

公法学的规律与迁变

The Discipline and Evolution of Public Law



袁文峰
著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

The Discipline and Evolution of Public Law

公法学的规律与迁变

中国博士后科学基金资助成果



袁文峰
著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

公法学的规律与迁变 / 袁文峰著. —北京: 知识产权出版社, 2017. 7

ISBN 978 - 7 - 5130 - 4933 - 7

I. ①公… II. ①袁… III. ①公法—法的理论—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 121807 号

责任编辑: 雷春丽

责任出版: 刘译文

封面设计: SUN 工作室 韩建文

公法学的规律与迁变

袁文峰 著

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院

责编电话: 010 - 82000860 转 8004

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

印 刷: 北京科信印刷有限公司

开 本: 720mm × 1000mm 1/16

版 次: 2017 年 7 月第 1 版

字 数: 380 千字

ISBN 978 - 7 - 5130 - 4933 - 7

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100081

责编邮箱: leichunli@cnipr.com

发行传真: 010 - 82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 24.75

印 次: 2017 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 65.00 元

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

自序

PREFACE

记得在2016年的某天学期结束的最后一节课上，我突发感慨：行政法是肮脏的学问！当时的确有些耸人听闻。实际上，我只不过是想表达，行政法洞悉人性之恶。所以不但对人们的打架斗殴、交通肇事、制假贩假、虚假宣传等私行为进行制裁，而且对滥用职权、吃拿卡要、权力寻租、（踩）爆头执法、随性（别）检查等公行为防范日紧。禁止饮酒驾驶是近年来典型的抑制人的魔鬼面的一个例子。精确一点，应该说行政法是关于肮脏的学问！国家是必要的恶，人性同样也是如此，否则无以为人。因此，汉密尔顿（或麦迪逊）说：“如果人都是天使，就不需要任何政府了。如果是天使统治人，就不需要对政府有任何外来的或内在的控制了。在组织一个人统治人的政府时，最大困难在于必须首先使政府能管理被统治者，然后再使政府管理自身。”^①行政秩序法、行政组织法于此体现得尤为明显。如果没有体现人性的人类内耗，社会不知进步到怎样的程度了，明代李汝珍的《镜花缘》一书中的君子国早已降临凡间。在该国，夜不闭户，路不拾遗，人人齐礼，事事诚信。然而，不应该熟视无睹的是，在凡间和天堂之间有一道难以跨越的人性门槛，君子国只能活在人们的概念里。学习行政法的感觉，借用王昆仑的一句红学评语，可谓：“人畏其滑溜，我赏其热辣；人畏其飘忽，我赏其日新。读之开拓无限心胸，增长无数阅历。”

虽然最好一辈子不要和法律打交道的想法已经过时，但在多数人的观念中，法学并非是增量之学，而是减量之学。也就是说，法律和法学并不能给大家带来利益的增长，反而是减少。例如，在诉讼中争执的标的没有增加，

^① [美] 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如、在汉、舒逊译，商务印书馆1980年版，第264页。

而诉讼过程给双方带来了诉讼成本，整体利益减少了。美国著名社会心理学家亚伯拉罕·哈罗德·马斯洛（Abraham Harold Maslow）把人的需求依次由较低层次到较高层次，分成生理需求、安全需求、社会需求、尊重需求和自我实现需求共五个层次。公法（行政法）与这五层需求休戚相关，公法学尤其强调法的安定性原则。公法（行政法）带来的安全需求价值几何？增量、减量的视角只是看到了司法的过程，轻忽了长期性和常态性的执法。就像健康的价值是在健康失去之后，公法（行政法）也是如此。增减量之学的观点确有不妥之处。

法学教材中，传统的“法律”概念认为，法律是由国家制定或认可的，靠国家强制力保障实施的，对全体社会成员具有普遍约束力的规则。这种概念强调权威、将法律与价值隔离，难以祛除“恶法亦法”的嫌疑。虽然法学不是人文学科，但法学应该与人文学科相结合，成为人文之学。公法法条不乏人文关怀，但在实施中却存在人文标准的时时考量。英国首相撒切尔夫人与内阁一起吃饭，年轻的女服务生上热汤时撒漏到了一位大臣身上，她一时愣住了。铁娘子赶忙起身抱住她安慰：“这个错误大家都会犯的，别害怕。”试想，如果铁娘子铁着脸说：“构成‘服务事故’，扣你一周的工资。”规则是执行了，可效果怎样呢？我们又有多少只问结果不看过程的评价标准（典型的如所谓的一票否决制）呢？这不回到了我们的老话题——是不是只要有了结果，可以不问手段（不择手段）？有人文存在的空间吗？

最近，微信上在传一段胡椒视频，镜头中首席法官卡普里奥（chief judge Frank Caprio）在处理一起编号为 96124 的案件，来自危地马拉的中年母亲欧文（Owen）因开车违规右转面临罚款。她当时急着买咖啡，然后去学校雅尼斯中心学英语，没有注意禁止右转的红灯。解释的时候，欧文吐字不清楚，法官安慰她：放松点，不用那么紧张。她表示，现在为了找工作在学英语，如果有了工作就可以付罚单了。法官在和她聊天的同时，也不忘鼓励她：英语学得不错！法官显然被她的精神感动，最后和她达成协议（deal，实为判决）：答应法官继续学习英语，罚单撤销。多少人感动得老泪纵横，原来公法的规律可以这个样子！这么温情！看过几遍以后，我带着好奇到维基百科网上搜寻这位法官的情况，主要是看看视频是不是剧本的产物。原来，卡普

里奥法官是美国罗德岛普罗维登斯市市政法院的首席法官^①，也是罗德岛州市长协会的前主席。这位 1936 年生的老人主持 Caught in Providence 节目，被称为 the television judge。是庭审现场系列，实实在在地审案件，过程由 WLNE - TV 电视台直播。

另一起交通违章案中，一位女士因未遵守 8 点至 10 点禁止停车的规定，被警察开了罚单。她的停车时间是 9 点 59 分 58 秒，而当时她车上的仪表盘显示已经 10 点了。面对仅 2 秒之差，卡普里奥法官显得有些无奈：难道你要赖你的车吗？女士辩解：看到了交通规定，我也确定车上显示的时间是 10 点。卡普里奥法官最后作出判决：女士相信自己车上的时间，我也相信她。他的解释是：只是几秒之差的问题，有时候我们需要借助更多的常识来判决。在一次采访中，他对记者说：“对绝大多数来法院的人，这样的经历可能是他们唯一一次和法庭打交道的机会。我不想让法庭吓到他们。所以，我对他们展示了足够的同情、理解，当然最重要的，还有公正。”^② 您也许会说是老卡在作秀，可这秀做得不好吗？倒不是认同老卡的每一个案件的处理内容。如 7420 号案件，参加过越战的老兵去荣民医院看医生，因找不到车位而在瑞郡大道停车，于 2016 年 5 月 31 日被处以 100 美元的罚单。在安抚老兵的情绪后，老卡撤销了罚单。而我可能会作象征性的处理，以免留下矫枉过正的嫌疑，并由此减少大家在钓鱼岛与城市执法之间的想象空间。

中国的行政部门和司法部门将如何处理这三起案件？我不敢妄下结论（但也不是没有参考，如赵春华案件）。但是，走进法庭，看看基层法官如何审理案件可能会得出您的结论。我不是说我比他们更有耐心。面对当事人不着边际的絮絮叨叨和假话连篇，我的反应可能更加强烈。寻找原因，专家可能又会说我们的法学教育出了问题。“没有教不好的学生”。这句话没说给您多少时间？几年还是十多年？给您怎样的环境？是单间还是未成年与成年人一起关押的交叉感染？如果整个社会是一间大教室，这间大教室在时时训练

① The chief municipal judge in Providence。市政法院处理涉及 municipal ordinances 的案件，如交通罚单、商店偷窃、人行道上吐痰。

② 奇思屋：“《Caught In Providence》看看刷爆别人朋友圈的网红，差距啊差距”，<http://www.qq745.com/dianyingtuijian/81645.html>，访问时间：2017 年 6 月 22 日。

大家成为精致的利己主义者，您还会有信心吗？早在拿破仑的军队入侵的时候，普鲁士国王威廉三世就指出了德意志的出路：“这个国家必须以精神的力量来弥补躯体的损失。正是由于穷困，所以要办教育。我从未听过一个国家办教育办穷了，办亡国了。”^①精神和价值观的损失又应该用什么来弥补呢？如果不能求助于“跛脚的法学教育”的话。

有人说过，如果故乡、母校不存在仁爱，这两者便不复存在。正义和秩序女神忒弥斯的金冠、白袍、天平、宝剑、束棒、蒙眼的毛巾、蛇狗、权杖、书籍和骷髅各有所隐喻，这其中难道独独缺少了仁爱的隐喻吗？仁爱并不是厚此薄彼、反复无常，不过是让法律符合人性的特征和人的心理。左手的天平、蛇狗和蒙眼的毛巾多多少少有这些成分。将公法学与人文之学联系起来，路还很长。法律缺少了人性关怀（关怀善恶人性：释放自己的善，一定程度上容忍他人的恶，缺少了人文情怀（不强人所难和体现三常——常识、常情和常理的情怀），那么法律只是规则和武器，一种单刃规则和武器。我常常在担心：在法律还没有被信仰的时候，在法治政府尚未完全建立的时候，在实务中司法对法条的内涵充实不足的时候，目前能沉淀下来的规则有多少？但愿我的担心纯属多余。

本书的出版源于2014年，笔者在华东政法大学访学时的计划，即为反思自己之前写过的一些文章，当时一时冲动汇集成册并打印，兴冲冲地拿出来让访学的“小伙伴们”提意见。后因一直找不到出版的机会而搁置多年，其间也在不断修改、替换以完善。2016年9月，曾将稿件带到湖南准备联系出版。湖南的成行，得益于杨翔教授、廖永安教授、黄德华书记、胡肖华教授、吴勇教授等多位师长的帮助。最终却因自己身体不适返回鹅城。今忆当时辞别情形，愧欠难启。回来一个多月后，打油一首，补题为《丙申岁末感怀》——是年丙申初秋，余欲往湖湘教授，盘桓月余，不适，旋即南归。岁末抚昔，心犹有戚焉，觅词数日，书而记之：辞前君慨一句诘，溯序千里东南回；高台击筑就此了，仄身低帽倦鸟归。楚王狩鹿云梦泽，流转往返不觉迟；灰泥流苏芳心苦，一步一莲立雪时。

^① 央视《大国崛起》德国篇解说词。

而今著作面世，并非一人之功。谢谢 Prof. Yuanchuan Chang 和 Dr. MinHsien Chu 为我提供写作资料！让远离文化中心的人享受了便利。谢谢 Dr. Wendy S. Senior 的倾听和鼓励！让我找回思路，继续努力。谢谢朱颖俐教授精辟独到的见解！让我不时受益。邱锦添教授的乐天健言给人满满的活力。惠州学院立法研究院、惠州市人大法工委、广东达伦律师事务所和惠州仲裁委员会的同仁们让人感受到法律人的家园同样也是在心里的。谢谢凌师家献、胡辉、Jason Wang、凌彦、周剑君和 Daniel Lin 的热心相助！为研习提供条件。

袁文峰

2017 年 6 月 25 日

内容简介

《公法学的规律与迁变》从“宪法架构与实践”“权力运行的轨道”“公众参与法治过程”和“司法审查的广度与密度”四个方面反映宪法学与行政法学（公法学，主要是行政法学）是如何规范公权力的（规律），又如何推进或扬弃原有的制度或理论的（迁变）。“宪法架构与实践”涉及我国旧政协、《联邦德国基本法》的守护是如何被架构的，《宪法》第46条和人大对非法运营的监督该如何实践。“权力运行的轨道”论述了行政承诺、法制副厂长制度的设计、预防行政、欧盟预算和终身教职中的权力该如何运行于法治的轨道上。“公众参与法治过程”通过公众参与环评和律师参与法治过程两方面来展现。“司法审查的广度与密度”包含以下案件的司法审查：夏沃案、齐玉苓案与罗彩霞案、行政迟缓案和行民交织型案件等。附录部分也与主题有些许关联，涉及“公法研究与精神”。

封一两尊雕像中，一为獬豸，一为麒麟，各表正义和仁爱之意。两张图片均由作者于2017年6月所摄。

责任编辑◎雷春丽

封面设计◎sun工作室 韩建文

第一篇 宪法架构与实践

第一章 旧政协的协商民主之底色	3
一、协商民主的前提：平等	3
二、协商民主的包容性和理性	5
三、结语：底色缘何最终褪色	9
第二章 《联邦德国基本法》是如何被守护的	12
一、《魏玛宪法》的历史教训	13
二、《联邦德国基本法》的价值彰显	16
三、作为《联邦德国基本法》守护者的联邦宪法法院	23
四、超越国家利益	25
五、结语：人民的意识——守护《联邦德国基本法》的深层因素	28
第三章 《宪法》第46条适用的教育阶段辨析	30
一、未解决的《宪法》第46条适用阶段的问题	31
二、《宪法》第46条规定的“受教育的权利和义务”决定了 其仅适用于义务教育阶段	32
三、体系解释难以将相关条款结合起来从而为《宪法》第46条 作扩大解释	39
四、“1982年修宪报告”对受教育阶段的说明应当作限缩性 理解	42
五、结论	44

第四章 从非法营运事件透视广东省人大的监管路径	46
一、后钓鱼执法时期	46
二、广东省内关于非法运营问题的认定	47
三、广东省人大可能的监管路径	50
四、结语	55

第二篇 权力运行的轨道

第五章 行政承诺型式化	59
一、行政承诺型式化的现实与理论需求	60
二、行政承诺型式化的内容与界限	64
三、行政承诺型式化的内涵	68
四、行政承诺型式化外延的反向界定	73
五、行政承诺型式化中的过程规范	78
六、结语	81

第六章 论试行“法制副厂长”的制度基础	
——基于惠州市试行情况展开	82
一、背景与问题	83
二、试行“法制副厂长”制度需遵循的原则	84
三、试行“法制副厂长”制度需考量其法律地位与功能	89
四、结论	97

第七章 预防行政中的行政权如何预防	
——评《法律程序主义对预防行政的控制：以人身自由保障为视角》一书	99
一、把握了时代的嬗递与要求：风险社会及其安全保障国	101
二、提出了安全保障国下的核心词汇：预防行政、预防行政行为	103
三、研剖与判断的主要锐器——批判的武器：三个有效性向度	105

四、预防行政过程中的交往理性之体现：法律程序主义的要求	108
五、“崇美”与“哀艰”之双痛	110
六、结语	112
第八章 欧盟预算的制定、执行及监督	113
一、制定预算的标准	114
二、制定预算的程序	115
三、预算的执行	118
四、预算执行中的监督	119
第九章 终身教职制度的引借及我国的实际	123
一、终身教职制度产生的动因与目的	125
二、终身教职制度的发展与变革	131
三、高校终身教职聘任、解聘权力的限制	134
四、我国的实际状况	137

第三篇 公众参与法治过程

第十章 公众参与和行政决策过程	
——以圆明园整治工程听证会的公众参与为例	143
一、环境影响评估中的公众参与概述	143
二、圆明园整治工程环境影响评估中的公众参与和行政决策	153
三、结语	196
第十一章 从国家决定到法治商谈的律师职业	201
一、引言	201
二、国家主义法律观	202
三、国家主义决定下的律师职业	205
四、作为国家主义论争者的自然法学派	213
五、法治商谈下的律师职业	216
六、作为法治商谈重要形式的身份转换	218

第四篇 司法审查的广度与密度

第十二章 持常与论理的司法

——夏沃案最后阶段的 8:05 - cv - 530 - T - 27TBM 号

司法命令介评	225
一、夏沃案的案情简介	225
二、命令的推理过程	229
三、结语	232

第十三章 受教育权的宪法条款援引、内涵及救济路径

——基于齐玉苓案与罗彩霞案的分析

一、论争后未解决的问题	233
二、如何遵守性援引《宪法》第 46 条	236
三、从受教育权的权利内涵认定两案所侵害的权利类型	239
四、受教育权的救济路径	246
五、结论	254

第十四章 法规目的的司法审查

——从《道路交通安全法》第 22 条的适用展开

一、认定事故责任的推导过程	255
二、被案件遗忘的规范目的理论	259
三、与确定归责标准相关的法规目的说	263
四、法规目的标准在我国实务中的运用	267
五、借鉴保护规范理论确定法规目的	270
六、宪法条款第三人效力和民法公序良俗条款适用的启示	274
七、结论	276

第十五章 行政迟缓的司法审查

一、行政迟缓的时限因素	278
二、行政迟缓的主客观因素	280
三、案例的分析与对比	281

四、行政迟缓的司法救济路径	288
第十六章 行政迟缓该如何应对	
——般某某、朱某某诉武汉市公安局蔡甸区 公安分局案新评	294
一、案件存在的问题	295
二、一审判决应对行政迟缓的标准及其检析	301
三、二审判决应对行政迟缓的标准及其检析	304
四、结语	310
第十七章 对许某某案中侵权归责之缺漏的检讨	312
一、认定被告过错的原则与本案的问题	313
二、并道前过失认定的缺漏	316
三、并道后过失认定的缺漏	319
四、其他几个与过失认定相关的缺漏	325
五、一审中责任成立因果关系的缺漏	328
第十八章 行民交织型侵权案件中行政赔偿责任的认定	332
一、一并区分行政赔偿与民事赔偿两种责任的可行性	333
二、认定连带责任的情形	334
三、认定按份责任的情形	336
四、结语	343
附 录 公法研究与精神	
附录一 如何展开法学本科毕业论文的写作	347
附录二 记人海为径与学海作舟的姜明安先生	357
附录三 海参崴行记	367
后 记	379

第一篇

宪法架构与实践

作为本书开篇，第一篇以“宪法架构与实践”为题，希冀在宪法框架下引发进一步的思考。本篇对宪法的历史、宪法的实施和条文的运用进行了相应阐述。对大陆法系的代表且宪法政治成熟的德国的宪法实践进行了论述。旧政协虽远去已久，但那场风云聚会对公法学依然从深层产生影响。《联邦德国基本法》为什么实施六十余年来仍然运行良好，没有出现《魏玛宪法》中途悬置的现象？第二章介绍了大陆法系的代表及宪法政治成熟的德国宪法实践，并试图回答这个问题。本篇最后两章是本国的宪法实践，涉及宪法的教育和立法领域。

第一章 旧政协的协商民主之底色^{*}

1946 年的中国政治协商会议是我国历史上一次特殊背景下的民主实践。这次协商会议契合了协商民主的一些要求（平等、包容和理性）和特征（合法性、公开性与责任性）。从整体实力和人心向背来看，中国政治协商会议大致处于一个平等的基础上。而政协代表名额的争议与《宪法草案》的修改过程则体现了包容和理性。但是，其协商民主的底色又是脆弱的，这种脆弱在某种程度上也预示了它的破产。

1946 年的中国政治协商会议被人们称为旧政协，以与 1949 年的人民政协相区别。旧政协是我国历史上一次特殊背景下的民主实践（此前的国民参政会则为此做了些许的铺垫）。抗日战争胜利后的人们渴望和平、反对内战，对如何建国群策群力。以国民党和共产党为代表的两方聚合了多方人士的政治需求，在和平统一、民主建国的共识下，以旧政协为平台，提出了自己的政治主张，怀着包容、理性的态度，擘画一个崭新的国家体制。正是以上各种因素的特殊性孕育了旧政协协商民主的基本特征（底色）。又由于国内外的环境和国内政治力量的对比等因素，决定了这一底色的脆弱性。以下分别试述之。

一、协商民主的前提：平等

达尔认为：“麦迪逊式的论点夸大了其他特定官员对政府的特殊制约，

^{*} 本文原载《惠州学院学报》（社科版）2010 年第 2 期。将本文纳入文集时（2015 年 11 月 7 日），恰逢新加坡习马会。两岸如何进一步携手共进以确立共同体规则，恐比 1945 年更为复杂，更需要两岸的智慧与竭诚以对。