

第5卷

宪政论丛

CONSTITUTIONALISM

REVIEW VOL. 5

◆ 张庆福 / 主编 刘向文 / 副主编

◆ 莫纪宏 苗连营 / 执行主编

本卷要目

宪法学基本理论

【马岭】

解读宪法原则与宪法规则

【吴宏亮】

中国共产党与民主宪政关系论纲

宪法权利研究

【朱国斌 郑磊】

财产权宪法

【汪进元 冯家亮】

权利授予的立宪模式之比较

宪法适用和违宪审查研究

【吕艳滨】

适用违宪若干问题研究

【莫纪宏】

违宪主体论

宪法适用的基本特征

【梁凤荣】

谢觉哉关于边区政府民主选举的理论与实践

【刘山鹰】

论联合政府

立法理论与实践

【苗连营】

宪法学视野中的立法权

选举法理论与实践

【刘向文 李叙明】

中国流动选民选举权保障制度研究

行政法学基本理论

【宋雅芳 胡传东】

行政行为无效研究

【沈开举】

中国大陆行政补偿法治及研究发展

国家赔偿制度

【宋炉安】

作为国家赔偿对象的“合法权益”辨析

【王红建】

试论我国国家赔偿的归责原则

宪政译丛

【季彦敏】

言论自由的价值

国外宪法与行政法研究动态

【刘向文】

谈俄罗斯转型期的联邦总统选举制度

【莫纪宏】

过渡期后的宪政



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第5卷

宪政论丛

CONSTITUTIONALISM
REVIEW VOL. 5

◆ 张庆福 / 主编 刘向文 / 副主编
◆ 莫纪宏 苗连营 / 执行主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

宪政论丛. 第5卷/张庆福主编. —北京:法律出版社, 2006. 5

ISBN 7-5036-6366-9

I. 宪... II. 张... III. 宪法—法的理论—文集 IV. D911.01-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第040274号

© 法律出版社·中国

宪政论丛(第5卷)

张庆福 主编

责任编辑 王旭坤 卞学琪

装帧设计 李 曦

开本 A5

版本 2006年6月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 24.375 字数 639千

印次 2006年6月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6366-9/D·6083

定价:50.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

郑州大学宪法与行政法研究中心

郑州大学宪法与行政法研究中心原为郑州大学独联体东欧研究所，成立于1992年10月，2003年更名为郑州大学宪法与行政法研究中心。本中心现有研究人员22人，其中教授9人，副教授8人，讲师3人，助教2人；在现有研究人员中，有博士生9人，在读博士生4人，硕士生10人。本机构4名成员在全国性学会中担任副会长职务，8名成员在全国性学会中担任理事职务。

刘向文教授系列宁格勒大学法律系国家法专业法学博士，全国人大常委会办公厅研究室特约研究员、中国人民大学宪政和行政法治研究中心客座教授、中国法学会宪法学研究会理事；苗连营教授系中国宪法学研究会理事、中国法理学研究会理事、郑州大学学位委员会委员；沈开举教授系中国行政法学会副会长、北京大学公法研究中心研究员；韩大元教授系中国人民大学法学院副院长、中国宪法学研究会常务副会长；袁曙宏教授系国家行政学院副院长、中国法学会副会长、中国行政法学会研究会副会长；莫纪宏教授系中国宪法学研究会副会长。中心成员近几年在《中国社会科学》、《中国法学》、《法学研究》、《人民日报》、《法制日报》、《宪政论丛》等权威期刊上发表论文近百篇，论文的数量和质量上居于全国同类院校、同类专业的前列。

负责人之一刘向文教授的俄罗斯联邦宪法研究在国内已占领先地位。其专著《苏共丧失执政地位的原因及其教训》（国家社科基金项目成果）、《俄国政府与政治》、《俄罗斯联邦宪政制度》等在国内具有很大影响。2003年10月，刘向文独译出版了我国第一本《俄罗斯联邦行政法典（汇编）》，填补我国在该研究领域的空白。

负责人之二苗连营教授在国内立法学界具有较高的声誉，其《论地方性法规的批准和备案制度》、《论我国立法监督制度中的附带性审查》、《立法过程中的程序自治原则》、《民意代表的言论免责权之研究》、《论立法过程中的程序参与原则》、《浅议立法听证》、《行政立法及其控制》充分展示了在立法领域的实力。

负责人之三沈开举教授主持的国家九五社科基金项目《行政补偿研究》目前已取得阶段性成果，已翻译国外专著《财产征用——赢得正当补偿的实务与策略》一本，即将完稿的《中国行政补偿立法研究》、《行政补偿比较研究》和《中外行政补偿法律汇编》也将陆续出版。这将填补我国法学界在这一领域的空白。另外，沈开举教授的《行政征收研究》，是我国行政法学界在该领域出版的第一本专著，填补了我国行政法学研究的又一项理论空白。

新學
丛術
书

十大中青年法学家进阶文库

法学学术经典译丛

美国法律重述汉译系列

法典译丛

法学家书坊

新青年法学文丛

中国法律哲学临界丛书

西方法学思潮与流派

中国民商法专题研究

中国法典学者建议稿（附理由）系列

东吴法学先贤文丛

and more...



一切为了思想

法律出版社·法学学术出版分社



学苑路 术专政
http://www.ertongbook.com

此为试读, 需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

宪政论丛(第5卷)

主 编 张庆福

副 主 编 刘 向 文

执行主编 莫纪宏 苗连营

《宪政论丛》编辑委员会

顾问:王叔文(中国法学会宪法学研究会前总干事)

托马斯·弗莱纳(Thomas Fleiner,瑞士弗里堡大学教授,国际宪法学协会前主席)

米歇尔·罗森菲尔德(Michael Rosenfeld,美国雅西瓦大学法学院教授,国际宪法学协会前主席)

主编:张庆福(中国法学会宪法学研究会会长)

副主编:刘向文

编辑委员会委员:(按姓氏拼音顺序)

李 忠 刘向文 苗连营

莫纪宏 沈开举 宋雅芳 张庆福

《宪政论丛》(第5卷)编辑委员会

执行主编:莫纪宏 苗连营

前 言

离《宪政论丛》第4卷的出版已经有一年半时间了。本来第5卷要在2005年上半年出版的,只是因为有些人选的文章篇幅太长,加上第4卷出版时还残留了不少好的素材不忍心放弃,所以,第5卷的编辑工作整整拖了一年左右的时间。

说起《宪政论丛》,从1998年初出版第1卷,到现在已有8年的时间了,才出到第5卷,出版的速度平均一年半左右一本,比起法学领域里其他同类书籍来说,确实有点不温不热、慢条斯理。不过,值得欣慰的是,编辑委员会在选稿和用稿的标准上始终没有太大的改变。中心还是放在对宪法学、行政法学中一些带有基础性的问题探讨上,希望本论丛所选择的一些文章以及这些文章中所发现的问题和提出的观点能够长时间地引起学术界的关注,并能够被很好地讨论下去。与同类书籍相比,《宪政论丛》的编辑宗旨比较偏好于有价值的宪政问题,而不是特别热衷于对最新或者是最时髦的宪法思想和观点的介绍。中国目前宪政理论研究的环境和现状都有利于去发现问题、储存问题,并寻找一些可以解决问题的思路 and 办法。

《宪政论丛》第5卷中收录的文章有几篇是值得重点关注的。例如,马岭教授的《解读宪法原则与宪法规则》。“宪法原则”与“宪法规则”是宪法的两个核心概念,也是决定宪法规范存在形式的重要评判标准。长期以来,宪法学虽然发现了从价值上区分这两个概念的意义,但是,对这两个概念之间的实质区分,有学术参考价值的成果还不是非常突出。马岭教授在文章中指出,宪法原则与宪法规则是两个不同的概念,各自具有不同的价值功能,但彼此在价值形

态上又有很大的影响。不仅宪法原则可以派生出具有规则特征的从属性原则,而且宪法规则本身也具有一定的原则性。所以,在制定宪法时,宪法规则要符合宪法原则,不仅要符合宪法基本原则,而且要符合宪法基本原则的从属性原则。宪法规则来源于宪法的从属性原则,而宪法的从属性原则又来源于宪法的基本原则,它们之间应该是依次递进、环环相扣的关系,以形成一套和谐统一的宪法规范。立宪者首先确定宪法基本原则,再根据宪法基本原则确立其从属性原则,最后制定宪法规则。宪法规则与宪法原则应当保持统一性,宪法规则与宪法规则之间若出现矛盾,应根据宪法原则加以裁决;宪法规则与宪法原则之间发生矛盾,应当使宪法规则适应宪法原则,宪法原则与宪法原则之间发生矛盾,应当运用宪法基本原则加以判断和裁决。

从财产权入手来建立新的宪法学体系是近年来我国宪法学界许多学者的学术期盼,而且得到了越来越多的学术响应,已经形成了一定的学术规模,可以说,与规范宪法学、逻辑宪法学、权利宪法学等不同类型的宪法学研究方法一样,财产权宪法学正在受到越来越多的关注,但是,从财产权来突破传统宪法学的研究进路前景究竟如何,这个问题需要做学术上的全面检讨。本卷选入的由朱国斌、郑磊撰写的《财产权宪法》一文从理论综述的视野全面和系统地梳理和考证了近年来我国法理学和宪法学对财产权的理论研究状况,作者在文中得出了令人信服的结论。作者认为,对财产权的理论研究可以看到:(1)我国学者的研究已经相当深入,不仅有深度,还有广度;(2)围绕财产权这一中心主体,宪法学者能够形成不同学派,如宪法经济学、规范宪法学和传统的研究方法,从而提高了宪法的整体水平;(3)从具体成果来看,学者们都提出了财产权是公民的基本权利、财产权是人权的核心内容这种结论,应该说这是理论上的突破;(4)在“财产权是公民的基本权利、财产权是人权的核心内容”这种普遍性结论之上,学者们提出的关于财产权的宪法保障的各种建议都具有建设性,对实践具有理论的指导意义。

在本卷选辑的“宪法适用与违宪审查研究”专题中,共选录了三篇

文章。第一篇是莫纪宏教授的《宪法适用的基本特征》。该文最大的特色是将宪法适用放到了最广义的层次上来探讨,指出了在宪法修改、宪法解释、立法、行政、司法等各个不同的法律活动的层面都存在一个宪法适用的问题,宪法适用直接关系到宪法规范在现实中的法律效力,这一观点对于深化对宪法的法律作用的认识具有非常好的启发作用。第二篇是吕艳滨博士的《适用违宪若干问题研究》,该文通过对日本违宪审查实践的考察,指出了“适用违宪”作为违宪审查的一种重要的审查技术和方法,在建立违宪审查理论上具有非常重要的建构作用,对于深化违宪审查理论具有非常重要的启发和借鉴作用。第三篇是莫纪宏教授的《违宪主体论》,该文最大的贡献是明确地界定了“违宪主体”与“违宪审查的对象”之间的价值内涵,并指出了“违宪主体”作为违宪审查制度中的一项独立的要素制度对于完善违宪审查理论、健全违宪审查机制具有非常重要的建构意义。

关于地方立法不得与宪法、法律和行政法规相抵触,这是我国现行宪法所规定的一项重要的立法原则,但是,在理论和立法上,对不相抵触并没有形成比较有说服力的宪法解释路径。本卷辑录的司久贵先生撰写的《地方立法不抵触原则探析》一文可以说对该问题作了比较好的系统分析,提出了比较可行的分析进路。该文首先对目前在不相抵触原则上形成的学术观点进行了梳理和概括,认为主要包括了四类主张。第一种观点认为:不抵触就是地方性法规不得作出与宪法、法律或者行政法规的基本精神、原则相抵触的规定(间接抵触),不得与宪法、法律或行政法规的具体规定相冲突(直接抵触),不得染指本应由中央专属立法权规定的事项(超越权限),不得上有政策,下有对策,钻法律的空子。第二种观点认为:不抵触就是地方性法规不得与宪法、法律、行政法规的基本精神、原则相违背,不得与宪法、法律、行政法规的具体规定相冲突,也不得超越自己的权限范围。第三种观点认为:不相抵触包括不得与宪法、法律、行政法规的精神、原则相违背,不得与宪法、法律、行政法规的明文规定相抵触这两种情况。第四种观点认为:不相抵触的含义只限于地方性法

规不得与宪法、法律、行政法规的基本精神、原则相抵触一项。作者在文中指出,上述四种观点分别从不同的侧面反映了不抵触原则的内涵,都具有一定的合理性。但有的观点似乎还有进一步商榷的必要,如第四种观点不能回答地方性法规虽与上位法的目的或精神相符,但与其具体规定不一致时,是否构成抵触的问题。这种观点其实暗藏了强烈的地方主义的倾向。由于法律的基本原则和精神本身非常抽象和难以把握,依此观点,地方立法是否与宪法、法律、行政法规相抵触往往难以判断,这就会给地方任意立法留下口实。第三种观点不能解释“超越权限”是否构成抵触的问题。该种观点隐含的逻辑前提是,地方立法当然要在其权限范围内,这是不言自明的道理。从理论上说应当是这样,但在实践中由于各种原因地方立法超越权限的情况并不鲜见。由此观之,可以说这种观点有一定的理想色彩。第二种观点较第三种、第四种观点圆满,其缺憾在于没有涵盖那种表面或形式上合法,但实质上规避、逃遁上位法的行为。相比较起来,第一种观点是比较全面、周延的。作者主张,在不抵触原则的理解和把握上,标准的宽严度是个核心问题。我们要力争找到一个宽严适度的临界点,如同经济学中的临界点能使边界成本最小而效益最大那样。该临界点既可以保持中央统一领导,又可以发挥地方主动性、积极性。当然该临界点不是一成不变的,而是在动态和变化的过程中实现宽严的最优化。

生活在海外的公民的选举权问题一直是我国宪法学理论研究的一个空白点,刘向文、李叙明在《中国流动选民选举权保障制度研究》一文中对海外选民选举权的行使方式进行了开拓性的探讨。作者在文中指出,为了体现我国民主的广泛性和平等性,保护海外华侨的合法权益,建立一个我国同海外华人交流的平台,我国政府就应当充分保障海外选民的选举权。适时地修改选举法,完善海外选民选举权和被选举权的保障条款。根据我国具体情况,在直接选举的地方,各地应当成立一个专门的机构或者由选举委员会负责辖区内海外选民的选举组织工作;在间接选举的地方,应由人大常委会或者其

指定的专门机构负责海外选民的选举活动。要想保证海外选民能够顺利地行使选举权,负责海外选民选举的专门机构应当做好海外选民选举的组织工作。值全国人大及地方各级人大换届选举年,海外选区或者海外选民原户籍所在地或出国前居住地的选区,应当与海外的华人华侨社团或华人华侨的亲属取得联系,在专门机构的统一领导下,做好海外选民的登记工作,尽量避免漏登、误登现象,并做好海外选民的选区划分工作。专门机构应当及时地在媒体和互联网上公布海外选民名单,受理并解决海外选民对选民名单的异议。在选举时,选举组织机构应当及时将选票寄送海外选民。海外选票寄回后,应当做好选票的统计工作。上述建议对于完善我国现行的选举制度,进一步保障选举权平等和普遍原则的实现具有非常重要的学术价值。

行政行为无效是以往行政法学理论研究中缺少系统研究的一个重要理论问题和制度问题,本卷收入了宋雅芳、胡传东撰写的《行政行为无效的研究》一文。该文最大的特点是对行政行为无效的各种情况做了极其详尽的研究,不仅问题涉及面广,而且观点非常深入,基本上涵盖了行政行为无效的所有理论问题,对于弥补行政法学对此问题研究的不足具有非常重要的补缺作用。作者通过对行政行为无效的系统研究,得出了比较令人信服的分析结论。作者指出:行政行为无效制度的建立,有助于打破国家主义的神话,从而在整个社会中形成权力受限的良好氛围。国家主义是指“以国家权力为核心、以‘权力至上’为价值基础的一种普遍存在于社会意识形态领域内的观念体系”,其内在精神集中体现为“六重六轻”,即“重国家、轻社会;重权力、轻权利;重人治、轻法治;重集权、轻分权;重集体、轻个体;重实体、轻程序”。而行政行为无效则表达了这样一种全新的理念:行政权力的具体运作一旦缺乏最基本的实体或形式要件即不具有法律效力,相对人对此拥有抵抗权。易言之,行政行为无效的存在表明了行政权的行使同样要受到限制。很显然,这是对国家主义观的极大挑战。无效制度的生成及其实际运行,能够不断地在整个社

会营造权力受限的良好氛围,有助于培植公民的权利观念和主体意识,重建社会成员对法治的信心,从而为实现行政法治培育充分的土壤。

行政机关解决纠纷行为的性质一直以来在行政法学界存在争议。绝大多数学者认为该行为属于准行政行为,并把它纳入行政法学体系之中,作为行政行为的一种来研究。沈开举教授在《委任司法初探》一文中明确地指出了行政机关解决纠纷行为的性质应当是“委任司法”,这是一种对国家权力分工的新的理论探索。在该文中,作者指出,无论是行政立法还是行政司法,虽然都是由行政机关来行使权力,但并未改变立法权和司法权的性质,所不同的只是这些权力在不同的机关转移而已。正如英美法系学界多把行政立法称为委任立法一样,行政机关的立法权是立法机关委托其行使的,立法权仍然属于立法机关。固然,委任立法理论从表面上看是为了维护三权分立在形式上的完整性,但是它仍然从实质上说明了行政机关行使立法权并未改变立法权的性质,没有把立法权变成行政权。同样的道理,司法权也不应当因为委托给行政机关行使而改变其司法权的性质。

本卷在“宪政译丛”专题辑录了美国学者马丁·H. 雷迪希撰写的《言论自由的价值》。在该文中,针对美国最高法院和学术界对美国宪法修正案第一条所作的包含了多种可以解释的价值的主流观点,作者指出,言论自由的宪法性保障最终只有一个基本价值,即“个人的自我实现”。作者主张,第一修正案仅蕴涵一个最终的价值并不是说言论自由所促进的其他多数价值(如“政治程序”、“检验”以及“思想和观念的市场”等价值)都是无效的。而是说其他那些价值是从属于自我实现价值的次要价值。从某种程度来讲,每一种价值都可以也仅能被解释为诉诸于这个首要价值,即个人的自我实现。所以,“表达自由包含复杂的价值”这种说法并不准确。该文还试图说明这种首要价值——个人的自我实现——是可以被证明的,不是仅诉诸于一些无充分根据的、确断性的道德性价值主张,而是从我们

政府的民主体系中推断而出的。我们所选择的特殊民主模式所固有的道德规范显然指涉更为宽泛的价值。所以,能助长自我实现价值的所有表达形式都理应受到完满的宪法性保护。总之,该文并不接受关于第一条修正案已经形成的如下权威的见解:(1)认为第一修正案是多重价值的,不管它们是高于其他价值还是被认为是相互依赖的同等价值;(2)认为第一修正案是单一价值的,但这种价值不同于个人的自我实现;(3)尽管接受自我实现价值或者接受大致等同于言论自由的单一价值,但并不认为一个或多个从属价值来源于这个价值;(4)认为所有依赖类似于自我实现价值的价值同所有有关言论自由的宪法性平衡程序的形式都是不相容的。该文对于重新认识美国宪法修正案第一条的内涵以及重新评价宪法解释的方法具有非常重要的启示性作用。

总之,本卷收录的绝大多数文章都涉及为传统宪法学、行政法学理论研究所忽视或者是没有加以重点研究的基础性理论问题,相信通过对这些问题的揭示以及对解决这些问题提出若干可以参考的学术方案,可以在很大程度上推动我国宪政理论研究不断向专题化领域深化和发展。

最后,本卷能够付梓,照例要感谢郑州大学宪法与行政法研究中心的同仁们,中心不仅提供了经济支持,而且还承担了大部分稿件的编辑工作,编辑委员会对中心的感谢之情是难以言表的。

张庆福
2005年11月

目 录

1	前言		
	宪法学基本理论		
1	解读宪法原则与宪法规则	马 岭	
72	中国共产党与民主宪政关系论纲	吴宏亮	
96	浅析近代中国宪政建设的社会制约因素	宋四辈	
105	检察机关对行政权开展法律监督的探究	田 凯	
126	不能简单地对待“让代表满意”	韦以明	
	宪法权利研究		
134	财产权宪法		
	——对法理学者和宪法学者关于财产权		
	理论研究的述评	朱国斌	郑 磊
169	略论人权的概念		魏胜强
195	权利授予的立宪模式之比较	汪进元	冯家亮
214	论人民、人民权利的宪政意义	李雪峰	范辉清

宪法适用与违宪审查研究

- | | | |
|-----|-----------------------------|-----|
| 236 | 宪法适用的基本特征 | 莫纪宏 |
| 251 | 适用违宪若干问题研究
——基于日本的违宪审查制度 | 吕艳滨 |
| 264 | 违宪主体论 | 莫纪宏 |

宪法思想与宪法学术史研究

- | | | |
|-----|--|-----|
| 295 | 谢觉哉关于边区政府民主选举的理论与实践 | 梁凤荣 |
| 306 | 论联合政府
——中国共产党的一次宪政主张
(1944~1945) | 刘山鹰 |

立法理论与实践

- | | | |
|-----|--------------|---------|
| 347 | 宪法学视野中的立法权 | 苗连营 |
| 396 | 地方立法不抵触原则探析 | 司久贵 |
| 418 | 中国地方立法的实践与本质 | 桂宇石 柴 瑶 |

选举法理论与实践

- | | | |
|-----|-----------------|---------|
| 440 | 我国村委会选举制度的进一步完善 | 程咏梅 |
| 466 | 中国流动选民选举权保障制度研究 | 刘向文 李叙明 |

行政法学基本理论

- | | | |
|-----|------------------|---------|
| 500 | 中国大陆行政补偿法治及研究之发展 | 沈开举 王红建 |
| 554 | 行政行为无效的研究 | 宋雅芳 胡传东 |
| 609 | 委任司法初探 | 沈开举 |

国家赔偿制度专题

- 633 作为国家赔偿对象的“合法权益”辨析 宋炉安
643 试论我国国家赔偿的归责原则 王红建

宪政译丛

- 655 言论自由的价值 [美] 马丁·H. 雷迪希著 季彦敏译

国外宪法与行政法研究动态

- 711 谈俄罗斯转型期的联邦总统选举制度 刘向文
731 谈俄罗斯转型期的国家杜马选举制度 刘向文
755 过渡期后的宪政 莫纪宏
——国际宪法学协会圆桌会议综述