

<<实质法治>>

图书基本信息

书名：<<实质法治>>

13位ISBN编号：9787511800282

10位ISBN编号：7511800289

出版时间：2009-12-03

出版时间：法律出版社

作者：何海波

页数：432

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

<<实质法治>>

前言

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、想到一些人看不到、想不到的问题，真所谓“见人所未见，悟入所未悟”，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。

<<实质法治>>

内容概要

寻求行政判决的合法性以我国行政诉讼合法性审查为切入点，以形式法治为辩论对手，阐述一种实质合法性与实质法治的主张。

全书的核心问题是，司法判决如何获得合法性？

进而言之，什么样的法治是理想的法治？

<<实质法治>>

作者简介

何海波，1971年生，浙江天台人，北京大学法学博士，现为清华大学法学院副教授。曾在家乡司法局从事普法，兼做律师（1992-96年），曾任教于国家行政学院法学部（2001-05年）；曾经就读于英国杜伦大学（university of Durham，2003-04年），访学于耶鲁大学法学院中国法中心（2007-08年）。主要研究方向为行政法，旁涉宪法和法理。发表论文二十余篇，参编教材数种，出版有《法治的脚步声：中国行政法大事记1978-2004》、《司法审查的合法性基础：英国话题》。

<<实质法治>>

书籍目录

导言 一 问题和进路：行政判决的合法性 二 分析框架：形式法治与实质法治 三 结构安排和概念辨析
 第一章 形式法治的建构逻辑 第一节 行政法治的基本信条 一 有法可依、职权法定 二 有法必依、
 唯法是从 三 违法必究、依法解决 第二节 我国形式法治的运作体制 一 我国现行的立法体制 二
 我国现行的法律解释体制 三 我国现行的法律监督体制 第三节 形式法治下的“法”概念 一 “法”
 概念在当代中国的演变 二 为什么“法律是制定出来的”？ 三 “哪个级别的规定才叫法？” 四 为
 什么国务院“通知”不是法？ 结语：形式法治的成就和局限 第二章 法治理想下的司法困境 第一节
 行政诉讼撤诉考 一 撤诉审查制度与现实的落差 二 原告、被告与法院的博弈 三 在上级法院与地
 方政府之间 四 行政诉讼的“协调转向” 五 小结 第二节 行政诉讼请示考 一 应当请示的情形 二
 请示，还是不请示 三 逐级请示与层层截留 四 最高法院对请示的处理 五 小结 结语：呼吁一个
 独立、权威的司法 第三章 司法能动主义的暗流 第一节 扩张的行政诉讼受案范围 一 “98条”符合立
 法原意吗？ 二 “98条”以前的个别扩张 三 学界的推动和支持 四 法官的行动逻辑 五 小结 第二
 节 晨光初现的正当程序原则 一 “法定程序”及其初步实践 二 田永案件中一笔带过的程序论据
 三 刘燕文案件中的激烈争辩 四 “正当程序”写入判决书 五 正当程序原则的未来 六 小结 结语
 ：对实质法治的诘问 第四章 实质法治下的法与合法性 第一节 作为合法性命题的法 一 司法判决所
 适用的法 二 合法性命题的情境性和可争性 三 自然法、“实际的法”和软法 第二节 建立统一的合
 法性概念 一 合法性之外的合理性？ 二 合法性之上的合宪性？ 三 法律效果与社会效果的统一？ 第三
 节 重构合法性审查的根据 一 现有合法性审查根据的混乱 二 中国法官的偏好与外国法律的归纳
 三 司法审查根据的重构 四 行政行为合法要件的内容 五 结论 第四节 法律的孪生概念“权利”：
 一个附论 一 作为起诉条件的“合法权益” 二 “特权”、“反射利益”和宪法权利 三 权利是值
 得法律认可和保护的利益 第五章 作为论据的法律渊源 第一节 重新探讨法律渊源的性质 一 法律渊
 源作为“依据”的缺陷 二 法律渊源性质的重新探讨 三 作为论据的法律渊源 第二节 行政法的成文
 法源 一 宪法的司法适用 二 国际条约、公约的适用方式 三 法律解释文件 四 其他规范性文件
 五 与制定法有关的背景材料 第三节 行政法的一般原则 一 法律原则的性质 二 行政法一般原则举
 要 三 行政法原则的运用：以田永案件为例 第四节 行政法的其他渊源 一 先例、惯例和习惯 二
 学说、政策与道德 三 比较法 结语：法律渊源论证的不确定性 第六章 作为方法的价值衡量 第一节
 价值衡量的实践运用：以举证责任分配为例 一 “依法认定”的困窘 二 寻求举证责任分配规则的
 努力 三 价值衡量的运用：兼评沈岿博士的“个性化研究” 四 价值衡量方法的再次运用：兼评“
 桑本谦公式” 五 小结 第二节 正当程序原则的正当性 一 “正当程序”有法律根据吗？ 二 程序公
 正的效益和成本 三 法律的形式价值和实质价值 第三节 价值衡量的一般原理 一 价值衡量的适用场
 合 二 法治的实质价值和形式价值 三 价值权衡与“底线公正” 结语：价值衡量的价值与危机 第七
 章 作为策略的司法尊让 第一节 行政裁量：来自温斯伯里原则的告诫 一 温斯伯里不合理性原则的
 诞生 二 从理性原则到比例原则的历程 三 理性原则与比例原则的区别：史密斯案的检验 四 小结
 第二节 事实认定：环球照相公司案件的启示 一 环球照相公司案件基本案情 二 “实质性证据”标
 准：法院与行政机构 三 “全面考虑案件记录”：行政机构与审查官 四 “在罕见情况下”：最高
 法院与上诉法院 五 小结 结语：司法尊让的限度 第八章 作为合法性基础的法律共识 第一节 从独自
 到共识 一 从法律解释到法律议论 二 通过共识获得合法 三 中国的困惑 第二节 法律共同体及其
 共识 一 法律共同体的范围 二 法律共同体的结构 三 法律共同体的意见 第三节 公众意见与司法
 判决 一 研究方法 with 材料 二 公众关注的案件 三 公众的了解和表达 四 公众意见的效果 五 小结
 第四节 法律的阳光广场 一 司法过程的公众参与 二 判决理由回应公共议论 结语：不只是一个法
 治的乌托邦结论 一 重申司法判决的合法性命题 二 寻求司法判决的实质合法性 三 实质法治的针对
 性和普适性 附录：本书作者与本书主题相关的著作后记

<<实质法治>>

章节摘录

面对上述困境，反思和重构行政行为的合法性命题，并在理论上回应各种可能的质疑，就是本书的任务。

（三）一个法治的基本问题 本书对行政行为合法性的探讨将放在行政法治的范畴中进行。在进一步讨论本书的分析框架和基本立场之前，需要回答两个问题：为什么不像有的人可能想象的那样，把它看成一个法律解释的问题？

行政行为的合法性在什么意义上事关法治？

迄今为止，对行政行为合法性的讨论大多是在“法律解释”的范畴中进行的。

有关法律解释的研究确实取得了丰硕的成果，这对今后关于行政行为合法性的探讨自然是有益的。

本书开头我与朋友辩论的问题。

也可以归结为一个法律解释的问题。

例如，可以考虑把《行政诉讼法》第54条规定的“违反法定程序”作扩张解释，不但适用于违反法律、法规有关处分程序的规定，还包括违反正当法律程序的一般原则。

但是，法律解释的视角不能为合法性问题提供一个理想的、足够宽阔的平台。

首先，法律解释作为“解释者对法律文本意思的理解和说明”，建立在法律制定与法律适用的主体和过程的分离，建立在解释者（法律适用主体）对解释文本（法律制定的产物）的依赖和臣服上。也就是说，进行法律解释必须存在可供解释的特定的法律文本，而且解释者至少在原则上将会遵循该法律文本所表达的含义。

在宪法、民法和刑法等领域，因为存在相对单一而权威的法律文本（法典），这种观念问题不是很大。

但在行政法中，由于可能涉及的法律文本种类繁多、层次庞杂，法官常常需要在理解法律文本含义的同时，审查它的有效性；有的时候，法官需要在法律文本意思欠缺的空白地带创造规范。

<<实质法治>>

媒体关注与评论

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 / z，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。

——罗豪才 海波的著作，是冷静的学术思考和执着的法治追求的结合，不仅具有理论阐释的说服力，而且具有学术人格的感染力。

……本书是我近年来最爱读、最欣赏的法学著作之一。

——应松年

<<实质法治>>

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>