

厦门大学法学院公法系列

总主编：朱福惠

作为基本权利的地方自治

Local Self-Government as Fundamental Right

王建学 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

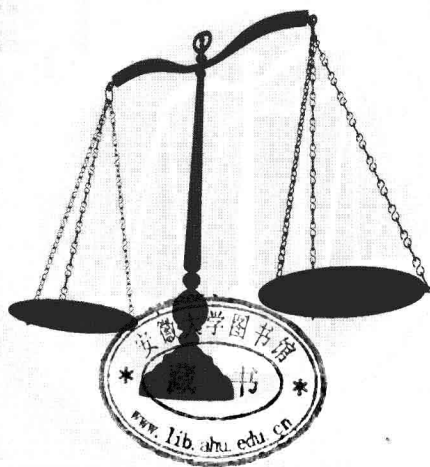
厦门大学法学院公法系列

总主编：朱福惠

作为基本权利的地方自治

Local Self-Government as Fundamental Rights

王建学◎著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

作为基本权利的地方自治/王建学著. —厦门:厦门大学出版社, 2010. 5
(厦门大学法学院公法系列)

ISBN 978-7-5615-3547-9

I. 作… II. 王… III. 地方自治法-研究 IV. D911

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 073877 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup @ public. xm. fj. cn

三明市华光印务有限公司印刷

2010 年 5 月第 1 版 2010 年 5 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:16.75 插页:2

字数:289 千字 印数:1~2000 册

定价:30.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

总主编简介

朱福惠，湖南娄底人，1961年7月生。武汉大学法学博士，现为厦门大学法学院教授，宪法与行政法专业硕士生、博士生导师，兼任厦门大学社科处处长、中国法学会宪法学研究会副会长、中国比较法学会理事。主要学术成果有：《宪法与制度创新》（法律出版社2000年版），《宪法至上——法治之本》（法律出版社2000年版），《宪法学专论》与刘连泰、周刚志合著，科学出版社2007年版），《宪法学原理》主编，中信出版社2005年版）。

作者简介

王建学，1978年生于河北平泉，自1998年起在厦门大学法学院求学十年，期间曾留学于法国艾克斯马赛大学宪法司法研究所，2008年获得法学博士学位。2008年9月至今为中国人民大学法学院讲师、博士后研究人员。近期主要关注地方自治法、基本权利法、公法人的基本理论、宪法裁判与解释和法国宪法改革等问题。

总序

将法区分为公法与私法被认为是大陆法系国家的传统,是区别于普通法系的主要标志之一。学术界对法是否应当被区分为公法与私法存在争议,虽然有法学者认为公、私法的区分是没有必要的,但多数学者对公、私法的区分持肯定态度,如日本学者美浓部达吉曾极力主张公、私法区分,他认为:“现代的国法,是以区别其全部为公法或私法为当然前提的,对于国家的一切制定法规,若不究明该规定属于公法或私法,而即若明瞭其所生的效果和内容,盖不可能。”将法区分为公法与私法的必要性及区分的标准已经得到国际著名法学家的论证,无需赘述。事实上,从实在法的角度来观察,公法与私法的区分是可行的;从法治与宪政建设的角度来观察,区分公法与私法具有积极作用。

宪法与行政法被认为是狭义上的公法,以调整公权力与公民之间的关系并规范、约束政府权力为基本目标,充分体现公法原则在建构宪政体制方面的必要性。改革开放以来,随着法治建设的深入,我国的宪法与行政法得到前所未有的发展。宪法的四次修改,有力地推动了我国宪政与人权保障事业发展;《行政处罚法》、《国家赔偿法》、《行政复议法》、《行政许可法》等法律的制定与实施,在依法行政、建设法治政府的过程中也起到了至关重要的作用。可以说,我国社会的进步在很大程度上也是公法发展的结果。

与公法的发展相适应,公法研究也成为显学。越来越多的学者致力于从事宪法与行政法的研究,围绕我国法治与宪政建设的基本理论与实践问题进行了长期而深入的探讨,产生了大量的学术成果,受到理论界和政府部门的高度重视。这些研究成果或者在宪法学与行政法学基础理论方面有新的突破,或者在我国立法、行政和

司法实务方面提出了建设性的建议和方案,具有重要的学术价值和应用价值。

厦门大学出版社近年来致力于法学研究成果的出版,尤其对宪法与行政法领域的研究成果表现出浓厚的兴趣,希望国际、国内的宪法与行政法学者慷慨赐稿,他们将以严谨求实的态度做好编辑工作,期望此举能够为宪法与行政法学研究尽其微薄之力。

厦门大学法学院的宪法与行政法学研究起步较晚,迫切需要国内外同行的关心与支持。这套丛书既有宪法与行政法学界一流学者的著作,更多的则是中青年学者的著述,期待这些著作的出版能够促进我国宪法学与行政法学的进一步繁荣,加强宪法学与行政法学同行的交流和学术争鸣,促进厦门大学宪法学与行政法学的研究的发展。

朱福惠

2010年5月12日

韩 序

王建学自2008年从厦门大学博士毕业之后进入中国人民大学法学院博士后流动站从事研究工作。前些日子,欣闻他的博士论文经过修订准备在“厦门大学公法系列文库”出版,希望由我作序,作为他的博士后合作导师,我非常高兴把他的第一本学术著作推荐给学界。

相比于我国近代丰富的地方自治学说,也相对于国外发达的地方自治法理论,我国目前宪法学界对地方自治制度的系统化的研究仍然较为匮乏。因此,晚近几年以来,中国宪法学研究会会有意识地强化这方面的投入,在一些全国性的宪法学术会议中,将地方制度、国家结构形式或中央与地方关系的问题作为研讨主题。同时,关于地方制度的著作在近几年逐步丰实起来,一些学者也借鉴我国近代的宪法学说和外国宪法学说,明确提出了“地方自治”的学术主张,但其研究思路、框架与方法论等方面仍存在着继续探讨的空间。

比如,在当前的国内外宪法学说中,地方自治制度通常被定位为国家统治制度的一个环节,与基本权利并无直接关联,学者们对地方制度的研究也多从国家统治制度的角度出发,对基本权利与地方自治关系问题缺乏必要的关注。基于目前的学术研究状况,作者没有按照传统思路,而是从基本权利的角度切入地方自治,拓展研究领域,提出学术界值得进一步探讨的新课题。

自20世纪中期以来,以德国基本法为代表的宪法体制,逐渐扩大了宪法的基本权利主体,由传统的自然人扩展到法人,由私法人有条件地扩大到公法人,公法人是否具有基本权利能力,能否成为基本权利的主体,在过去几十年以来一直是个争论不休的话题,至今仍未形成共识。从地方自治法的最新发展趋势看,公法人的基

本权利能力问题就集中表现为地方自治团体能否就其自治活动主张宪法基本权利的保障。作者结合法国、德国和日本等的地方自治法学说和基本权利理论,分析地方自治基本权利的问题,其选题具有重要的理论意义。

在论证结构上,作者将地方自治基本权利分为概念论、主体论、内容论、保障论和国际论,最后专门对我国现行宪法文本进行规范分析,其论证的逻辑顺序也较为合理。各章节的核心问题依次是:从团体自治的角度和客观的基本权利论确定地方自治的基本权利属性;从权利能力的一般理论分析地方自治团体的基本权利能力;从具体内容上界定地方自治团体的基本权利范围;从国内法与国际法的实体与程序保障巩固地方自治的基本权利属性。最后,作者从我国宪法文本中解读出普遍意义的自治原理,并深入探讨将地方自治作为基本权利的可能性。全书紧紧围绕地方自治基本权利的问题展开,其中不乏新意。

对于我国而言,地方制度的发展必须以宪法文本为依归,因此,明确宪法地方制度条款的规范目的与规范含义,是我国地方制度改进与完善的基本出发点。当然,我们有必要充分比较和借鉴其他国家的地方制度理论与实践。在本书中,作者对地方自治基本权利问题的论述,主要集中于比较外国法制。在最后一章,作者专注于分析我国宪法的地方制度条款,力求挖掘其背后的社会、历史与传统的价值。此外,在地方自治权内容论部分也兼比较了我国的法律制度,虽然专门论述我国问题的篇幅并不长,但却透着探索我国地方制度法治化之出路的良苦用心。在研究方法上,作者倡导综合化的研究思路,将地方自治的基本原理、我国宪法的地方制度条款和基本权利条款,以及我国的制度实践结合起来,这对于完善我国的地方制度具有一定的理论与实践价值。

当然,本书中提出的一些观点也存在值得进一步思考和讨论的空间。比如,从国外的基本权利理论来看,学说上通常对地方自治团体的基本权利能力持较为谨慎的态度,尽管存在过概括地认可其基本权利能力的理论,但远未形成通说。因此,各种学说通常在持肯定论的基础上对地方自治团体的基本权利能力施加较多的限制。

作者对此问题的分析框架与一些判断似乎超前,缺乏系统的、对现实可行性的论证。有些理论命题还需要更系统地梳理学术文献,寻求学理基础。如作者将“团体”和“独立性”两项作为充分必要条件,并且提出以这两项限制为前提,公法人之间的争议属“权利”争议,唯有公法人内部各机关之间的争议才属于“权限”争议,这些看法还有必要结合比较法展开更为充分的论证。另外,地方自治问题的研究涉及社会学、政治学等不同学科,如何把握学科之间的界限,保持方法论上的专业特色是需要进一步思考的问题。

最后,作为建学博士的合作导师,我希望他继续发扬刻苦踏实的学风,努力钻研,在学术研究的道路上取得新的成绩。

是为序。

韩大元

2010年2月27日

任 序

地方制度是一国宪法体系的重要组成部分,但在我国宪法学研究中,地方制度仍然是较为薄弱的领域之一。这一方面可能由于,人们对地方制度的重要性认识不足,尽管地方制度与整个国家制度的联系十分密切,地方制度也与个人权利息息相关,但地方制度并没有引起广泛的关注。另一方面,地方制度涉及的范围广阔、内容琐细。一个国家总是包含层级和种类不同的地方,而这些不同的地方往往相互或与国家之间形成各种关联,而且研究地方制度还需要比较其他国家的体制。因此可以说,地方制度是宪法学研究中较困难的领域之一。

地方制度一直是我的学术兴趣所在,但主要侧重于国家制度的层面,我希望这一领域能够吸引到更多的青年才俊,从不同的角度加以研究。建学博士是我国宪法学界的后起之秀,他向来学风踏实努力,待人谦虚诚恳,特别是近几年他对地方制度的研究成果,已引起宪法学界的关注。我在写作《中欧地方制度比较研究》和《比较地方政府与制度》时,还就一些学术问题与他探讨。

通读这本书,我觉得至少在如下三个方面值得肯定。

第一,新颖的选题思路。纵观各类宪法学著作,大凡论及地方自治的内容,多安排在国家制度的最后一章,行政法则通常将其作为行政组织法的一部分,而作者则将地方自治与基本权利结合起来,从基本权利的角度论述地方自治问题。通常而言,人们往往从“团体自治”与“居民自治”两方面来界定地方自治的本旨,团体自治强调地方自治团体的自主权限与责任,因此带有免于国家干涉的自由权色彩,但是否能够据此将地方自治深入到宪法基本权利的层次,地方自治团体能否成为基本权利的主体,传统理论则关注不够。

作者沿着这一思路,从各个方面深入讨论,其选题前沿新颖,结论亦不乏重要的理论价值。

第二,严谨的逻辑结构。在本书中,作者紧密围绕地方自治作为基本权利的问题,从地方自治和基本权利的概念(概念论)、地方自治团体的基本权利能力(主体论)、地方自治权的可能范围和形态(内容论)、地方自治权的实体与程序保障(保障论)等各方面展开论述,在以比较法为基础形成地方自治作为基本权利的结论后,再反观我国现行宪法的文本与实践。纵观全书,地方自治作为基本权利的问题非常清晰地展现在眼前,对此,读者们自然也会有自己的评判。

第三,开阔的研究视角。地方虽为“局部”,但地方制度的研究应当放在不同国家制度和权利体系中,才能更好地把握地方制度的全貌和各自的特点。作者在研究地方自治作为基本权利问题的过程中,一方面较为充分地借鉴了丰富的比较法素材,作者曾有留学法国的经历,法国地方自治的有关制度与判例在本书中得到了体现,还将德国、日本等国的有关的宪法规范和重要判例也都收录其中,这为地方自治作为基本权利的结论提供了有力论据;另一方面,作者也从地方自治基本权利的角度重新阐释我国宪法文本,并透过宪法文本分析我国中央与地方关系现状的成因。

值此建学博士论文出版之际,我乐于向学界推荐他的这部学术专著,也盼望法学界有更多的学者关注地方制度的研究。

任 进

2010年3月6日

目 录

总序

韩序

任序

第一章 引言	(1)
一、研究背景	(1)
二、学术史回顾	(5)
三、研究方法	(8)
四、研究对象和基本内容	(9)
第二章 地方自治权概念论	(11)
第一节 自治的概念	(11)
一、自治的双重含义	(11)
二、自治与辅助性原则	(15)
三、自治观念的崛起与普及	(20)
第二节 地方自治的概念	(22)
一、地方自治的概念	(22)
二、地方自治、地方分权与权力下放	(28)
三、地方自治与民族自决	(30)
第三节 基本权利与地方自治	(34)
一、从主观主义到客观主义的基本权利观	(34)
二、认识我国宪法中的基本权利	(38)
三、作为基本权利的地方自治	(41)

第三章 地方自治权主体论	(46)
第一节 人格、权利能力与权利	(46)
一、人格与权利能力的源起：以公法和团体为中心	(46)
二、现代法律体系中的权利能力	(50)
第二节 私法人的权利能力	(54)
一、私法人在私法上的权利能力	(55)
二、私法人的基本权利能力	(56)
第三节 地方公共团体的基本权利能力	(63)
一、否认公法人基本权利能力的理论	(63)
二、承认公法人基本权利能力的理论	(67)
三、地方公共团体基本权利能力的条件	(71)
第四节 地方公共团体的演变	(74)
一、从行政区域到地方公共团体	(74)
二、地方公共团体的普遍概念	(79)
第四章 地方自治权内容论	(85)
第一节 传统的地方自治权形态	(85)
一、自治立法权	(85)
二、自治组织权	(90)
三、自治行政权	(92)
四、自治财政权	(94)
五、住民自治权	(98)
六、地方自治是否包含司法权能？	(100)
第二节 新近的地方自治权形态	(101)
一、名称权	(101)
二、关于徽标、印章和旗帜的权利	(104)
三、合并、合作与结社权	(106)
四、国政参与权	(110)
五、试验权	(113)
六、诉讼权	(119)
七、平等权	(120)

第三节 地方自治权的体系与类型化·····	(121)
一、重新认识地方自治权的性质·····	(121)
二、地方自治权的体系·····	(123)
三、地方自治权的类型化·····	(125)
第五章 地方自治权保障论 ·····	(131)
第一节 地方自治权的实体保障·····	(131)
一、地方自治权的核心领域·····	(131)
二、地方自治权的法律保留原则·····	(134)
三、核心领域与法律保留的分工与协同·····	(136)
四、实体保障的最新发展:从制度保障到宪法保留的固有权·····	(137)
第二节 地方自治权的行政救济与普通司法保障·····	(138)
一、地方自治权的行政救济·····	(138)
二、地方自治权的行政司法保障·····	(141)
三、其他诉讼类型的可能性·····	(144)
第三节 地方自治权的宪法司法保障·····	(144)
一、宪法司法等于基本权利本身·····	(144)
二、通过宪法司法程序保障地方自治权·····	(150)
三、宪法法官在地方自治权裁判中的作用·····	(158)
第六章 全球视野中的地方自治权 ·····	(163)
第一节 《欧洲地方自治宪章》及其保障机制·····	(163)
一、《欧洲地方自治宪章》概况·····	(163)
二、《欧洲地方自治宪章》的实体保障·····	(166)
三、《欧洲地方自治宪章》的程序保障·····	(169)
四、《欧洲地方自治宪章》以外的发展:一个简要的介绍·····	(173)
第二节 地方公共团体的跨国交往能力·····	(173)
一、地方公共团体的跨国交往·····	(173)
二、地方自治国际组织·····	(176)
三、地方自治活动与联合国·····	(179)

第三节 地方公共团体在国际法上的地位	(181)
一、国际法主体：一个开放性的概念	(181)
二、地方公共团体在国际法上的地位	(184)
第七章 我国宪法中的地方自治权	(189)
第一节 现行宪法的地方自治观	(189)
一、现行宪法承认地方自治吗？	(189)
二、现行宪法承认地方自治权利吗？	(195)
第二节 现行宪法的地方团体观	(199)
一、行政区域概念辨	(199)
二、模糊的地方观念	(201)
三、缺失的团体观念	(207)
四、小结	(210)
第三节 以权利化的地方自治实现央地关系的法治化	(212)
一、根本意义上的中央与地方关系法治化	(212)
二、塑造地方公共团体	(218)
三、建立有效的宪法司法程序	(224)
附录一 地方自治是一项基本权利吗？	(228)
附录二 宪法地方自治权条款统计表	(240)
附录三 《欧洲地方自治宪章》	(245)
附录四 案例表	(251)
后记	(253)

第一章 引言

自治和地方自治思想源远流长,古今中外很多受人敬仰的思想家都曾论及自治的原理。在宪法学和政治学的学术史中,有关地方自治的著作多到完全可以毫不夸张地用“汗牛充栋”来形容,仅仅在我国清末民初的地方自治思潮中,就曾经出现过至少上千部各种形式的地方自治著述,它们清晰地阐释过地方自治的基本原理与制度。笔者无意去整理先贤们的地方自治思想,更不打算在这些智识性成果的基础上提出任何新的理论。事实上,观诸于当代各国地方制度的实践,人类正处在一个地方自治原理普及和深化的时代,地方自治的精神正在贯彻于具体的制度实践。因此,地方自治作为政治的终极法则,并不需要新的理论阐发,关键的问题是通过何种技术、规则或制度使它得到更好的实践。

本书试图以公法基础理论、比较公法和基本权利法为视角,来回答这样的问题:地方公共团体的自治活动能否构成宪法上的基本权利,以及如果答案是肯定的,为什么要给地方自治穿上宪法基本权利的外衣,自治权利的内容和范围是什么,它与其他类型的基本权利相比具有哪些特殊的性质,由谁借助什么样的程序来对它进行保护,它是否可能进入国际人权法的调整领域,并且地方公共团体可能在国际法中具有怎样的地位。此外,与以上一系列问题相关联的一个问题,即论证地方自治的基本权利性质,对认识、分析和反思我国现行宪法的地方制度条款和构建适当的中央与地方关系到底有何帮助?

一、研究背景

从比较公法学的角度来看,地方制度规范是实定宪法规范体系的重要组成部分,自从成文宪法出现以来,没有规定地方制度的宪法在世界上是较为少见的,尤其是新近制定的宪法,无一不以专章对此加以规定。两位荷兰学者在20世纪70年代的统计表明,在世界上142部成文宪法典中,有103部都规定

了某种形式的地方制度。^①但是,在宪政史早期制定的那些宪法,从未以明确的地方自治原理来指导它们所设计的地方制度。英国没有统一的宪法典,地方制度法规主要出现在若干部“地方政府法”(local government act)中,而早期的地方政府法向来强调中央政府的控制,从未采纳过地方自治的概念。直到20世纪80年代,史密斯(B. C. Smith)教授还批评说:“在世界各主要工业国家中,联合王国是中央集权程度最高的。”^②美国由各州宪法规定地方政府制度,但早期州宪往往将地方政府视为州议会立法的创造物,地方政府的法律地位长期受“狄龙原则”(Dillon's Rule)的支配,即,“每个地方政府都是州的创造物。州可以创立地方政府,也可以终止地方政府的存在权。”^③在法国,自1791年、1793年直至1946年各部宪法^④一般都或多或少地规定地方制度,但地方多被看做是中央政府实现统治的附属物,无独立性可言,更遑论地方自治了,现行1958年宪法虽然规定了地方自治制度,但对自治施加了“依法律”的限制,地方自治在20世纪80年代以前由于法律空白而基本上形同虚置。

相比之下,1947年意大利宪法则进步得多,它在“基本原则”章的第5条确认了地方自治和地方分权的原则,该条规定:“统一而不可分割的共和国,承认并鼓励地方自治;在国家各项公职方面实行最广泛的行政上的地方分权;并使其立法原则与立法方法适应地方自治与地方分权的要求。”德国1949年波恩基本法在第28条规定了乡镇的自治权应予保障,这成为各邦宪法规定乡镇自治以及其他类型的地方自治的根据。^⑤同样,日本1946年宪法在第八章以“地方自治”为标题专门规定了地方自治制度,因此,日本宪法学说普遍认为,

① [荷兰]亨利·范·马尔赛文、格尔·范·德·唐:《成文宪法——通过计算机进行的比较研究》,陈云生译,北京大学出版社2007年版,第81页。

② B. C. Smith, *Decentralization: The Territorial Dimension of State*, London: George Allen & Unwin, 1985, p. 4.

③ Steffen W. Schmidt, Mack C. Shelley & Barbara A. Bardes, *American Government and Politics Today*, Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1999, p. 619.

④ 确切地说,法国1946年宪法包含类似于1958年宪法的地方自治条款,只是该条款从未被实施过。

⑤ 这一结论是从规范效力等级的角度而言的,事实上,某些邦宪法关于地方自治权的规定构成了联邦宪法的乡镇自治权条款的历史渊源,例如,《巴伐利亚邦宪法》第11条有如下规定,“在根本上,乡镇是公法上的领土团体。它们有权利在法律范围内决定和执行自身事务,尤其是选举乡镇长和代表机关。”该法同时将乡镇联合体作为自治主体。