

## 司法審查概念存在的爭議及其辨析

自美國聯邦最高法院在 1803 年的馬伯里訴麥迪遜案判決中確定司法審查制度以來，中西方對司法審查制度的探討，即使到現今也未曾停止。我們所熟知的許多美國憲政經典中的「法律故事」，都是圍繞司法審查制度來書寫的。當然，更早的依據還可追溯到柯克法官在伯納姆醫生案中那段著名的附議，<sup>[1]</sup> 無論如何，由普通法院在司法程序中審查公權力行為及保護公民基本權利的制度，已經首先在美國得以確立下來。然而，「審查立法是否合憲這種思想毫無疑問是美國式的，但其在歐洲的付諸實踐卻走上了另一條途徑」。<sup>[2]</sup> 在歐洲大陸國家，類似的審查行為一般由憲法法院、憲法委員會等專門機構行使，因此，司法審查的內涵與外延容易與違憲審查、憲法審查、合憲性審查、憲法訴訟等概念有所重疊。那麼，以憲法委員會、憲法法院等專門機構審查立法的模式與美國式的司法審查有何區別？具體到香港特區，司法審查的本源含義是什麼？本質上是一項什麼權力？司法審查制度的具體建構與什麼因素有關？香港特區的司法審查制度有哪些特殊性？本章擬對這些問題進行研究和分析，為後續的內容作必要的理論鋪墊。



要對「司法審查」作清晰的界定，顯然是一件非常困難的事。不僅因為現代語言學的研究表明，「語言並沒有固定的含義，它的含義取決於使用文字的語境」，<sup>[1]</sup> 更加因為不同國家和地區，所採用的司法審查模式不盡相同，「由於政治體制的不同，司法審查的範圍和程度會有不同表現」。<sup>[2]</sup> 因此，不同語境下的司法審查可能會有不同的含義和內容。或許我們很難定義它，只能嘗試描述它。有鑒於此，筆者將試圖釐清司法審查與近似概念之間的區別和聯繫，明確香港特區司法審查（權）的基本內涵。

### 一、司法審查內涵的界定

從字面含義看來，「司法」是指行使審查權的主體，即司法機關；「審查」是指行為的內容，即「一個主體對一特定對象的評價與裁決行為」。<sup>[3]</sup> 結合起來，司法審查則為司法機關對特定對象的評價和裁決行為。從這個角度出發，幾乎所有司法機關的活動都可稱之為「司法審查」，因為「司法部門既無強制、又無意志，而只有判

1 柯克法官在該案判詞中宣佈：「從我們的歷史文獻中可以看出：在很多情況下，普通法得審查議會的法案，有時可以裁決其為完全無效；因為，當議會的一項法律違背普遍的權利和理性，或者令人反感，或者不可能實施的時候，普通法得審查它，並宣佈該法案無效。」參見【美】小詹姆斯·R·斯托納著，姚中秋譯：《普通法與自由主義理論——柯克、霍布斯及美國憲政主義之諸源頭》，北京：北京大學出版社 2005 年版，第 21 頁。

2 【美】路易斯·亨金、阿爾伯特·J·羅森塔爾編，鄭戈等譯：《憲政與權利》，北京：生活·讀書·新知三聯書店 1996 年版，第 30 頁。

1 L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, 2nd, Macmillan, 1953. 轉引自何海波：《司法審查的合法性基礎——英國話題》，北京：中國政法大學出版社 2007 年版，第 52 頁。

2 朱國斌：〈重新檢視香港特區法院司法審查權〉，載周葉中、鄒平學主編：《兩岸及港澳法制研究論叢》（第一輯），廈門：廈門大學出版社 2011 年版，第 305 頁。

3 周永坤：《憲政與權力》，濟南：山東人民出版社 2008 年版，第 226 頁。

斷」，<sup>[4]</sup>「司法權的運作過程實質上是對爭議雙方是非曲直以法律和法理為標準進行判斷的過程」。<sup>[5]</sup>例如，有學者將刑事訴訟中司法機關對強制性措施的監督審查行為，也稱為「刑事訴訟中的司法審查」。<sup>[6]</sup>然而，這種定義極大地擴大了司法審查的範圍，與我們通常的理解有所出入，也不是本文所要考察的「司法審查」。當然，我們可以將「司法」理解為審查的程序或者方式，即司法審查為某一主體運用司法程序對一特定對象進行的評價與裁決行為。從這角度出發，判斷是否屬於司法審查的落腳點在於審查的方式上，而不論是司法機關或者其他專門機關。

對司法審查的定義，學術界中有非常多的分歧。例如，有學者從廣義上理解司法審查，認為從審查主體上劃分，司法審查可以分為普通法院審查和專門機構審查兩種運行模式。<sup>[7]</sup>另有學者認為任何司法性質的機構，包括大陸法系的憲法院和某些表面上具備司法性質的審查機構，依據憲法審查法律或法規的制度，都屬於司法審查。<sup>[8]</sup>筆者認為，要真正理解司法審查的內涵，還須追根溯源，由司法審查的起源觀其含義的演變。「在任何語境下使用詞語表達意義，我們只能通過從原意上確定詞語的意義，即從詞語本身的來源中考察



其意義，才能準確理解該詞語承載的所指。」<sup>[9]</sup>

### （一）如何理解「司法」：從司法審查的起源看審查主體的特性

司法審查（Judicial Review）主要是英美法系國家使用的概念。雖然司法審查在西方有著漫長的思想淵源，但作為法律制度的起源則是自美國 1803 年的馬伯里訴麥迪遜案。<sup>[10]</sup>通過該案，美國聯邦最高法院建立了三個原則：第一，憲法是國家的最高法律，違憲的法律不是法律；第二，闡明法律的意義是法院的職權，憲法的解釋權屬於司法機構，法院有權闡釋和運用憲法；第三，法院的解釋具有最高效力，政府所有分支都必須遵守。<sup>[11]</sup>司法審查制度正是對馬伯里案中所確立的這種由法院審查立法、行政行為的制度的總結，從產生之時起便蘊含著「權力制衡」、「權利救濟」和「高級法」的原理。<sup>[12]</sup>司法審查起源於法院通過司法程序對行政行為的審查，但其核心與關鍵在於對立法行為是否違反憲法的審查。<sup>[13]</sup>「在西方國家，司法審查係指法院審查國會制定的法律是否符合憲法，以及行政機關的行為是否符合憲法及法律。」<sup>[14]</sup>根據《布萊克法律詞典》的解釋，司法審查是指法院審

4 【美】漢密爾頓、傑伊、麥迪遜著，程逢如等譯：《聯邦黨人文集》，北京：商務印書館 1980 年版，第 391 頁。

5 汪習根主編：《司法權論——當代中國司法權運行的目標模式、方法與技巧》，武漢：武漢大學出版社 2006 年版，第 31 頁；另可參見孫笑俠：《司法權的本質是判斷權》，《法學》1998 年第 8 期。

6 參見榮曉紅：《試析我國刑事訴訟中的司法審查》，《人民檢察》2009 年第 7 期；楊雄：《刑事訴訟中司法審查機制的實證分析——以俄羅斯和我國台灣地區的司法改革為範例》，《甘肅政法學院學報》2007 年第 6 期；王敏遠：《論我國刑事訴訟中的司法審查——以偵查中的強制性措施的審查為例的分析》，《貴州民族大學學報》2015 年第 1 期。

7 參見汪習根主編：《司法權論——當代中國司法權運行的目標模式、方法與技巧》，第 104-106 頁。

8 參見張千帆、包萬超、王衛明：《司法審查制度比較研究》，南京：譯林出版社 2012 年版，第 7-8 頁。

9 程春明：《司法權及其配置——理論語境、中英法式樣及國際趨勢》，北京：中國法制出版社 2009 年版，第 10 頁。

10 這裏的司法審查，指的是聯邦的司法審查，即聯邦法院審查聯邦國會立法和行政部門的命令。不包括州法院的司法審查，因為州法院依據州憲法審查州議會立法這種州法院的司法審查，在聯邦憲法制定前就有先例，在聯邦憲法制定後，事例更多；也不是指聯邦法院審查各州的法律，因這種審查在 1803 年前，也早已存在。參見龔祥瑞：《比較憲法與行政法》，北京：法律出版社 2012 年版，第 112 頁。

11 張千帆：《西方憲政體系》（上冊），北京：中國政法大學出版社 2004 年版，第 49 頁。

12 參見季金華：《歷史與邏輯：司法審查的制度化機理》，《法律科學》2010 年第 4 期。

13 美國的愛德華·S·考文教授在考察了美國司法審查確立的過程之後認為，司法審查實際存在兩種司法審查：一種是聯邦司法審查，或者稱聯邦法院依據美國憲法審查州立法是否合憲的權力；另一種是專屬司法審查，即法院審查跟它平行的立法機關的法案合憲性之權力。參見【美】愛德華·S·考文著，徐爽編：《司法審查的起源》，北京：北京大學出版社 2015 年版，第 57 頁。張千帆教授也將美國司法審查分為縱向審查和橫向審查兩種，縱向審查是上級法院對下級法院或者中央法院對地方法院決定的正確性進行的審查，橫向審查是法院對平行立法和行政機構的司法控制。參見張千帆：《西方憲政體系》（上冊），第 24 頁。此處僅探討橫向層面的司法審查。

14 王名揚：《美國行政法》，北京：中國法制出版社 2005 年版，第 561 頁。

查政府及其分支機構的行為，是法院宣佈違反憲法的立法或行政行為無效的權力，也指上訴法院審查初審法院或中級上訴法院的裁決。<sup>[15]</sup>

因此，從司法審查制度的起源來看，司法審查反映的是司法權、立法權和行政權三權之間的關係，本質上是關於司法權、立法權和行政權三者之間的權力配置與制衡的問題。至於後來其他國家採取的由專門機關進行違憲審查的方式，與司法審查有本質上的區別，憲法法院等專門機關實際上並不代表司法權，其行使的權力和審查的方式也早已超出司法權的範疇。主要原因在於美國式的司法審查制度在全世界流傳開來之後，雖然「存在比一般法律更高級的法」、「任何權力都必須得到限制」、「憲法規定的權利必須得到救濟」等觀念得到普遍認同，但大陸法系國家卻走上了另一條道路，在審視美國模式和本國國情之後，通過建立專門機構來承擔審查立法是否合憲的職能。由於共享著類似的思想淵源，承載著相同的價值目標和功能，人們經常將這兩種制度等同起來，在理論上模糊了司法審查的定義。實際上這是不同審查制度之間簡單而又不完全的對應。

## （二）審查哪些內容：司法審查對象的差異性

因此，考慮到司法審查制度產生的背景和司法審查這個概念的文字含義，我們將司法審查定義為司法機關通過司法程序審查行政行為或者立法行為，是否符合上位法的法律制度。廣義上的司法審查可以分為縱向的司法審查與橫向的司法審查。縱向審查屬於法院的傳統功能，具體表現為上級法院或中央法院對地方法院裁決的正確性而進行的審查，目的是統一司法決定和法律的適用；橫向司法審查指法院對立法、政府在內的平行機構的行為進行審查，涉及權力機關之間的關係問題。我們這裏討論的是橫向的司法審查，並不涉及縱向司法審

15 Black's Law Dictionary (St. Paul, M. N.: Thomson Reuters, 10<sup>th</sup> Edition, 2014), p. 976.

查的問題。

根據審查內容的不同，司法審查可以分為程序性審查和實體性審查。程序性審查是根據法律所規定的程序規則，審查立法行為與行政行為是否按照正當性法律程序作出的，如果不是，將不具有法律效力；實體性審查是指司法機關對法律內容本身和行政行為的實體內容，是否符合憲法條文或其精神進行審查。<sup>[16]</sup>

根據審查對象的不同，司法審查包括兩個層面的內容：第一種是行政法意義上的司法審查，即司法機關通過司法程序審查並裁決行政行為的合法性與合理性；第二種是憲法意義上的司法審查，即司法機關對包括立法機關在內的其他國家機關的職權行為的合憲性進行審查並作出裁決。<sup>[17]</sup>當然，在不同的憲法文化背景下，司法審查有著不同的內容。例如，在美國，司法審查不僅包括對立法是否違憲的審查，也包括對行政行為合法性的審查；在中國，「司法審查是指人民法院依法對具體行政行為的合法性進行審查的國家司法活動」。<sup>[18]</sup>可見，對法律是否違反憲法的審查並不在中國的司法審查之列，也就是說，中國的司法審查僅限於行政法意義上的司法審查。如果我們將憲法意義上的司法審查作為司法審查制度的本質及核心內容，那麼可以說，中國內地尚未建立真正意義上的司法審查制度。同樣，在強調「議會主權」的英國，「司法審查，如果從司法機關審查議會立法這一意義上說，在英國是不存在的。……但英國也有司法審查的制度。它是指高等法院（王座法庭）審查行政行為、命令和下級法院的判決是否違法，而不包括議會的立法」。<sup>[19]</sup>

16 參見黃鳳蘭：《憲法訴訟研究——基於程序的考察》，北京：首都師範大學出版社 2013 年版，第 14-15 頁。

17 參見徐靜琳：〈香港基本法解釋與香港違憲審查權研究〉，載饒戈平、王振民主編：《香港基本法澳門基本法論叢》（第一輯），北京：中國民主法制出版社 2011 年版，第 158 頁。

18 羅豪才主編：《中國司法審查制度》，北京：北京大學出版社 1993 年版，第 3 頁。

19 龔祥瑞：《比較憲法與行政法》，第 116 頁。



## 二、關於特徵的描述：如何理解審查機關和審查程序的司法屬性

從上述對於司法審查內涵的界定出發，我們可以總結出司法審查的以下幾點特徵：

第一，實施審查的機構為司法機關。如上所述，雖然有學者將其他專門機構審查的模式認定為司法審查的其中一種模式，但筆者認為，「司法」二字決定了實施審查的機構性質。司法審查這一概念的使用，正是表明這是由司法機構進行的審查行為。關鍵在於如何理解司法機構？是否包括憲法法院或者憲法委員會等具有一定司法性質的機構？根據審查機關的不同，有學者將世界上的違憲審查制度分為普通法院、憲法委員會、憲法法院三大機構模式，<sup>[20]</sup>以法國憲法委員會為典型的憲法委員會審查模式，在組織結構上與普通法院相比，帶有濃厚的政治色彩，<sup>[21]</sup>因此，對於憲法委員會屬於政治機構還是司法機構的問題，學界一直存在爭議。<sup>[22]</sup>以德國憲法法院為代表的審查模式，在組織結構、審查程序等方面融合了普通法院模式和憲法委員會模式的諸多要素，實施審查的憲法法院扮演司法機關與憲法（政治）機關雙重角色。<sup>[23]</sup>可見，憲法委員會、憲法法院的專門機關雖然也行使一定的司法權，<sup>[24]</sup>但由於其地位、組織形式、職權範圍、審查方式等均與一般司法機關不同而帶有濃重的政治機關色彩，如德國憲法法



院被認為是「獨立於立法、行政及普通司法機關之外，並與它們平行的第四權力機關」，<sup>[25]</sup>考慮到這些專門機關的特殊性質，在這裏我們採用狹義的觀點，由這些機關行使的審查立法的權力，不是我們所指的司法審查權。

第二，利用司法程序進行審查。審查立法的方式有多種，例如基本法規定的特區立法備案審查制度，由全國人大常委會審查特區立法是否符合基本法，但這不屬於司法審查。又如法國憲法委員會對規範進行的合憲性審查，是在沒有具體的當事人參加的情況下進行的事前的審查和抽象的審查，也不屬於以司法程序進行的審查。通過司法程序審查的權力，包含以下三層含義：其一，意味著司法審查權不能主動行使，是一種事後審查機制而非事先審查。司法權是一種被動的權力，司法只能在有人提起訴訟之後才能發揮審查作用，否則就是越權，是對行政權和立法權的不當侵犯。<sup>[26]</sup>其二，司法只能審查與案件有關的部分法律，是附帶性審查，主要目的還是解決當事人之間的糾紛，因此，法院只能在當事人的請求範圍內，對相關行為和規範性文件的合法性和合憲性進行審查。其三，司法審查的效力只及於當事人，屬於具體審查。在普通法國家，法律、法規一經上級法院裁定違憲，下級法院就不能加以援用，可以說，通過遵循先例原則，法院的裁決實質上具有了普遍效力。<sup>[27]</sup>

筆者對司法審查的特徵的描述，側重於審查機關和審查程序的司法屬性。然而，很多時候審查機關和審查程序的司法屬性，並不能很好地幫助我們將司法審查從眾多違憲審查模式之中篩選出來，因為

20 參見林來梵主編：《憲法審查的原理與技術》，北京：法律出版社 2009 年版，第 1-6 頁。

21 《法國第五共和國憲法》第 56 條至第 62 條規定，憲法委員會的成員，由總統、參議院院長及眾議院院長，各提名 3 位委員，任期 9 年，每三年改選三分之一，並禁止連任。

22 一種觀點認為，法國憲法委員會是一個政治機構，而不是司法機構。如法國政府認為，憲法委員會「儘管具有組織形式，但不是一個司法審判機構，它是調整公共權力運行的組織」。（參見朱國斌：〈法國的憲法監督與憲法訴訟制度〉，《比較法研究》1996 年第 3 期。）另一種觀點認為，「從憲法委員會的形式、組織和處理對象的角度來看，它實際上起著法院的作用」。（洪波：《法國政治制度變遷：從大革命到第五共和國》，北京：中國社會科學出版社 1993 年版，第 282 頁。）

23 參見林來梵主編：《憲法審查的原理與技術》，第 4 頁。

24 《德意志聯邦共和國基本法》第 92 條明確規定，司法權由聯邦憲法法院、基本法所規定的各聯邦法院及各邦法院分別行使。

25 楊海坤主編：《憲法學基本論》，北京：中國人事出版社 2002 年版，第 369 頁。

26 托克維爾認為，在法官審理一個案件而指責與此相關的法律時，他只是擴大了自己的職權範圍，而不是超出了這個範圍，因為在審理案件時，他一定要對該項法律進行一定的判斷。但在法官審理案件之前就對法律說三道四，那他就完全是越權，侵犯了立法權。參見【法】托克維爾著，董果良譯：《論美國的民主》（上卷），北京：商務印書館 1988 年版，第 110 頁。

27 參見龔祥瑞：《比較憲法與行政法》，第 115 頁。

純粹的司法審查已經很少了，更多的是國家在綜合考量本國文化背景和制度傳統之後，對不同的審查模式予以「嫁接」，使其既有司法審查的品格，又兼具其他審查模式的特徵。例如，上文所述德國採取的專門法院審查模式，實施審查的主體性質並不是那麼明確，而在審查程序上，既有以訴訟程序進行附帶審查方式，又有不需要當事人參與的抽象審查方式，<sup>[28]</sup> 可以說，有些部分具備司法審查的特徵，而有些部分又突破了司法審查的原型。考慮到我們的考察對象是香港特區的司法審查制度，而實踐中香港特區的司法審查制度又是以普通法傳統下的司法審查制度為原型所建構的，筆者採取了相對狹義的司法審查概念，即司法審查僅限於普通法院的審查模式，以使研究更加集中。同時也不再考慮完善「違基審查權」的另一條路徑（並非不重要），即探討設立專門機構對香港特區立法會立法進行審查，而將研究的重心放在完善現有普通法院審查制度上。

### 三、相關概念之間的差異及辨析

一般而言，各國憲法在地位上要高於其他法律，為了保證其他立法內容不會與憲法相抵觸，有效清理一國法制內部的衝突與矛盾，尤其是防止公權力行為的不當行使，國家通常會採取特定的制度來保證憲法的實施，由憲法授權或認可的機關，依照憲法規範，按照法定程序審查其他公權力的特定行為是否違背上位法（尤其是憲法）。然而，關於這制度的稱謂，各國之間由於其採取的具體方式相異而有所不同。例如，美國採取以普通法院附帶性審查立法的模式，所以這制度一般稱為「司法審查」（Judicial Review），而在採取由專門憲法法院實行憲法審查的德國，相應制度的用語為「Verfassungskontrolle」，

28 參見胡建森主編：《世界憲法法院制度研究》，北京：中國法制出版社 2013 年版，第 15-21 頁。

根據其文意，可譯為「憲法審查」，<sup>[29]</sup> 不同的稱謂，折射出不同的制度背景和審查主體、審查程序等方面的差異。而在香港特區，「司法審查」、「違憲審查」和「司法覆核」、「違反基本法審查」等概念經常被混合使用，學術界對上述概念的定義並不一致，很容易造成研究上的困惑，因此，筆者將會辨析相關概念。

#### （一）司法審查與違憲審查

司法審查與違憲審查是兩個經常被混淆的概念。「違憲審查是指由特定國家機關依據特定的程序和方式對憲法行為是否符合憲法進行審查並作出處理的制度。」<sup>[30]</sup> 有學者將違憲審查等同於司法審查，如有學者認為：「違憲審查也可以稱為司法審查，是指法院有權審查立法機關制定法的合憲性，從而排除在普通案件中適用該法律的制度。」<sup>[31]</sup> 也有學者認為，「違憲審查權與司法審查不是一個概念，兩者互有交叉，但不能等同」。<sup>[32]</sup> 筆者贊同第二種觀點，司法審查與違憲審查既有交叉的部分，也有所區別。

根據審查機關和審查程序、審查方式的差異，「違憲審查制度的模式有多種形式」。<sup>[33]</sup> 從依據憲法進行審查，防止其他權力機關超越憲法授權而不正當行使權力的制度類型上看，司法審查是違憲審查的一種形式。從司法審查除了依據憲法還能依據其他法律審查政府行政行為來看，司法審查比違憲審查的範圍又要大一些。具體而言，兩者存在以下差別：第一，實施審查的機構不同。顧名思義，司法審查是

29 參見林來梵主編：《憲法審查的原理與技術》，序言。

30 胡錦光、韓大元：《中國憲法》，北京：法律出版社 2004 年版，第 144 頁。

31 韓大元、林來梵、鄭賢君：《憲法學專題研究》，北京：中國人民大學出版社 2004 年版，第 509-510 頁；類似觀點可參照周永坤：〈試論人民代表大會制度下的違憲審查〉，《江蘇社會科學》2006 年第 3 期。

32 徐靜琳：〈香港基本法解釋與香港違憲審查權研究〉，載饒戈平、王振民主編：《香港基本法澳門基本法論叢》（第一輯），第 158 頁。

33 莫紀宏主編：《違憲審查的理論與實踐》，北京：法律出版社 2006 年版，第 137 頁。