



西南民族大学
XINAN MINZU DAXUE
FAXUEYUAN XUESHU WENKU

宪政语境中的 宪法与行政法

黄微 主编
何真 副主编

黄微主编
何真副主编

宪政语境中的 宪法与行政法

赠阅



四川出版集团·四川人民出版社

2007.1.22

图书在版编目 (CIP) 数据

宪政语境中的宪法与行政法/黄微主编. —成都: 四川人民出版社, 2006. 11

ISBN 978 - 7 - 220 - 07305 - 2

I. 宪... II. 黄... III. ①宪法 - 研究 ②行政法 - 研究 IV. ①D911.04 ②D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 140315 号

XIANZHENG YUJINGZHONG DE XIANFA YU XINGZHENGFA

宪政语境中的宪法与行政法

黄 微 主 编

何 真 副主编

责任编辑
封面设计
技术设计
责任校对
责任印制

汪 澜
文小牛
杨 潮
叶 勇
丁 青 李 进

出版发行
网 址

四川出版集团 (成都槐树街2号)
四川人民出版社
[http: //www. scpph. com](http://www.scpph.com)
[http: //www. booksss. com. cn](http://www.booksss.com.cn)
E-mail: [scrmcbsf @ mail. sc. cninfo. net](mailto:scrmcbsf@mail.sc.cninfo.net)

发行部业务电话
防盗版举报电话

(028) 86259459 86259455
(028) 86259524

照 排
印 刷
成品尺寸

成都华宇电子制印有限公司
成都金龙印务有限责任公司
146mm × 208mm

印 张
插 页

8. 5
4

字 数

205 千字

版 次

2006 年 11 月第 1 版

印 次
书 号
定 价

2006 年 11 月第 1 次

ISBN 978 - 7 - 220 - 07305 - 2

20. 00 元

■ 版权所有 · 侵权必究

本书若出现印装质量问题, 请与我社发行部联系调换
电话: (028) 86259624

目 录

导 论	(1)
第一章 宪政理念及中国的宪政实践	(4)
一、宪政是发展宪法和行政法的目标和价值框架	(4)
二、宪政是发展宪法与行政法的原则和制度框架	(39)
三、宪政是中国人民的期待	(51)
四、宪政是当代中国社会发展的必然	(61)
五、宪政是中国发展宪法与行政法的语境	(77)
第二章 宪政语境中宪法与行政法的关系	(80)
一、宪法及其至上性的由来	(80)
二、宪法语境中宪法与行政法的互动	(91)
三、当前中国的宪法与行政法的关系	(115)
第三章 宪政语境中的宪法与行政法对公民基本权利的保障	(121)
一、公民基本权利及其保障	(121)
二、宪法下的行政法对公民基本权利的保障	(133)
三、宪法与行政法作用下的中国公民基本权利保障机制	(141)



第四章 宪政语境中的宪法与行政法对政府行政权力的限制	
.....	(153)
一、宪法之限权的理念和功能	(153)
二、行政法在实现宪法限权功能上的作用	(165)
三、中国的宪法和行政法的限权特点	(182)
第五章 宪政语境中的宪法实现途径对行政法发展的影响	
.....	(190)
一、宪法实现的途径	(190)
二、我国宪法的实现途径与行政法发展的关系	
.....	(210)
第六章 在中国共产党领导下建设社会主义宪政	(228)
一、中国共产党执政理论的宪政价值	(228)
二、宪政语境中的执政主体与国家行政	(231)
三、社会主义宪政及其建设	(240)
参考书目	(263)
后 记	(270)

导 论

中国共产党在“十六大”报告中提出了建设社会主义政治文明的远大目标，同时提出“宪法和法律是党的主张和人民意志相统一的体现。必须严格依法办事，任何组织和个人都不允许有超越宪法和法律的特权”。胡锦涛总书记发表了关于宪法的重要讲话，即“宪法……具有最大的权威性和最高的法律效力。全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织，都必须以宪法为根本的活动准则，并负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责”。这些主张和讲话一方面表现了中国共产党对于宪法的尊重，另一方面，也提出了一个在中国十分具有现实意义的重大问题，即使宪法“具有最大的权威性和最高的法律效力”，或者说要使宪法具有至上性，中国应具备哪些条件？宪法权威的树立，从根本上而言，取决于宪法本身的性质和品格，以及一个国家的政治统治机制。同时，行政法之于宪法权威的重要性，在一般法律体系中是第一位的，因此，发展和完善行政法体系，是我国实现宪法至上的关键环节。

世界发达国家的政治和法治发展的理论与实践证明，宪法的至上性蕴含在宪政的框架中。所谓宪政（constitutionalism）或宪



政主义是一种以法治为形式、以民主为基础、以分权制衡为手段、以人权保障为终极目标的现代政制。“作为根本法，宪法乃世之经纬，国之重器，百法之首，法治之要，既不可僵化不变，也不可轻言变易。应当从实际出发，调整和改变‘改革宪法’的思维定势，对宪政的理论和制度洞幽究微，对各类修宪建议慎之又慎。”^①对宪政产生认同，与宪政达成共识，理解宪政宪法的特点，是发展宪法和行政法的一个基点。

宪政是人类在认识和改造社会的过程中，不断就社会统治的知识进行批判和斗争而发展起来的关于政治和法治的思维创新的文明成就和智慧结晶。宪政的创新与文明，表现在它摒弃了“ $a \neq -a$ ”的形而上学的思维方式，而将思维既根植于人类利益冲突的现实中，又建筑于权力和权利博弈的辩证理性上，把人类数千年来所遭遇的政治难题，通过对主观与客观、可能性与现实性、理论与实践、标准性与操作化等关系的辩证统一而进行了化解。它让人们在关注人之所以为人的人性需要时，不回避阶级和阶层的分化，也不奢谈利益的一致，正视人类在必然王国中所历经的苦难与折磨，总结人类阶级阶层之间的殊死搏斗和较量的经验与教训，把诸多价值观念进行不断地筛选与整合，而将社会普遍认同和接纳的自由、平等、共和、正义、民主、契约和法治等作为基本价值，并在这些价值的指引下，精心设计了一套与之呼应和配合的运作制度，从而打造出了使人权得到努力保障的、集政治文明和法治文明于一体的社会控制机制。宪法就是这个机制的章程和规范，它确认和宣告了宪政之保障人权的终极目标，它用原则和规范诠释和展示了宪政价值，并在宪政的法治体系中被置于具

^① 夏勇：《中国宪法改革的几个基本理论问题——从‘改革宪法’到‘宪政宪法’》，《中国社会科学》2003年第2期。

有至上权威性的根本法或者高级法的地位。

在人类所已经历过的社会历史发展过程中，相对于其他一切统治机制而言，宪政是一种能够使人民可以不受他人的非法支配、不被那些手中握有权力的人的恣意摆布、在一个个性张扬、善良弥漫和正义环绕的氛围中去追求自己的幸福、成为自己的主人的社会场景；是人类迄今为止寻找到的在处理权力与权利冲突关系中一种能够显现公平公正的社会控制机制。它已经是当代为人们普遍接受的政治理念，并成为国家统治的文明选择，世界上行宪政的国家不断涌现，使现代世界的宪政文化、宪政理念和宪政宪法蔚然风行。

在世界上，英国、美国、法国、德国等是被世界公认的宪政国家，其各项社会发展指标几乎都是名列前茅，经济发展成就更是十分突出。这些国家的宪法和政治制度都充分展现了宪政的理念，而且在这些国家宪法的至上权威也得到了完善的制度保障。

近几十年来，从拉丁美洲、非洲到亚洲，许多国家都在选择宪政作为摆脱各自困境的方式。阿根廷、巴西、巴拉圭和乌拉圭，葡萄牙、西班牙和希腊，南非、俄罗斯以及中欧、东欧的前社会主义国家，纷纷将宪政作为设定经济、社会、文化和政治发展框架的基本目标，有的已经基本实现。那些实现了宪政的国家，通常都拥有活力性较强的经济发展形势，而且在处理社会冲突以及弥合阶级鸿沟方面，也较为成功，甚至在欧洲一体化进程中，宪政理念也起到了那种预想的作用。

探索在中国实现宪法至上以及最终建设社会主义宪政的方法和途径，就必须在宪政的框架中来观察世界各国宪法和行政法的发展，并在宪政的语境中来领悟中国宪法和行政法的发展。



第一章

宪政理念及中国的宪政实践

宪法因为宪政主义运动而结成硕果，行政法因为宪政而获得发展空间，这是历史和逻辑的统一。

宪政是世界政治文明的精华，她充分表达了人类对自身权利的肯定和保护，并把人权保障设定为宪法目的；它集中了社会价值的共同选择，用自由、平等、共和、正义、民主、契约和法治构成宪政价值体系，包含着人类追求真、善、美的理性成就，建构了使人权得到保障的、以宪法为核心的政治制度，使宪法具有至上权威性。

一、宪政是发展宪法和行政法的目标和价值框架

（一）保障人权的终极目标框架

人类设计宪政的目的是为了保障人权。哈耶克在捍卫宪政主义的作品《自由宪章》中，把宪政的两个实质界定为：一是限权，即限制政府和立法机构的专断性权力；二是保障，即保障个人的各项基本权利，特别是洛克提出的生命、自由和财产权。“宪政事实上已成为保护个人权利的同义语。”^① 西南民族大学青年教师黄

^① 路易斯·亨金：《宪政·民主·对外事务》，三联书店1996年版，第136页。

基泉先生^①在其著作《西方宪政思想史略》中写道：“宪政思想家们虽处于不同时代，但他们的视野无不落在关切个人与共同体、市民社会与政治国家、自由与权威、理性与法律等之间的依存关系上，进一步说，是落在权利关怀与权力监约的基本主题上。”^②“个人或社会的权利关怀如正义、权利或法的目的性、至上性之论证；个人（如暴君、僭主）、少数人（如贵族寡头、教会或一党）、多数人（如暴民）等导致绝对权力腐败之人性（性恶的、或原罪的、或功利的等）预设之忧虑；及其以自然法的、救赎的、合法的或分权的等方式对权力之防范等。”^③保障人权，无疑就是宪政的终极目标，并成为今天东西方社会发展的追求，这是人类的人权观念经过历史性的不断发展、不断开拓、不断完善之后的理性成果。

在中世纪的西方，公民不服从（civil disobedience）的精神和争取“宗教自由”空间的斗争，基督教宪政家对“恺撒的物当归给恺撒，神的物当归给神”的思索，以及对个人宗教信仰的权利的期盼，孕育了西方人权观念的核心；在与封建专制和神权斗争的“人文主义”思潮中强调个人的需要和理性的追求，成为人权观念的萌芽，并经欧洲启蒙思想运动，生长出了以古典自然法思想为代表的天赋人权观念。荷兰法学家格劳秀斯认为，自然法的基础是自然理性，人拥有一种自然的权利，是不能废除的。他主张人的生命权和人身自由是不可侵犯的，并在其著名的《战争与和平法》一书中，首次使用了“人的普遍权利”和“人权”的概念。

① 黄基泉，西南民族大学法学院宪法行政法教研室的青年教师，致力于宪政理论研究，2003年暑期，他埋头于《西方宪政思想史略》的写作，一场突如其来的疾病，夺去了他年轻的生命，离世时年仅33岁。

② 黄基泉：《西方宪政思想史略》，山东人民出版社2004年版，第1~2页。

③ 黄基泉：《西方宪政思想史略》，山东人民出版社2004年版，第1~2页。



念。其后，荷兰的斯宾诺莎、英国的洛克、法国的孟德斯鸠和卢梭都进一步提出和阐述了“天赋人权”的重要思想。特别是卢梭，全面系统地阐述了“天赋人权”和“社会契约论”，认为每个人都生而自由平等。此外，美国思想家潘恩将天赋人权观念予以了理论化、法律化，他著述的《人权论》是西方世界最早的人权专著，他不仅给“天赋权利”下了一个比较确切的定义，指出人权除了生存权之外，还包括“不妨害别人的天赋权利而为自己谋求安乐的权利”^①。他还指出了公民权与人权的联系与区别，认为公民权必须以人权为基础，但公民权的实现必须要有一个好的政府——即民主共和制的“理性政府”，所以他反对君主制。潘恩直接参与起草了法国1789年《人权宣言》，将他的人权理论灌输其中。潘恩还断言：所有人生来具有平等的天赋权利，这是“一切真理中最伟大的真理，而发扬这个真理就是具有最高的利益的”^②。

维护人权的规范最早产生于英国国内法。英国1628年的《权利请愿书》和1689年的《权利法案》，是迄今为止发现的最早载有人权规定的法律文件，也是西方国家人权立法的初步形态，它确立了以法律保障个人自由权利的制度。美国1776年的《独立宣言》在人类历史上第一次以政治纲领的形式确定了“天赋人权”和“人民主权”的原则，被马克思誉为“第一个人权宣言”。法国1789年的《人权和公民权宣言》通过后，成为1791年法国大革命后的第一部法国宪法的序言，在世界历史上第一次以根本大法的形式肯定了人权原则，该宣言又被称为“第一部人权法典”。

在社会主义运动的过程中，马克思主义的人权观念，使人权理论增加了新的注释和内容，人权的具体性、社会性和历史性被

① 潘恩：《潘恩选集》，马清槐等译，商务印书馆1981年版，第142页。

② 潘恩：《潘恩选集》，马清槐等译，商务印书馆1981年版，第141页。

充分阐发，人权观念得到极大的发展。马克思主义认为，人权无论是作为一种要求，一种政治理论，还是作为法定的权利，它的产生、发展和实现都是建立在一定的社会经济条件的基础之上的。反过来说，没有现实的社会经济文化条件，人权就只能是一句空话。因此，要实现人权，必须创造相应的社会经济内容，克服制约人权实现的实际障碍。马克思主义的人权观念在人类历史上的影响十分深远，1945年联合国成立时，其作为维护人权的基本内容，被写进了《联合国宪章》，在第13条、第55条有专门的规定。到1948年联合国讨论和通过《世界人权宣言》时，最后也把一系列经济、社会、文化权利写进了宣言。1966年第21届联合国大会通过的《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会、文化权利国际公约》，将《世界人权宣言》的内容以法律义务的形式肯定了下来。第二次世界大战后，一系列国家通过斗争取得独立，于是在马克思主义的人权观念的基础上，又发展到对国家、人民、民族为主体的集体人权给予关注的人权观念，并把国家主权，民族自决权、发展权作为人权的构成进行了发展。在1952年12月联大通过的《关于人民和民族的自决权的决议》中，要求联合国会员国“支持一切人民和民族的自决原则”，明确了“人民和民族应享有自决权，然后才能保证充分享有一切其它人权”。该决议使民族自决原则上升为一项权利。1960年12月联大通过《给予殖民地国家和人民独立宣言》，宣布所有的人民都享有自决权，大大加速了前殖民地转变为独立主权国家的历史进程。1966年联大通过的《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》，规定各个主权国家有权按照本国国情自由选择其政治、经济、社会、文化和法律制度，有权确定并适时做出调整适合于本国的发展模式。而且，当今大多数国家已把发展权作为一项不可剥夺的人权予以确认。1979年11月联合国



大会通过的《关于发展权的决议》中强调发展权利是一项人权，平等的发展机会既是各个国家的特权，也是各国国内个人的特权。1986年第41届联大通过的《发展权利宣言》进一步强调，“确认发展权利是一项不可剥夺的人权，发展机会均等是国家和组成国家的个人一项特有权利”。“各国应在国家一级采取一切必要措施实现发展权利，并确保除其他事项外所有人在获得其基本资源、教育、保健服务、粮食、住房、就业、收入公平分配等方面机会均等”。

人权理论不断发展，丰富了人权的构成，它们不仅在人们的观念中扎根，成为宪政得以实现的目的和基本追求，还成为各国宪法的基本原则和重要内容，从而使宪法成为公民权利的宣誓书、保障书。同时，宪法也在随着人权的发展而不断完善。宪法是公民权利的宣誓书和保障书意味着人权必须在国内法中得到根本大法的确认，否则就谈不上人权的实现问题。没有宪法确认和保障的人权，不是真正的人权，只有经过宪法确认和保障的基本人权，才能被具体部门法予以具体保护，才能有明确而具体的实现程序和方法。否则，这些基本人权仍不是人们的实有人权，甚至不是应有人权。宪法随着人权的发展而完善意味着，随着社会的发展，人权的内容、范围也在不断发展、完善，同时宪法也必须随之而发展。世界各国宪法发展的过程，体现了这个特点。近代宪法关于人权的保障体现在它单纯地确认某些基本人权，把重点放在人身自由方面。这一点突出地反映在英、美、法等国家早期的宪法性文件中，如《权利法案》、《独立宣言》和《人权宣言》等。以苏俄1918年宪法和德国魏玛宪法为代表的现代宪法则在宪法中全面确认了基本人权并颁布部门法予以配合，同时对人权的实现采取法律保障，即当人权受到侵犯时，受害者有权请求法律保护，司法机关根据部门法的具体规定，对侵权者予以必要

的法律制裁。第二次世界大战后，各国在修改或重新制定宪法时，将人权范围进一步扩大，尤其是社会主义国家，既保护个人人权，又保护集体人权，并由国内人权发展到国际人权，宪法对人权的确认和保障也更丰富和完善。

在已经实现了宪政的国家，由于宪法追寻了与宪政相同的终极目标，因此具有受到人们普遍崇拜和信仰的至上权威性。

（二）保障人权的价值框架

宪政的魅力不仅在于提出了维护人权的目标，还表现在它为实现保障人权的目的，对多元社会价值进行了整合，并对每个价值都做出了与宪政目的——保障人权相一致的约定，从而使宪政成为指引人们生活方式的价值共识，成为宪政文化的根基。

宪政价值围绕保障人权之目的所进行的约定，表现在对自由、平等、共和、正义、民主、契约和法治等价值的高度推崇与完美阐释以及对这些价值进行的序列安排中。

1. 自由

对自由的诉求，一直都是宪政思想的主线。从宪政策源地之英国的宪政思想到美国自由主义的浪潮，“自由”一直是人们孜孜以求的人权目标。经过不同时期和不同环境下的认识积淀，宪政思想家们对自由的含义和价值进行了独特的注解。

霍布斯通过对自由命题的论述，求证了人民的自由和权利。他认为“自由的臣民，指的是在力量和智慧所能办到的事物中可以不受阻碍地做他们愿意做的事情的人。因此，自由与畏惧、必然是相容的，而法律反映‘必然’规律并彰显惩罚使人恐惧，因此自由与法律是不冲突的。其次，在‘实在法之治’的社会中，臣民自由意味着，在主权者颁行的法律中未加禁止的一切行为，人们都可以理性地选择做最有利于自己的事情，初步点出了‘法不禁止即自由’的法治精神。他还具体地指出，主权者的法律不



得限制的行为，应当包括买卖或其他契约行为的自由，选择自己的住所、饮食、生活方式以及按自己认为合适的方式教育子女的自由，等等。显而易见，‘主权权力’的范围局限在政治领域，不得及于经济自治领域，反映了霍布斯的经济自由和‘有限政府’原则的自由主义宪政思想。第三，在霍布斯的心目中，人民之服从是有限度的。因为，自我保全权在他看来是绝对的权利，所以臣民有甚至反抗君主的权利”^①。“就霍布斯为主权者与臣民所选定的法权关系看来，他的主张绝不是国内学者所称的‘极端的专制主义’，而恰恰是近代个人主义与自由主义的先声”^②。

17世纪荷兰杰出的唯物主义启蒙哲学家、开创了近代自由论证新风的斯宾诺莎，在对《圣经》的批判中，通过对泛神论的鼓吹，期待公民免于恐惧之自由，对宪政式的自由给予了信仰。他按照人性→自然状态和自然权利→社会契约→国家与法的起源的思绪，把自己遵从“自由至上”的理念融进了宪政，从而成为宪政传统的重要开拓人。他认为：我们幸而生活于共和国中，人人思想自由，没有拘束，各人都可随心之所安崇奉上帝。自由比任何事都更为珍贵。有鉴于此，欲证明容纳自由，不但于社会的治安没有妨害，而且，若无此自由，则敬神之心无由而生，社会治安也不巩固。他认为，在订立社会契约时，人们让渡的仅仅是判断善恶和实施惩罚权利而非全部权利，在人们保留的权利中，最重要的是自由权（尤其是思想自由和言论自由）和重新缔约的权利；同时，他还指出，政府的目的首先是维护和平与安全，自由乃是政府旨在实现的最高目标，一个好政府会赋予公民以言论自由，而且不会试图控制他们的意见和思想，并特别地通过对《圣

① 黄基泉：《西方宪政思想史略》，山东人民出版社2004年版，第149～150页。

② 黄基泉：《西方宪政思想史略》，山东人民出版社2004年版，第149～150页。

经》的新诠释，而“破除了数世纪来神学教条主义对人们精神生活的迷信束缚或权威枷锁，进而为证明思想之自由权铺设了通途”。“这样一来，长期支撑着教会合法或正当地统治民众之‘经典’神圣的光环褪去了，意味着神权政治的精神基础之瓦解；与此同时，个人主义的信仰自由与解读万事万物的思想自由并予以言表自由也由此而生”^①。

作为在 19 世纪把自由主义与功利主义融合一体的领军人物，密尔率先提出了人民主权时代的“公民自由”之宪政命题。密尔在忧虑人类普遍地进入民主共和国的历史阶段，个人自由会遭遇的首要威胁来自“多数人的暴虐”，即一种使社会作为集体而凌驾于个人之上的“社会暴虐”而出现“人民压迫其自己数目中的一部分”的现实中，揭示了（个人的）自由与（多人的）民主之间的宪政困境，并按照自由的原则，提出了“社会暴虐”应当被阻止，以及“保护少数”原则的民主宪政化解方案——“真正的民主制”。孟德斯鸠关于自由的经典定义“自由是做法律所许可的一切事情的权利”被发展成为“法无禁止皆自由”的法治原则。

柏林对“自由”进行了“消极自由”和“积极自由”的划分，从而主张，人类必须自觉地接受密尔的告诫，在私生活（消极自由）与社会生活之间划一道不可逾越的界限。同时，柏林极力地张扬价值的多元主义，试图为“消极自由”供给理论资源，以回应自由主义宪政的“宽容”本位。柏林认为马基亚维利等人在宪政思想史上的卓越贡献就是张扬了“多元论”而“消解”了理性主义的极端形式即“一元论”，进而提醒世人，在道德、政治、宗教、文化等关于终极价值的这些重大问题上，根本没有所

^① 黄基泉：《西方宪政思想史略》，山东人民出版社 2004 年版，第 160～161 页。



谓的唯一答案，否则只会造成强权式“真理”，把人类的多样性价值观粗暴地一分为二，或真或假，或善或恶，最终导致无穷的人间悲剧。

哈耶克批判了“极权主义”社会模式，“适时地”“重申古典自由主义的传统信条”和表述“一个自由社会必须信守之原则。”他对“个人主义”的全新诠释，使个人主义这个名词富有了积极的内涵：“但我们所说的与社会主义和所有集体主义的其他形式相对照的个人主义与这些东西并无必然联系——个人主义的基本特征是把尊重个人为人（the respect for the individual man qua man），即在他自己的领域内承认其看法和爱好的至高地位，并相信个人应该发展自己独有的天赋和特长”。“在限定的范围内，应该允许个人遵循自己的而不是别人的价值和偏好，而且，在这些领域内，个人的目标体系应该至高无上而不屈从于他人的指令。就是这种对个人作为目标的最终决断者的承认，对个人应尽可能以自己的意图支配自己的行动的信念，构成了个人主义立场的实质”。这是人权是否具体化到个体身上的至关重要的前提。哈耶克关于从自生自发秩序中衍生而来的一般性的、抽象性而非目的性的“法律规则”的论述，是由关于正当行为的规则构成的，即后闻名于世的为捍卫自由的“法治之法”。哈耶克在重申自由传统的同时，坚持“法律之下的自由”，其中更多的是指法治。所谓法治，意味着政府除非是为了执行某一已知的规则，否则就绝不能对一个人实行强制，法治就是对任何政府的权力，包括对立法机构的权力的一种限制。他进一步认为：“法治要求，一切法律都符合某些原则。既然法治是对一切立法行为的限制，那么，由此而来的推论是，法治本身不可能是像立法者所通过的那些法律那种意义上的一种法律。宪法上的一些规定，可以增加破坏法治的难度。这样的规定，可以对日常立法工作中一些无意中破坏法治的做法给