

LunTan

论坛

宪法与行政法

XianFa Yu XingZhengFa
LunTan

主编 文正邦

公法基本理论研究
宪法及宪政理论研究
行政执法责任制及依法行政研究
国家公务员法制研究
行政诉讼制度研究
行政法研究新视角
行政法治前沿问题研究

中国检察出版社

宪法与行政法论坛

第一辑

主 编 文正邦

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

宪法与行政法论坛. 第一辑/文正邦主编. —北京: 中国
检察出版社, 2004.8

ISBN 7-80185-276-1

I. 宪… II. 文… III. ①宪法—研究②行政法—研究

IV. ①D911.04②D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 075025 号

宪法与行政法论坛 第一辑

主编 文正邦

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68636518(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 787mm×960mm 16 开

印 张: 21.375 印张

字 数: 378 千字

版 次: 2004 年 8 月第一版 2004 年 8 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-276-1/D·1257

定 价: 35.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

宪法与行政法论坛

主 编：文正邦

副主编：郑传坤

编委会成员：

文正邦 郑传坤 王学辉

谭宗泽 唐忠民 杨明成

前 言

历史已经迈入了 21 世纪。中国大地，万象更新，似乎又在酝酿着一轮新的巨变。在中国共产党所高举的依法治国、建设社会主义法治国家旗帜的引导下，民主宪政与依法行政不仅越来越为人们所深切关注，而且也表征着人们对责任政府、诚信政府、法治政府以及法治国家的殷切期待。面对这样一种难得的社会环境，不少有识之士已敏锐地意识到，为解决改革开放二十多年来中国社会及经济超速变化发展所积淀起来的许多深层次的重大问题，就必须严格依法治官、治权、治政，以严明吏治，厉行宪政。所以有学者不无根据地认为，21 世纪的中国法制格局，将会呈现宪法及行政法蓬勃发展的局面。

西南政法大学作为一所以法律学科为重点大学，在其发展中同许多兄弟院校一样，虽经受了若干曲折坎坷，然而在全体师生和校友的努力及国家的支持下已柳暗花明、峰回路转、走出低谷，正迎来新的振兴大势。我校宪法及行政法学也面临着新的发展机遇和挑战。

为了展现我校宪法与行政法学科的学术特色和风格，我们在继续不断推出其他学术成果并开通了《宪行天下》网站的同时，又筹办了《宪法与行政法论坛》学术专辑，以系统收集我校宪法及行政法学科教师、研究生的前沿性、创新性学术论文，编辑出版。此第一辑开辟了“公法基本理论研究”、“宪法及宪政理论研究”、“行政执法责任制及依法行政研究”、“国家公务员法制研究”、“行政诉讼制度研究”、“行政法研究新视角”、“行政法前沿问题

研究”等专栏以后还将增设新的专栏，并准备适当选用校外学者宪法与行政法方面的力作，同时，还考虑收集一些同宪法学及行政法学相关学科进行交叉研究的成果，以丰富和拓展本论坛。

我本人作为法理学战线的一名老兵以及宪法与行政法学战线的一名新兵，亦想通过把法理学、法哲学原理应用于宪法与行政法学研究当中，以弥补其抽象思维和演绎推理之不足，使自己的法理学、法哲学知识和研究落到实处；同时也想勉力为提升宪法与行政法学的理论层次作些尝试性努力和探索。因此，限于其能力和水平，肯定（包括我们所编辑的本论坛的一些内容）有不成熟、不完善甚至谬误之处，诚请学界批评指正，以收共同扶持我校宪法与行政法学科之功。

在此，我要对郑传坤教授等我校宪法与行政法学科各位研究生导师表示感谢，他们对我校行政法学院的开办与运作以及本《论坛》的筹办和论文的编审付出了许多辛劳；我还要感谢所有为我校宪法与行政法学发展做出贡献和努力的老教授、师生和校友；并要感谢给我们以大力支持的中国检察出版社的朋友。只有靠大家的协同努力，我校宪法与行政法学科才能走向辉煌；我也坚信，只要有大家的协同努力，我校宪法与行政法学科一定能够走向辉煌！

文正邦

2004年6月

目 录

前言

公法基本理论研究

职责本位论

- 公法学的理论基点和核心 文正邦 3
- 一、公民权利与国家权力的关系——职责本位论的理论基石 3
- 二、公民权利本位——职责本位论的逻辑起点 6
- 三、从职权与职责的内在联系及价值重心的转换来看职责本位论 9
- 四、职责本位论的深刻涵义和重要意义 16

宪法及宪政理论研究

宪法是总章程吗

- 关于宪法定位问题的反思 唐忠民 27
- 一、制宪者有没有能力制定一个既需要长期稳定而调整的社会关系的范围又几乎无所不包的总章程 29
- 二、制宪者是否有权力制定这样一部包罗万象并长期不变的国家总章程 31
- 三、前苏联为什么要把宪法定位于国家的总章程 31
- 四、以前苏联为代表的总章程模式的宪法存在的内在缺陷 34

宪政解析 陆幸福 38

- 一、独立而具有权利意识的公民主体——宪政的主体要件 39
- 二、多元与自治——宪政的社会结构 41
- 三、妥协——宪政的运作机制 44

四、宽容精神——宪政的内在精神	47
五、确定化的政治行为方式——宪政的表现模式	48
六、自由——宪政的目的	50
论宪法的政治功能	
——基于欧盟制宪的视角	刘 革 53
一、欧盟制宪的动因	54
二、欧盟宪法的政治功能	56
三、欧洲宪法民主合法性功能的实践	58
四、欧洲宪法结构权力划分功能的实践	62
五、决策机制规划对欧盟发展的影响	65
六、结论	66
论违宪审查及建立我国违宪审查制度的构想	高应可 68
一、违宪审查制度概况	68
二、我国的违宪审查制度	75
三、我国违宪审查制度的构想	79
廓清通向宪政之路	
——对选举权限制的理性思考	王 志 87
一、选举权的显性限制	87
二、选举权的“软条款”——选举权的隐性限制	89
改革和完善我国司法制度的比较法学思考	
——从国外司法独立看我国司法制度改革	唐 芬 94
一、司法独立之理论基础及其宪政意义	94
二、他山之石——各国司法独立之比较	96
三、攻我之玉——改革和完善我国司法制度	98
行政执法责任制及依法行政研究	
行政执法责任制与建设法治政府	郑传坤 青维富 105

一、行政执法责任制：迈向法治政府的一条黄金通道·····	105
二、行政职责本位论：构建行政执法责任制的理论基础·····	107
三、行政执法责任制的内涵：起源、概念与性质·····	120
四、行政执法责任制的反思与前瞻：完善与发展的对策·····	128

依法行政的历史考察

——兼谈依法行政阶段论·····	王学辉 郑 琦 141
一、对西方国家依法行政的历史考察·····	142
二、中国依法行政的历史考察·····	172
三、西方国家依法行政的共同演变趋势以及对我国依法行政的 启示 ·····	175

国家公务员法制研究

国家公务员保障制度研究·····	谭宗泽 183
一、国家公务员保障制度的概念·····	184
二、公务员权利及其保障·····	186
三、公务员义务的正确履行·····	195
四、公务员行政法律责任及其确认·····	197
构建我国公务员惩戒法制的有关问题探讨·····	陆伟明 199
一、树立正确的公务员惩戒的目的·····	199
二、公务员惩戒制度应当遵循和建立的基本原则与制度·····	201
三、法律应明确规定公务员惩戒制度的调整对象·····	207
四、法律应明确公务员惩戒的种类及其设定权·····	209
五、行政惩戒的程序·····	211

行政诉讼制度研究

法律真实与行政诉讼的证明标准·····	赵闻生 217
一、行政诉讼应以法律真实作为证明标准·····	218

二、行政诉讼的证明标准应体现多元性的特征和趋势·····	222
三、“禁止滥用职权”标准在行政诉讼上的体现·····	224
建立我国行政公益诉讼制度的构想····· 代 刃	226
一、行政公益诉讼的涵义与特点·····	226
二、行政公益诉讼的制度价值·····	228
三、建立我国行政公益诉讼制度的构想·····	229
行政附带民事诉讼相关问题探讨····· 余晓梅	235
一、行政附带民事诉讼制度有待澄清的几个问题·····	235
二、有待解决的问题之一：行政附带民事诉讼的案件类型及范围 界定·····	237
三、有待解决的问题之二：行政附带民事诉讼中两种不同性质的 诉讼之间程序上的协调·····	242
海峡两岸行政诉讼法律制度比较研究····· 袁 源	245
一、两岸行政诉讼法律制度沿革及概况·····	245
二、大陆和台湾地区行政审判机构之比较·····	246
三、大陆和台湾地区行政诉讼前置程序之比较·····	247
四、大陆和台湾地区行政诉讼受案范围的差异·····	248
五、两岸行政诉讼案件管辖之比较·····	250
六、两岸行政诉讼证据制度之比较·····	250
七、两岸行政案件审理程序之比较·····	252
高校教育纠纷与解决机制创新探究	
——兼论教育仲裁机制的引入····· 阮李全 王 志 余晓梅	254
一、高校教育纠纷性质的理性分析·····	254
二、我国高校教育纠纷解决路径的现状分析·····	258
三、教育解决机制的创新：教育仲裁机制的引入·····	259

行政法研究新视角

行政法学范式转换与行政行为概念的重构·····	马明珠	265
一、行政行为概念的历史沿革·····		265
二、行政法学范式转换与行政行为概念重构的原因分析·····		266
三、行政行为概念的重构·····		270
论不确定法律概念与行政裁量·····	郑 琦	273
一、行政上的法律适用·····		273
二、行政裁量·····		274
三、不确定法律概念·····		278
网络环境中的行政法律问题研究·····	曾海若	284
一、网络对传统行政立法的冲击与挑战·····		284
二、网络对行政法律中“三要素”的影响·····		285
三、政府网络监管制度的建立·····		289

行政法治前沿问题研究

构建法治政府：行政程序立法的根本价值追求

——兼论起草《重庆市行政程序条例（草案）》的若干问题

·····	江必新 郑传坤 王学辉	293
一、关于重庆市行政程序条例的基本定位和内容结构问题·····		296
二、关于制定行政程序条例的指导思想和基本原则问题·····		296
三、关于行政程序参与人问题·····		297
四、关于行政程序的一般规则问题·····		298
五、关于行政权力行使的具体规则问题·····		300
六、关于法律责任问题·····		301
附：《重庆市行政程序条例（草案）》·····		302

公法基本理论研究

GONGFA JIBEN LI LUN YAN JIU

职责本位论

——公法学的理论基点和核心

文正邦

为探索行政法的理论基础问题，笔者曾提出并初步论述了（行政）职责本位论是行政法的理论基点或核心的问题，^① 这可视为笔者研究职责本位论的一个切入点或突破口，或者说是笔者所主张的职责本位论的第一层次理论构想和意义；然而，职责本位论不仅是行政法学的理论基点或核心，它的更深刻涵义和理论意义还在于它乃是整个公法学的理论基点和核心，这才是笔者主张职责本位论的根本用意。为此现特做进一步的论述，供学界批评与指正。

一、公民权利与国家权力的关系——职责本位论的理论基石

权利和权力，是法哲学的一对基本范畴，是认识和理解纷繁复杂的国家和法律现象所必须依缘的两大“网上纽带”，是当我们把国家和法律作为有机联系的整体来进行研究时所不可回避的两大要素；也就是说，权利和权力的关系，确切而言即公民权利与国家权力的关系，乃是公法领域的最基本的关系，或者说，是公法特别是宪法（以及行政法）的基本矛盾关系，是宪法学（以及行政法学）的永恒主题，二者及其相互关系隐含着把握国家和法律现象要义之“纲”之“魂”的丰富内涵和深刻意义（而且权力的总体是主权，权利的最普遍形态是人权，这些都关系到宪法和宪政的要旨）。它们贯穿于公法制度和公法理论的全过程和各个方面，二者既对立又统一、既冲突又相互依存、渗透和转化，它们的矛盾运动和发展演化规律，构成了公法发展的动力以及公法学研究的核心和基本问题。因为公法直接关涉到政府与人民、国家与社会的关系，以及国家机构内部和相互之间的权利配置和权力与责任的关系，公民权利与国家权力的关系就是其中的总纲和主要线索，也是公法法律关系的根本内容。

^① 参见文正邦：“职责本位论初探——行政法理论基础试析”，载《法商研究》2001年第3期。

公法，作为与私法相对应的法学概念自罗马法肇端以来，^① 随着近代资本主义及其代议制民主、三权分立、宪政、法治等原则和制度的兴起和确立，宪法、行政法等新兴的法律学科的产生和形成，特别是现代社会随着国家权力及其结构体系和运作机制的极大发展和扩充，规范和控制公共权力越来越显得重要和突出，再加之由于大陆法系国家自身政治结构的内在需要之得以强化，公法作为一种独立的法律系列或系统的重要意义、地位、作用和功能已经更加充分显现而确不可予以漠视。虽然关于公法的确切内涵和外延各国法学家们一直没有形成比较统一的认识和理解，但是一般都是把宪法和行政法作为典型的公法来进行研究，除此之外当然还应包括刑法、诉讼法、国际公法等这些公法部门，以及我们所称的经济法、社会保障法、劳动法、环境法等这些具有公法属性的法律部门。因此，关于所有这些公法部门以及具有公法属性的法律部门的共同本质及规律性的研究和揭示就是公法学的重要任务和使命。而共同本质和规律最集中地就体现在宪法和行政法这类典型的公法领域，因为宪法和行政法的基本功能就是规范和控制国家权力，保障和维护公民权利。

以往，社会主义国家由于强调经济基础的公有制性质以及法律的统治阶级意志之本质属性，所以不承认公法与私法之分。随着我国发展市场经济和民主政治，要求政治国家和市民社会的二元分立，于是从开始注意私法（民商法）领域的意思自治、契约自由等原则进而有学者提出应开展私法文化的研究，^② 这就必然逻辑地得出也存在公法领域的当然结论。特别是随着上世纪末和进入本世纪依法治国和依法行政治国方略和施政原则的提出和逐步深入推行，以及市场经济和社会矛盾运行越来越显示出治官、治权、治政的特殊重要性，而且依宪治国和实行宪政也日益显示出深刻内涵和重要意义。在这种情势下，认真地开展对公法的研究已是一项不可回避的学界重任。因而陆续出现了公法研究的学术期刊以及介绍国外公法研究的著述和译著，并有学者建议应建立一门统一的公法学学科。^③ 看来，中国公法研究的热潮和大势已是看得见桅杆顶的一艘航船。

为此我认为，要建立科学的公法学学科固然有很多重要问题和方面，但最

^① 公法与私法的划分最早由古罗马法学家乌尔比安提出来，但罗马法学家们把全部精力都集中在私法学上，所以在罗马法中公法并没有实在意义，无怪乎有人认为“罗马法学实质上就是罗马私法学”。

^② 参见付子堂：“市场经济与私法文化”，载《法学》1993年第8期。

^③ 参见袁曙宏：“论建立统一的公法”，载于“中国法学网”2003年11月18日。

关键的是要解决两大问题：一是深入认识和理解公法的基本矛盾；二是深入揭示和阐明公法学的理论基点和核心。而这两点又是紧密联系、层层递进的。

公民权利与国家权力的关系作为公法的基本矛盾及公法学的基本问题，从法哲学的层面来思考包括以下两层深刻涵义：

（一）公民权利与国家权力何者为第一性

即就国家权力的实质和根源而言，它本质上属于人民的权力（人民主权）并来自人民的权力（在我国就是人民代表大会所代表的人民的权力）即“中华人民共和国的一切权力属于人民”，“人民是一切权力的惟一源泉”和“原始权威”；^①具体而言是由公民行使公民权利（通过选举出人民代表组成人民代表大会并履行其职能）转化和集中化而来的，通过各级人民代表大会组织和产生各级各类国家机关并依法赋予其权力，从而使人民的权力上升为国家权力。所以国家权力不过是公民权利的集中化、强烈化、权威化以及公共化而已，而它产生和运行的最终目的也就是为了保障和实现公民权利和人民利益，增进公众福利。社会契约论者也认为是国家权力是由公民让渡其权利而获得的。

（二）国家权力能否以及怎样才能有效地保障和实现公民权利和人民利益

即国家权力应受制约性及公民权利须有保障性的问题。那就要坚持一系列的宪政原则和法治原则，如人民主权原则、人权原则、权力制衡原则以及依法行政、罪刑法定、司法独立、正当法律程序原则等，由人民（通过其代表机关或代议机关）赋予其他国家机关（如我国的“一府两院”）以各种权力且监督其行使，并使之规范化、制度化、法律化，即实行法治和宪政。从而使国家权力既能有效地行使和顺利运行，又不致滥用、越权、失职，以切实保障和实现公民权利和人民利益。

为此，就必须从以下两方面的问题来努力寻求公民权利与国家权力之间的协调和平衡：

1. 国家权力（包括立法权、行政权、司法权等）的合理配置与合法运行，即国家机关及其相互之间的权力结构及其运行机制的优化问题，亦即其权力与权限的有机组合和辩证统一，具体体现为其职权与职责的协调统一，从而使各级各类国家权力既能充分行使，又能使其得到有效监督和制约，防止权力的滥用和腐败。必须着重指出，由于权力往往具有侵犯性，权利最容易受到权力的侵害，失控的权力又最难以抵挡和防范，因此在公共权力领域，应坚持“法未授权皆禁止”的原则，并树立“法外无权”、“越权无效”、“政府权力有限

^① 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，商务印书馆1982年版，第257页。

(制)”等观念，以使其受到严密的法律规制，最大限度地保障公民权利。

2. 公民（以及法人、其他社会组织）的权利优化配置与有效保障问题。包括权利的享有必须广泛、切实而充分，权利和义务应该协调一致，权利受到损害必须得到补偿和救济等。因此如何加强关于公民权利的立法、执法、司法以及护法，并为创设权利实现的重要条件和权利救济的有效途径而进行制度构建和制度创新，是宪法学以及整个法学研究非常重要的任务之一。应该强调指出，由于公民权利不仅对于国家权力而言具有本源性和目的性意义，而且公民权利本身也具有广泛性、可推定性和不可穷尽性，因此在公民权利的领域，应坚持“法不禁止皆自由”的原则，并强化公民的权利意识、参与意识和护权观念，从而充分调动和发挥公民、法人及其他社会组织为争取、维护和实现自身合法权益的主动性、积极性和创造性。

当然，寻求公民权利与国家权力之间的协调和平衡的着眼点和落脚点仍然在于维护、保障和实现公民权利。也就是说，公民权利与国家权力这一公法基本矛盾的双方，其法理地位和价值并非是平列的，其中公民权利作为公法基本矛盾的主要矛盾方面，具有本源性和本体性的意义。因此，公民权利与国家权力的关系问题实际上构成了公法学的本体论，它深刻地揭示了公法的法哲学基础和依据。这就必然引出下面的重要问题。

二、公民权利本位——职责本位论的逻辑起点

（一）公民权利体现着公法的价值和内容的核心

公民权利不仅是国家权力产生及存在的基础和先决条件，而且它作为公法基本矛盾的主要矛盾方面，乃体现着公法的价值和内容的核心。由于公民享有的权利就是国家对公民承担的义务和应尽的责任，那么保障和维护公民权利就意味着必须限制和规范国家权力。因此公民权利制约国家权力不仅是权力制约的一种最有效的方式和途径，而且可以说是公法法律关系特别是宪法法律关系的基本精神之所在。这主要表现为：（1）国家权力来源于人民主权和公民权利；（2）国家权力的配置和行使既要受到体现人民意志的宪法和法律的制约，又要受到一系列民主制度和宪政制度的制约，还要受到广大公众的更广泛的社会制约；（3）国家权力运行的目的也在于维护和保障公民权利和人民利益；（4）国家机关及其工作人员的行为如果侵犯了公民的权利就要依法承担相应的法律责任包括国家赔偿责任。因为固然就宪法对国家权力的制约而言，既包括通过规范国家制度、国家机构及其相互间权力的合理配置、行使、运行来以法制（约）权（力）并以权力制约权力；又包括通过对公民及社会组织的权利的