

PUBLIC LAW

公法的变迁

费善诚教授荣退文集

浙江大学公法与比较法研究所 编

公法的变迁

费善诚教授荣退文集

浙江大学公法与比较法研究所 编



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

公法的变迁:费善诚教授荣退文集 / 浙江大学公法与比较法研究所编. —杭州:浙江大学出版社,

2012. 11

ISBN 978-7-308-10686-3

I. ①公… II. ①浙… III. ①公法—文集 IV.
①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 236529 号

公法的变迁:费善诚教授荣退文集

浙江大学公法与比较法研究所 编

责任编辑 傅百荣

封面设计 刘依群

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州中大图文设计有限公司

印 刷 浙江海虹彩色印务有限公司

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 42.25

插 页 4

字 数 852 千

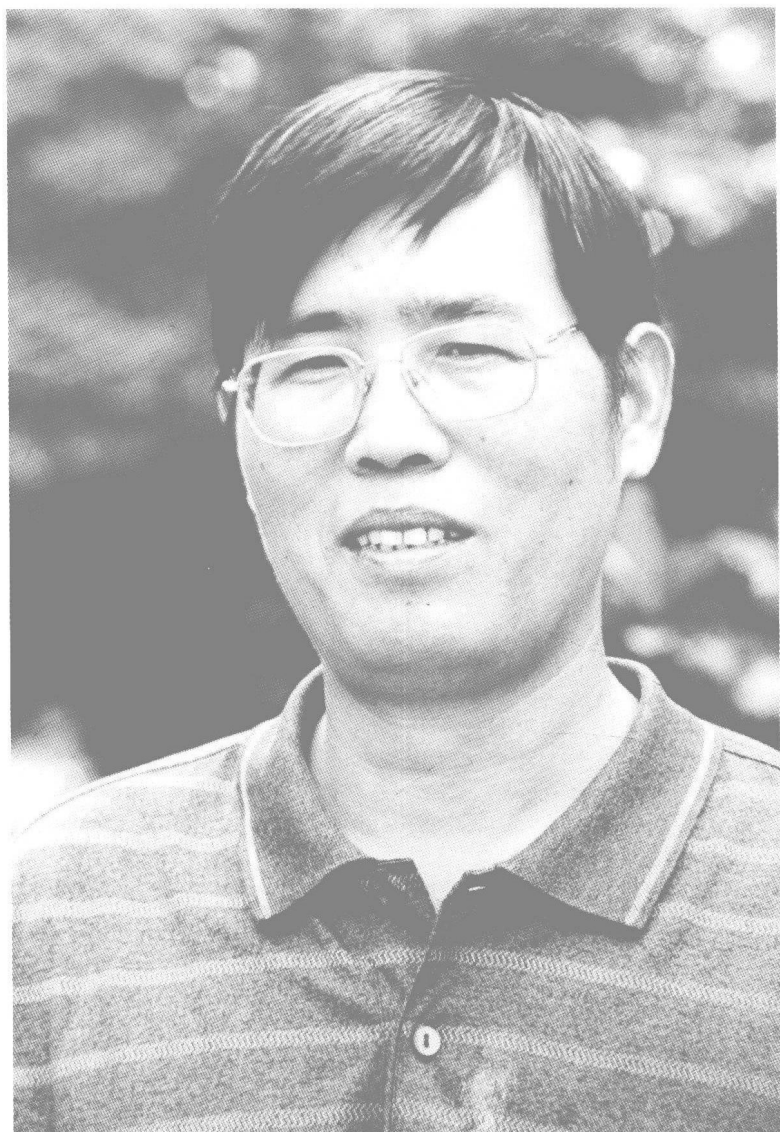
版 印 次 2012 年 11 月第 1 版 2012 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-10686-3

定 价 86.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

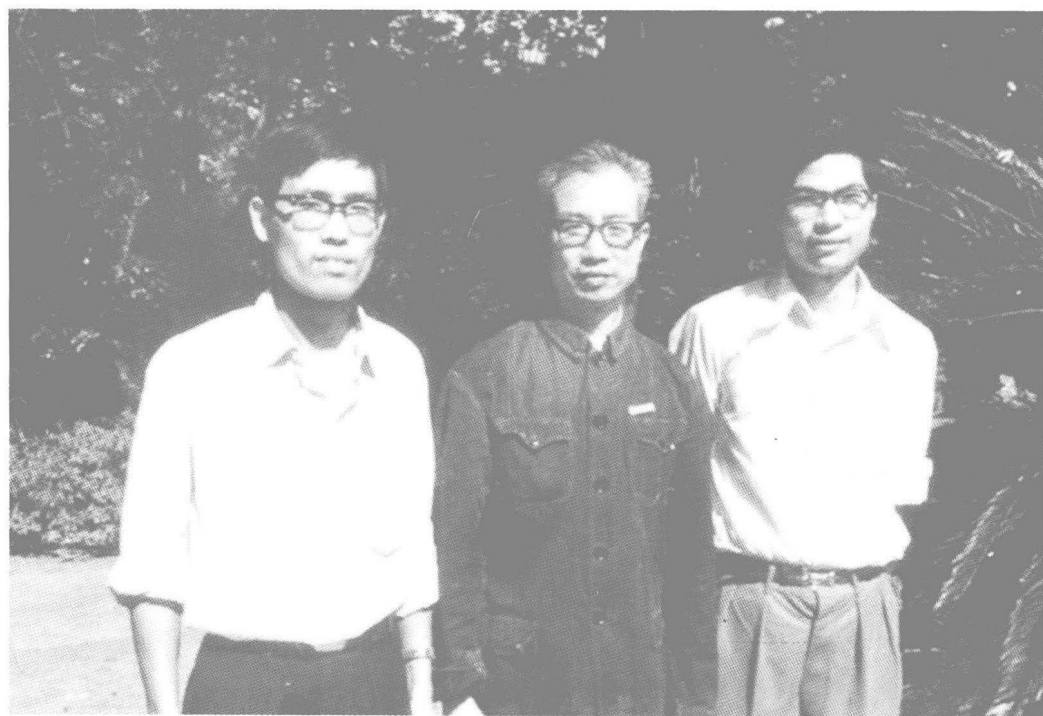
浙江大学出版社发行部邮购电话 (0571)88925591



费善诚近照



费善诚教授于西南政法学院进修与国家法教研室老师合影(1980年)



费善诚教授、郑九浩教授、胡建淼教授杭州龙井合影(1982年)



费善诚教授中国人民大学法学助教班毕业合影(1985 年)



费善诚教授与原杭州大学法律系教师合影



费善诚教授与原杭州大学法律系教师于楼外楼合影



费善诚教授与 2011 届宪法学与行政法学硕士合影(2011 年)



序 言

李志强 苏苗罕*

自中国人将日俄战争解读为立宪对专制的胜利,确立立宪目标,试图通过宪政道路实现国家振兴以来,我们已经步履蹒跚地前行了一百余年。其间虽然屡遭挫折,但是赖数代学人的孜孜以求,我国的宪法学术积淀还是越来越深厚。

三十年来的改革开放,使得中国的国力,尤其是经济实力,得到了前所未有的增长。当年试图通过立宪强国的道路,好像显得可有可无,甚至彼时国人对日俄战争是立宪之胜的阐释,也越发让人觉得是急功近利的过度解读。但是,通过宪政保障民权,以实现社会的长治久安并非妄言。正如托克维尔所指出的:“永远记住一个国家当它的每个居民都是软弱的个人的时候,不会长久强大下去的,而且永远不会找到能使一群胆怯的萎靡不振的公民组成的国家变成精力充沛的国家的社会形式和政治组织。”因此,宪政仍然是一国自立于民族之林的必然要求。

伴随着改革开放的伟大事业,我国的法治水准也得到了很大的提升。依法治国,建设法治国家,已经成为我国宪法的伟大承诺。宪政是法治的最高形式,而依法治国,最根本的意义是依宪治国。虽然我们仍然在路上,但是数代公法学人的辛勤耕耘,已经结出累累硕果。

浙江大学法学院公法与比较法研究所是我国公法学研究的重镇。其二十多年来的教学研究,为我国培养了一大批优秀的法律人才,也奉献出众多高质量的研究成果。我们的老师费善诚先生,就是该所宪法学研究的奠基人之一。

费善诚老师长期从事宪法学教学研究工作,主要研究领域包括人大制度、宪法适用和民族区域自治制度。早在1985年,费善诚老师就有合著《民族区域自治区简说》(辽宁大学出版社出版)面世,是当时此一领域最早的著作之一。高杰与费善诚老师主编的《宪法学》(杭州大学出版社出版)于1999年出版,为我国当时方兴未艾的法学教学提供了又一及时全面的教材。

最为难能可贵的是费善诚老师敏锐的学术感知力。费老师早在20世纪90年代中期就关注宪法的适用性,分别有《论宪法的适用性》(载《法学家》1996年第3

* 李志强,北京大学法学院宪法与行政学专业2008级博士生;苏苗罕,法学博士,中央财经大学法学院讲师。



期,人大复印资料全文转载)和《论宪法在司法审判中的适用》(载《法治研究》1996年卷,杭州大学出版社1996年版)发表,是我国较早深入研究宪法适用问题的学者。当时,宪法的适用性尤其是司法适用性并不为主流学界和法律界承认,费老师选择对这一点深入探讨,无疑是抓住了宪法的生命力所在。虽然宪法的司法适用在经过21世纪初齐玉苓案的高潮之后遭遇了滑铁卢,但这只是一次试错,在著名的“马伯里诉麦迪逊”案之后,美国的违宪审查也曾经长期沉寂。联邦最高法院第二次宣布一项联邦法律无效是1857年的“德雷特·斯科特诉桑福德”案,而该案因为否认密苏里协定的有效性,加剧了南北紧张,同时因其否认黑人能够获得公民权,使之成为美国宪政史上最臭名昭著的案例。但这些灰暗的历史早已远去,19世纪后期违宪审查在美国就成为通行惯例。青山遮不住,毕竟东流去。无论如何,宪法的适用仍然是民主法制事业未来发展的大势所趋。

费老师还是我国学界较早关注人大监督和宪法程序的学者,其1995年6月发表在《杭州大学学报》上的《关于人大监督的若干问题思考》,对人大监督的内容、本质、对象、手段和界限做了探讨,尤其是对当时盛行的人大对法院的个案监督进行了分析思考,指出人大监督应当是全面的、根本性的监督,而非对具体案件的介入、指示和越俎代庖。这在当时是有前瞻性眼光的。费老师的《论宪法程序》(载《宪法学十论》,法律出版社1999年版)也是当时对宪法程序进行深入探讨的优秀文章。可见,早在21世纪初法理学学者们进行程序与实体大论辩之前,费老师对宪法领域程序问题的重要性就已经有了敏锐感知。

费老师在1999年后从对宪法适用的关注进一步深入到对违宪审查和宪法诉讼的研究。《试论我国违宪审查制度的模式选择》(载《政法论坛》1999年第2期;人大复印资料全文转载)和《我国公民基本权利的宪法诉讼制度探析》(载《浙江大学学报》(人大社科版)2001年第4期)是这一时期的代表作。这些文章比较各国违宪审查和宪法诉讼制度的模式,结合我国的法律和实际情况,提出了细致的制度建设方案,体现了费老师对宪政事业和公民权利保护的深切关怀和强烈责任感。这两篇文章发表之后产生了广泛的影响。根据中国知网提供的数据,截至2010年8月2日,《试论我国违宪审查制度的模式选择》一文,被引次数高达98次,在中国宪法学论文中排名第12位。而《我国公民基本权利的宪法诉讼制度探析》一文被引51次,排名第45位。

费善诚老师还特别重视对人才的培养。在二十余年的宪法教学研究生涯中,他培养出众多的宪法学硕士研究生,他们之中许多已经成为高等院校的优秀学者或法律实务部门的骨干力量,同为中国法治国家的建设与政治文明的实现而努力。

本文集即是学生敬献给费善诚老师的荣退祝贺之礼,收录了费老师在浙江大学法学院宪法、行政法专业历届学生的倾情之文或代表之作。作者包括笔者在内,身受费老师的教诲,恩师的关怀与教导,每每思之,都温馨满怀。



法治国家的实现最终须宪政保障。任重道远,重任在肩。在中国法治现代化的征途上,费老师致力于中国宪政与法治国家的建设,不断地激励着后学承继事业、开拓创新,奋斗不息。

蓝图已勾画,前景可展望。我们期待着费老师及作为学生的我们,一起谱写新世纪公法学的新篇章。

敬祝费善诚老师既寿且康!





目 录

上卷 宪法学

刑法的困境与宪法的解答

- 规范宪法学视野中的许霆案 白 斌 (3)

论我国宪法的效力根据

- 基于一种开放的规范主义立场 陈玉山 (22)

网络视听管制的宪法省思 陈运生 (40)

“宪政”与“民主”的表达(1940—1947)

- 基于数据库统计的中国宪法思想史研究 褚宸舸 (50)

基本权利限制之限制 高慧铭 (65)

论我国村民代表制度 高 杰 (74)

立宪主义声音的一种侧听

- 对民主主义的历史省思 何永红 (79)

消极的司法积极主义违宪审查

- 意大利违宪审查制度之研究 侯 宇 (90)

实证主义经济宪法学的基本结构

- 一个基于文献综述的研究 黄 锬 (106)

革命、改革与制度建设

- 《旧制度与大革命》中的宪政思想评述 李志强 (118)

宪法新论三则 李 龙 (130)

历史视角下的社会权

- 日本生存权理论的发展变革为视角 凌维慈 (135)

宪法解释的衡量模式

- 兼论宪法解释方法的变革 刘 国 (144)

附会的认知:汤寿潜《宪法古义》评述 刘练军 (153)

比较法视野中的法官审查权研究

- 以个案中的法规冲突为中心 刘 义 (169)





论年龄歧视和合理差别

- 兼谈年龄歧视例外的立法建议 骆正言 (189)
- 宪法上的自由之极限:美国“劳伦斯案”评析 马 平 (196)
- 程序视角下的议会 苏新建 (205)
- 程序性侵权行为法律问题研究 孙祥生 (216)
- ### 论平等就业权限制的合理性审查模式
- 以复合结构下的双重审查为主线 徐 钢 (227)
- ### 宪法中的法益衡量:一种可能的重构
- 以阿列克西的理论为思路 余净植 (241)
- 论违宪判决的形态 翟国强 (253)
- 新闻自由与隐私权的冲突和平衡 张 军 (275)
- 宪法审查的穷尽法律救济原则 郑 磊 (295)

下卷 行政法学

电子时代的隐私权保护

- 以美国判例法为背景 岑剑梅 (313)
- 重新定位行政规定的功能 陈骏业 (333)
- 行政赔偿中的“违法”概念辨析 杜仪方 (343)
- ### 从第三部门组织到行政诉讼被告
- 社会公务的司法监督路径 方 洁 (353)
- ### 行政处罚与行政强制措施之界分
- 对我国首例烟草专卖业务经营资格行政诉讼案的透析 傅国云 (361)
- “行政强制措施”与“行政强制执行”的界分 胡建森 (366)
- ### 转型时期的福利权实现路径
- 源于宪法规范与实践的考察 胡敏洁 (378)
- 行政权的扩张与控制 季 涛 (392)
- ### 论行政案卷排他原则的运作原理
- 听证者与决定者的统一机制 金承东 (402)
- ### 论适当性原则
- 引入立法事实的类型化审查强度理论 蒋红珍 (411)
- 我国无效行政行为制度的现状、问题与建构 金伟峰 (425)
- 行政征收的法律规制论纲 李春燕 (440)
- 什么是正当法律程序 刘东亮 (448)
- ### 新政后美国行政法发展的重心流变
- 《行政法的几个核心问题》评介 骆梅英 (467)



服务行政与民生主义

——以“杭州市停车新政”为例	邵亚萍 (478)
论行政规则对司法的规范效应	
——以技术标准为中心的初步观察	宋华琳 (488)
行政计划诉讼问题研究	苏苗罕 (508)
契约下的行政	
——从行政合同本质到现代行政法功能的再解释	孙笑侠 (516)
论禁止不利变更	涂怀艳 (526)
行政诉讼证明标准的重构	王晓杰 (536)
行政规划裁量论	夏 雨 (545)
行政行为撤销要件的修订	杨登峰 (555)
私法纠纷解决模式在行政法上的运用	
——替代性纠纷解决(ADR)之理论原型、妥当性及其影响	余 军 (569)
民事、行政确认判决辨析	张旭勇 (581)
行政诉讼中的“法”与“理”	
——基于《特别代理民告官手记》提供的素材	章剑生 (589)
服务理念下的程序裁量及其规制	郑春燕 (634)
章程建设:大学管理改革的新方向	郑 洁 (645)
论行政诉讼中的事实问题及其审查	朱新力 (652)



上卷 宪法学



刑法的困境与宪法的解答

——规范宪法学视野中的许霆案

白 斌*

摘 要:学界对许霆案的讨论曾一度聚焦于许霆的行为是否构成盗窃。在刑法教义学的视野中,其乃是典型的刑事案件,且不欠缺“秘密性”,更不能无视自动取款机作为金融机构一部分的事实。但是依照《刑法》量刑又与公民朴素的正义感相抵触。本文认为,刑法教义学此时所面临的尴尬处境只有通过宪法教义学的介入才能够得以消解,即必须反思《刑法》第264条特殊加罚条款的合宪性问题。在现代社会,金融机构相较于其他行业的法人组织,其对于国民经济与社会的稳定繁荣而言更为重要。金融机构尤其是银行财产的安全乃是整个社会经济安定繁荣的基石。由此,在刑法上给予金融机构“适当的”特别关照应当被允许。但是,无论从比例原则还是从体系解释的角度看,为盗窃金融机构数额特别巨大的行为所设定的刑罚,在只限于死刑和无期徒刑这一点上,从立法目的的角度上已经难以充分说明,即为了达到立法目的超过了必要的限度,因此不能再被认为是基于合理依据的差别对待。争议条款违反了宪法平等权规范,应为无效。

关键词:许霆案 盗窃罪 盗窃罪的加罚条款 宪法平等权 比例原则

如果当今时代有什么东西令人印象深刻的话,那就是纷纭繁复的“意见”(Doxa, opinion)。^{〔1〕}发生在2007年的许霆案则再一次全面地验证了这一点。由媒体的逻辑所支配的铺天盖地的报道使得此案受到全社会的普遍关注,同时也激

* 本文曾发表于《法学研究》2009年第4期,发表时多有节略。白斌,法学博士,中央财经大学法学院讲师。本文的写作主要受业师林来梵教授对于日本著名宪法判例“尊属杀人被告事件”(昭和45年(あ)第1310号,最高裁昭和48年4月4日大法院判决,刑集27卷3号265页)的分析讲解所启发,并在写作过程中认真地反复研读该案判决,获益良多。文中诸多论点曾和林来梵教授以及骆正言、陈运生两位博士交换过意见,并对他们的有益建议加以吸收;特别要感谢陈玉山博士和乔宇娟女士,他们认真地通读了全文,提出大量修正意见,并给予笔者真诚的鼓励;没有他们,本文可能不会达到现在的模样,在此一并致谢。但所有的责任,照例由本人承担。

〔1〕 我是在柏拉图的意义上使用这个词的,在其《理想国》的第五卷中柏拉图详细地讨论了意见与知识的区分。请参考 Plato, Republic, Book V, 478a.





发起法学界的“阵阵涟漪”。正如贺卫方教授在一次演讲中所言，“许霆先生在把手伸进 ATM 机抽钱的那一刻，万万不会想到会给法律界出了这么大的一个难题！”〔2〕法律人的实践智慧和专业技术在许霆案面前接受着严肃的考验。刑法学者、刑事诉讼法学者、民法学者、法理学家等纷纷登台发言，法律界对某个个案的参与程度之高在近年来甚为罕见。〔3〕2009 年年初，在许霆案的终局判决已尘埃落定 9 个月之后，北京大学《中外法学》杂志在新年第一期以长达 100 多页的篇幅连续刊载陈兴良、张明楷等多名法学教授对本案的反思性评论，这一举动在让我们再次感叹本案的巨大魅力的同时，也令学界深刻地看到另外一点：共识远未达成。法学家们发言内容之间巨大的歧异性，有理由让我们相信：任何一位专家的法律意见，恐怕都无法获得比该案法院判决更多的信服。由此，我们迫切地召唤一种具有理论说服力的、受到大多数学者承认的“通说”的诞生，它能够给本案提供一种“正确的解答”(a right answer)。而是否相信存在一个正确的解答，这是个道德问题，在这一点上，我完全赞同 R. 德沃金的主张。〔4〕

无疑，本案是个典型的疑难案件(hard case)，而非常规案件。〔5〕法理学界对于常规案件与疑难案件之间区分标准的热烈讨论实际上只具有理论意义，因为“疑难”是实践性的。我们需要的不是明了何谓疑难案件，而是如何解决一个具体的疑难案件，在这一点上，上述讨论无法给我们提供任何帮助。法教义学强调“现实问题的有解性”，不论一个案件是多么的疑难或新颖，只要它是“法律的”，法律教义学就必须给出一个“适当的”解答。〔6〕如果法教义学不仅仅是一种高头讲章，那么我们必须对每一位自命坚持法教义学立场的中国法学者大声喊道：“这里是罗陀斯，就在这里跳吧！(His Rhodus, his salta!)”〔7〕“这里”就是许霆案！

〔2〕 请参考贺卫方教授在暨南大学的讲座。<http://news.sina.com.cn/s/l/2008-04-17/025715370838.shtml> 2008 年 4 月 25 日最后访问。

〔3〕 据笔者粗略的不完全估计，自许霆案发生以来，至 2008 年末止，就该案发表评论的著述中仅在正规期刊中发表的法学类论文便超过 100 篇，这还不包括许多以书代刊类的法学出版物。而且这个数字目前仍在继续增长。

〔4〕 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, the Belknap Press of Harvard University Press, 1986, Preface, ix.

〔5〕 陈兴良教授认为：“许霆案本来只是一起普通的刑事案件，但其被媒体披露后，在社会上引发广泛的关注”（陈兴良：《利用柜员机故障恶意取款行为之定性研究》，《中外法学》2009 年第 1 期，第 6 页），其似乎认为，正是因为媒体的披露使得“普通的”许霆案霎时变得“不普通”起来。如果陈教授的“普通”指的是“常规”的话，那么他的论点便不能同意。媒体报道不可能使一个“常规案件”变成一个“疑难案件”，而是这个案件自身之中存在的某些因素使它显得“疑难”。

〔6〕 [德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社 2005 年版，第 142 页。

〔7〕 《伊索寓言·说大话的人》。这是对一个人说大话的人讲的话，他吹牛说自己曾在罗陀斯岛跳得非常远。用在这里，喻指这里就是最主要的，请在这里证明你的能力或者理论。