二次世界大战以后越来越多的传统国家在向现代宪政的转型过程中,几乎无一不把司法改革与宪政建设紧密结合起来的事实则表明,科学地总结英国“司法宪政主义”的历史经验,认真对待司法

的政治功能,充分开发司法的宪政潜质,大有可能成为未来世界宪政发展的一条普适性规律。

近闻李栋的论文被评选为中南财经政法大学优秀博士论文,由中南财经政法大学法学院资助,即将由北京大学出版社出版。在赞赏论文出版之余,欣然写下以上感想,权作为序。

程汉大

2011 年 1 月

目 录

绪论 / 1

第一章 早期英格兰多元权力结构

——英格兰司法成长的历史环境 / 17

第一节 诺曼征服前的原始民主遗风 / 17

第二节 诺曼征服所带来的适度王权 / 28

第三节 早期英格兰的封建制度 / 41

第四节 教会与封建王权 / 58

第二章 行政司法化

——英格兰司法的外部结构特征 / 70

第一节 行政司法化特征的形成背景 / 72

第二节 国王行政司法化的进程 / 100

第三节 行政司法化特征的宪政意义 / 117

第三章 自由、权利的保障与救济

——英格兰司法的内部结构特征 / 130

第一节 制度设计:合理性、平衡性 / 131

第二节 制度运作:开放性、限权性 / 178

第三节 制度理念:自由、权利的保障与救济 / 203

第四章 “法律职业共同体的胜利”

——英格兰司法对宪政的直接推动 / 213

第一节 法律职业共同体的形成与“普通法心智”观念 / 214

第二节 法律职业共同体在司法适用中的“技艺理性” / 247

第三节 法律职业共同体的宪政斗争 / 271

第五章 司法审判权与政治统治权的互动平衡

——英格兰宪政的精髓 / 323

第一节 “中世纪宪政主义难题”所引发的两权分立理论 / 324

第二节 司法审判权与政治统治权两权分立理论的发展 / 329

第三节 三权分立理论的缺陷和两权分立理论的合理性 / 342

第四节 英格兰宪政的精髓:司法审判权与政治统治权的互动与平衡 / 349

余论 / 374

参考文献 / 378

后记 / 388

绪 论

一、问题的提出

司法与宪政是英国法的精华所在,也是中外学者们最感兴趣的两个研究课题。

一方面,在世界各国中,英国司法制度踏上文明化发展道路时间比较早,其在整个国家体制和法律发展史上的地位与作用,是任何其他国家所不可比拟的。学者施米托夫曾指出:“世界上还没有任何其他法律制度像英国那样特别强调司法因素。”^①不仅如此,当今流行于世界各国的基本司法制度,如司法独立制度、律师辩护制度以及公开审判制度等,无一不起源于英国。英国对人类司法文明的贡献是巨大的。

另一方面,人们普遍认为英国是宪政文明的发祥地(尽管古希腊罗马也是发祥地之一,甚至在时间上还早于英国,但它们都是昙花一现,只有英国宪政一直未间断地延续至今),是“宪政考古的活化石”。作为“近代宪政第一国”,英国宪政的生成不像世界其他国家那样,是通过近代初期的资产阶级革命或政治改革,在摧毁君主专制制度后的废墟上,按照启蒙思想家们的理论设计,首先

^① [英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社1996年版,第598页。

制定一部成文宪法,然后“照着食谱做布丁”自觉建立起来的。英国宪政是在漫长的历史进程中,在王权、议会、司法等多种因素的交互作用下,经过长期的斗争与妥协,一点一滴积淀而成的。

鉴于司法和宪政在英国法律史上的特殊地位,国内外学者已经对它们进行了广泛而深入的研究。笔者在研读这些研究成果的过程中发现,大多数学者将司法与宪政放在较为单一的视域中分别进行考察。例如,对于英国司法制度的研究大都从制度的缘起、发展以及变化等方面就制度本身入手;对于英国宪政的研究大多从王权与贵族、王权与议会斗争的角度进行说明,很少有学者把司法与宪政的内在关系作为一个问题提出来,进行专门的历史和理论探讨。

实际上,英格兰的司法与宪政之间存在着紧密的联系。一方面,早期英格兰具有宪政特征的多元权力结构,直接影响了司法的独立与发展。如令状、陪审和巡回审判等司法制度,就是国王为统合领主权、教权以及地方公共权力所采取的主要控制方式。另一方面,英格兰司法也暗含了大量有利于宪政形成的因素。例如,令状制度设立之初本是国王加强集权,拓展国王权力的一种司法手段,然而,令状在发展过程中逐渐把国王的行政管理与社会纠纷的解决隔离开,使臣民权利直接面对的不是国家专断的行政权力,而是讲求公平程序的司法权力。这就在事实上促使国王不能用行政手段,而必须以民众普遍能够接受的法律程序,来处理涉及个人自由、财产这一宪政原则的产生。正如科克所说:“比起欧洲大陆的任何司法制度来说,它通过自己的令状、它的法庭程序、它的全国性执行能力,更为有力地保障臣民不受掌权者之压迫。”^①此外,英国司法制度在自身的独立与发展过程中,培育了一批以普通法为立命之基、强调“普通法至上”的法律职业共同体人员。他们在英格兰宪政生成过程中,与试图将王权凌驾于整个社会之上的专制势力进行着斗争。如17世纪以科克为代表的一批法律人就是典型的代表。

鉴于上述英格兰司法与宪政之间不可分割的内在关联性,本书选择二

^① [美]小詹姆斯·R. 斯托纳:《普通法与自由主义理论》,姚中秋译,北京大学出版社2005年版,第369页。