

中国法制出版社

XIAN FA YU XING ZHENG FA LUN WEN XUAN CUI

宪法与行政法论文选萃

法学论文选萃

宪法与行政法 论文选萃

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

宪法与行政法论文选萃/中国法制出版社编. —北京:
中国法制出版社, 2004. 12

ISBN 7 - 80182 - 402 - 4

I. 宪… II. 中… III. 宪法 - 行政法 - 中国 - 文集
IV. 923.14 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 108094 号

宪法与行政法论文选萃

XIANFAYU XINGZHENGFA LUNWEN XUANCUI

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/20.375 字数/575 千

版次/2004 年 12 月第 1 版

2004 年 12 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80182 - 402 - 4/D·1368

定价: 35.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66070041

市场营销部电话: 66012216

编辑部电话: 66032924

读者俱乐部电话: 66026596

邮购部电话: 66033288

编辑说明

1. 随着我国法学研究和法学教育的蓬勃发展,为满足法律人士、政法院校师生研习法学所需,我社选编了《法学论文选萃》丛书。本丛书从洋洋数万篇论文中取其精华,分门别类,编辑成册。

2. 所收论文概以作品本身的学术影响作为唯一入选标准,其内容或对法学争论有独到见解,或对法律新问题有创见,或对现行法律有精辟剖析,或介绍外国立法例和学理,而不论作者的年龄、地域、职业和身份。

3. 为努力避免由于编者的立场或利害关系所致消极影响,选编工作均由中国法制出版社专业编辑担纲,经征求多方意见并反复斟酌完成。

4. 各选辑论文的编排,力图按其探讨主题,依照各部门法的法条或教科书的章节顺序分列,不考虑论文发表的时间,概不涉及作者的辈名。

5. 各篇论文均在其题目之下对作者的简历和主要学术成果略作介绍,并在文末注明论文出处,供读者进一步查考。

6. 除作者已故或极少数作者难以取得联系之外,论文均已获得作者授权。本社将严格按照有关规定支付稿酬。

7. 因所收论文原载期刊对论文注释要求不一,为尊重作者文风、保持文章原貌,本丛书对论文注释不做统一规范要求。

8. 丛书分《法理学论文选萃》、《宪法与行政法论文选萃》、《民法总则论文选萃》、《物权法论文选萃》、《债法论文选萃》、《侵权行为法论文选萃》、《商法论文选萃》、《民事程序法论文选萃》、《经济法论文选萃》、《刑法论文选萃》、《刑事诉讼法论文选萃》和《证据法论文选萃》，计 12 种。

9. 丛书或因资料搜集不全，或因编者学识经验不足，疏漏之处在所难免，敬请作者和读者见谅。

中国法制出版社

2004 年 12 月

目 录

自由的法律与政制	〔法〕孟德斯鸠 (1)
法院权力的宪法基础	〔英〕威廉·韦德 (14)
宪法基本原则	龚祥瑞 (38)
权利相对论	
——权利和 (或) 义务价值模式的历史建构及	
现代选择	陈云生 (82)
论宪法规范与社会现实的冲突	韩大元 (143)
宪法至上：中国法治之路的灵魂	周叶中 (165)
民权词义考论	王人博 (186)
论宪法学新体系的范畴架构	童之伟 (217)
行政法体系的构成	〔美〕伯纳德·施瓦茨 (252)
平衡论：对现代行政法的一种本质思考	
——再谈现代行政法的理论基础	罗豪才 (260)
公众参与与行政法治	姜明安 (273)
论建立统一的公法学	袁曙宏 (296)
论维护行政法制统一与行政诉讼制度创新	方世荣 (330)
从身份到契约	
——中国社会结构变迁的分析	张树义 (350)
服务与合作	
——行政机关与公众关系的新精神	叶必丰 (360)
比较行政法学若干问题探讨	关保英 (399)

因开放、反思而合法

——探索中国公法变迁的规范性基础…………… 沈 岿 (427)

行政公开情报自由法…………… 王名扬 (449)

行政程序法律制度与行政程序法试拟稿评介…………… 应松年 (459)

我国行政法上的强制执行：行为、定性及立法归属

——兼论《行政强制法》或《行政程序法》与

《行政诉讼法》对现行行政强制执行行为在

调整范围上的划分…………… 胡建森 (485)

制度变迁中的国家赔偿…………… 马怀德 (504)

我国行政主体理论之检讨

——兼论全面研究行政组织法的必要性…………… 薛刚凌 (544)

行政裁量的运作及其监督…………… 杨建顺 (561)

政府采购基本法律问题研究…………… 湛中乐 (588)

WTO 与司法审查…………… 甘 文 (627)

自由的法律与政制

〔法〕孟德斯鸠

张雁深 译

作者简介

孟德斯鸠 (1689 年 ~ 1775 年)，生于法国波尔多市。19 岁时获法学学士学位。1714 年开始担任波尔多法院顾问。1716 年，继承波尔多法院院长职务，并获男爵封号。孟德斯鸠对法学、史学、哲学和自然科学都有很深的造诣，曾经撰写过许多有关论文。他最重要的贡献是对资产阶级的国家和法的学说作出了卓越贡献，他在洛克分权思想的基础上明确提出了“三权分立”学说；孟德斯鸠提倡资产阶级的自由和平等，但同时又强调自由的实现要受法律的制约。

主要著作：《论法的精神》、《罗马盛衰原因论》、《波斯人札记》等。

目 次

一、本章大旨

二、自由一词的各种涵义

三、什么是自由

四、续 前

五、各种国家的目的

六、英格兰政制

一、本章大旨

我把同政制相关联的政治自由的法律和同公民相关联的政治自由的法律区别开来。前者是本章的论题，后者将在下章加以讨论。

二、自由一词的各种涵义

没有一个词比自由有更多的含义，并在人们意识中留下更多不同的印象了。有些人认为，能够轻易地废黜他们会赋与专制权力的人，就是自由；另一些人认为，选举他们应该服从的人的权利就是自由；另外一些人，把自由当作是携带武器和实施暴力的权利；还有些人把自由当作是受一个本民族的人统治的特权，或是按照自己的法律受统治的特权^①。某一民族在很长时期内把留长胡子的习惯当作自由^②。又有一些人把自由这个名词和某一种政体联系在一起，而排除其他政体。欣赏共和政体的人说共和政体有自由。喜欢君主政体的人说君主政体有自由^③。结局每个人把符合自己习惯或爱好的政体叫做自由。在一个共和国内，人们诉苦时，经常看不见也不十分注意那些痛苦的制造者，而且在那里法律的声音似乎十分响亮，执行法律的人却很少有什么声音，因此，人们通常认为共和国有自由，而君主国无自由。还有

① 西塞罗说：“我效法了斯开沃拉的法令；这种法令允许希腊人依照他们自己的法律解决他们之间的争端；这使他们把自己看作是自由的人民。”

② 俄罗斯人对沙皇彼得让他们剪掉长胡子，感到不能容忍。

③ 卡帕多细亚人拒绝了罗马人提出的共和政体。

一点：在民主政治的国家里，人民仿佛是愿意做什么几乎就可以做什么，因此，人们便认为这类政体有自由，而把人民的权力同人民的自由混淆了起来。

三、什么是自由

在民主国家里，人民仿佛愿意做什么就做什么，这是真的；然而，政治自由并不是愿意做什么就做什么。在一个国家里，也就是说，在一个有法律的社会里，自由仅仅是：一个人能够做他应该做的事情，而不被强迫去做他不应该做的事情。

我们应该记住什么是“独立”，什么是“自由”。自由是做法律所许可的一切事情的权利；如果一个公民能够做法律所禁止的事情，他就不再有自由了，因为其他的人也同样会有这个权利。

四、续 前

民主政治和贵族政治的国家，在性质上，并不是自由的国家。政治自由只在宽和的政府里存在。不过它并不是经常存在于政治宽和的国家里；它只在那样的国家的权力不被滥用的时候才存在。但是一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。说也奇怪，就是品德本身也是需要界限的！

从事物的性质来说，要防止滥用权力，就必须以权力约束权力。我们可以有一种政制，不强迫任何人去作法律所不强制他做的事，也不禁止任何人去作法律所许可的事。

五、各种国家的目的

虽然一般地说，一切国家都有一个相同的目的，就是自保，但是每一个国家又各有其独特的目的。扩张是罗马的目的；战争是拉栖代孟的目的；宗教是犹太法律的目的；贸易是马赛的目的；太平是中国

法律的目的^①；航海是罗德人的法律的目的；天然的自由，是野蛮人施政的目的；君主的欢乐，一般说来，是专制国家的目的；君主和国家的光荣，是君主国家的目的；每个个人的独立性是波兰法律的目的，而其结果则是对一切人的压迫^②。

世界上还有一个国家，它的政制的直接目的就是政治自由。我们要考察一下这种自由所赖以建立基础的原则。如果这些原则是好的话，则从那里反映出来的自由将是非常完善的。

在政制中发现政治自由，并非十分困难的事。如果我们能够看见自由之所在，我们就已经发现它了，何必再寻找呢？

六、英格兰政制

每一个国家有三种权力：（一）立法权力；（二）有关国际法事项的行政权力；（三）有关民政法规事项的行政权力。

依据第一种权力，国王或执政官制定临时的或永久的法律，并修正或废止已制定的法律。依据第二种权力，他们媾和或宣战，派遣或接受使节，维护公共安全，防御侵略。依据第三种权力，他们惩罚犯罪或裁决私人讼争。我们将称后者为司法权力，而第二种权力则简称为国家的行政权力。

一个公民的政治自由是一种心境的平安状态。这种心境的平安是从人人都认为他本身是安全的这个看法产生的。要享有这种自由^③，就必须建立一种政府，在它的统治下一个公民不惧怕另一个公民。

当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机关之手，自由便不复存在了；因为人们将要害怕这个国王或议会制定暴虐的法律，并暴虐地执行这些法律。

如果司法权不同立法权和行政权分立，自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一，则将对公民的生命和自由施行专断的权力，

① 这是一个没有外来敌人或自信边界已阻住了敌人的国家自然地具有的目的。

② 即由“我否决自由”所产生的弊害。

③ 在英国要是一个人的敌人就像他的头发那么多的话，也不会发生什么事故；这就是不得了的事，因为精神健康与身体健康是同样必要的（《英格兰札记》）。

因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一，法官便将握有压迫者的力量。

如果同一个人或是由重要人物、贵族或平民组成的同一个机关行使这三种权力，即制定法律权、执行公共决议权和裁判私人犯罪或争讼权，则一切便都完了。

欧洲大多数王国是政体宽和的，因为享有前两种权力的国王把第三种权力留给他的臣民去行使。在土耳其，这三种权力集中于苏丹一人身上，所以可怖的暴政统治着一切。

在意大利各共和国，三种权力合并在一起，所以自由反比我们的君主国还少。因此，为自保起见，这些国家的政府也需要采用象土耳其政府所采用的那种残暴的手段，国家检察官^①以及密告者随时可以投进密告书的狮子口，这二者的设置就是证明。

试看这些共和国的公民是处在何等境遇中！同一个机关，既是法律执行者，又享有立法者的全部权力。它可以用它的“一般的意志”去蹂躏全国；因为它还有司法权，它又可以用它的“个别的意志”去毁灭每一个公民。

在那里，一切权力合而为一，虽然没有专制君主的外观，但人们却时时感到君主专制的存在。

因此，企图实行专制的君主总是首先独揽各种职权；欧洲就有一些国王独揽国家的一切要职。

我肯定地认为，意大利各共和国的纯粹世袭的贵族政治，并不完全与亚洲的专制主义相同。在这些共和国中，官吏数目众多，有时候就使政治宽和些；所有的贵族也不老是同意相同的计划；而且在那里，因设有各种机关，宽严可以相济。因此，在威尼斯立法权属于大议会*，行政权属于常务会，司法权属于四十人会。但是，缺点在于：这些不同机关都是由同一阶层的官吏组成的，这几乎就形成一个同一的权力。

司法权不应给与永久性的元老院，而应由选自人民阶层中的人员，

^① 在威尼斯。

* 甲本作“议会”。

在每年一定的时间内，依照法律规定的方式来行使^②；由他们组成一个法院，它的存续期间要看需要而定。

这样，人人畏惧的司法权，既不为某一特定阶级或某一特定职业所专有，就仿佛看不见、不存在了。法官不经常出现在人们的眼前；人们所畏惧的是官职，而不是官吏了。

即使在控告重罪的场合，也应允许罪犯依据法律选择法官；或者至少允许他要求许多法官回避，结果所剩余的审案的法官就像都是由他选择的了。

其他的两种权力则可以赋予一些官吏或永久性的团体，因为这两者的行使都不以任何私人为对象；一种权力不过是国家的一般意志，另一种权力不过是这种意志的执行而已。

但是，法院虽不应固定，然而判例则应该固定，以便做到裁判只能是法律条文的准确解释。如果裁判只是法官的私人意见的话，则人民生活在社会中将不能确切地知道他所承担的义务。

法官还应与被告人处于同等的地位，或是说，法官应该是被告人的同辈，这样，被告人才不觉得他是落到倾向于用暴戾手段对待他的人们的手里。

如果立法机关让行政机关有权利把能够为自己的善良行为提出保证的公民投进监狱的话，自由就不再存在了；但是，如果他们犯了法律所规定的重罪，需要立刻加以逮捕追究刑事责任时，则不在此限。在这种场合，他们只是受法律力量的支配，所以仍旧是真正自由的。

但是，如果立法机关认为由于某种危害国家的阴谋或通敌情事，国家已处于危险境地的时候，它可以在短促的、一定的期间内，授权行政机关，逮捕有犯罪嫌疑的公民；这些人暂时失去了自由，正是为了保持他们的自由于永远。

这是补救拉栖代孟民选长官的虐政和同样专制的威尼斯国家审理官的缺陷的唯一的合理方策。

在一个自由的国家里，每个人都被认为具有自由的精神，都应该由自己来统治自己，所以立法权应该由人民集体享有。然而这在大国

^② 例如在雅典。

是不可能的，在小国也有许多不便，因此人民必须通过他们的代表来做一切他们自己所不能做的事情。

人们对自己的城市的需要比对其他城市的需要，了解得更是清楚；对邻居的才能比对其他同胞的才能，判断起来要正确得多。所以，立法机关的成员不应广泛地从全国人中选举；而应在每一个主要地域由居民选举代表一人。

代表的最大好处，在于他们有能力讨论事情。人民是完全不适宜于讨论事情的。这是民主政治重大困难之一。

已接受选民一般指示的代表不必在每一件事情上再接受特别的指示，像在德意志议会中所实行的那样。事事请示选民，固然会使代表们的发言更能表达国家的声音；但是，这将产生无限的拖延，并使每一个代表都成为其他代表的主人，而且在最紧急的时机，全国的力量可能为一人的任性所阻遏。

悉尼先生说得好，议员们如果是代表人民的一个团体——如在荷兰——的话，他们应对选民负责；如果是代表市邑——如在英国——的话，则是另一回事。

各地区的公民在选举代表时都应该有投票权。但那些社会地位过于卑微，以致被认为没有自己意志的人则除外。

古代的大多数共和国有一个重大的弊病，就是人民有权利通过积极性的、在某种程度上需要予以执行的决议。这是人民完全不能胜任的事情。他们参与政府应当只是选举代表而已，这是十分适合他们的能力的。因为，准确了解别人有多少才能的人虽然为数不多，但是每一个人都能够在大体上知道他所选举的人是否比其他大多数人更为通达事理。

代表机关不是为了通过积极性的决议而选出的，因为这是它所做不好的事；代表机关是为着制定法律或监督它所制定的法律的执行而选出的。这是它能够做得很好的事，而且只有它能够做得好。

在一个国家里，总是有一些人以出身、财富或荣誉著称；不过，如果他们和平民混杂在一起，并且和其他的人一样只有一个投票权，公共的自由将成为对他们的奴役，而且他们不会有保卫这种自由的任何兴趣，因为大多数的决议将会是和他们作对的。所以，他们参与立

法的程度应该和他们在国家中所享有的其他利益成正比例。如果他们组成一个团体，有权制止平民的侵犯，正如平民有权制止他们的侵犯一样，这点将能够实现。

因此，贵族团体和由选举产生的代表平民的团体应同时拥有立法权。二者有各自的议会、各自的考虑，也各有自己的见解和利益。

在上述三权中，司法权在某种意义上可以说是不存在的。所余的只有二权了；这二权需要一种权力加以调节，使它们趋于宽和，而立法团体由贵族组成的部分是极适合于产生这种效果的。

贵族的团体应该是世袭的。首先因为它在性质上就是如此。其次，是因为它有强烈的愿望要保持它的特权。这些特权本身就是人们所憎恶的，如果在一个自由国家里，一定会时常处于危险之中。

不过，一种世袭的权力很容易被用来追求私利而忘记平民的利益，所以在人们最想贬损这一权力的事项上，例如关于征收银钱的法案之类，这个世袭权力在立法上应该只有反对权，而不应该有创制权。

我所谓创制权，是指自己制定法令或修改别人所制定的法令的权利。我所谓反对权，是指取消别人所作决议的权利；这是罗马护民官的权力。虽然有否决权的人也就可能有批准权，但是，这种批准只是他不行使否决权的一种表示而已，是从否决权引申出来的。

行政权应该掌握在国王手中，因为政府的这一部门几乎时时需要急速的行动，所以由一个人管理比由几个人管理好些；反之，属于立法权力的事项由许多人处理则比由一个人处理要好些。

如果没有国王，而把行政权赋予一些由立法机关产生的人的话，自由便不再存在了；因为这两种权力便将合而为一，这些相同的人有时候同时掌握这两种权力，而且无论何时都能够同时掌握它们。

如果立法机关长期不集会，自由便不再存在。因为下列二事之一必将发生。一个是，不再有立法机关的决议，以致国家陷于无政府状态；另一个是，这些决议将由行政机关来做，而行政权将要变成专制的。

立法机关时时集会也不必要。这不但对代表不便，而且将过度地占据行政者的时间与精神；行政者将不关心行政而只考虑如何防护它的特权和它所具有的行政权利。

此外，如果立法机关不断地集会的话，那么我们只能用新议员去补死去的议员的缺而已；在这种情形下，如果立法机关一旦腐化，那就不可救药了。倘若立法机关可以改选，则对本届立法机关有意见的人便可有理由寄希望于下一届。反之，倘若同一个立法机关永存不变，则人民一旦看见它腐化了，便不再寄任何希望于它所制定的法律；人民或者将愤怒起来，或者是对它漠然不顾了。

立法机关不应自己召集开会。因为一个团体只有在开了会之后才能被认为具有意志；而且，如果它不是全体都参加会议的话，便有参加会议的一部分和未参加会议的一部分，就说不清哪一部分真正是立法机关了。又如果立法机关有自己闭会的权利的话，它就可能永不闭会。在它想侵犯行政权的时候，这是一件危险的事，此外，立法机关集会的时间，有适宜的，也有不适宜的，所以，行政权应根据它所了解的情况规定会议的召集时间和期限。

如果行政权没有制止立法机关越权行为的权利，立法机关将要变成专制；因为它会把它所能想象到的一切权力都授予自己，而把其余二权毁灭。

但是，立法权不应该对等地有钳制行政权的权利。因为行政权在本质上是有限范围的，所以用不着再对它加上什么限制；而且，行政权的行使总是* 以需要迅速处理的事情为对象。罗马护民官拥有不当的权力，他们不但可以钳制立法而且可以牵制行政，结果造成极大的弊害。

不过，虽然在一个自由国家中，立法权不应有钳制行政权的权利，但是它却有权利并应该有权利审查它所制定的法律的实施情况；英格兰政府比克里特和拉栖代孟优越的地方，就在于此。克里特的国家评议员和拉栖代孟的民选长官关于他们的施政情况都不必提出报告。

然而，不论是什么样的审查，立法机关不应有权审讯行政者本身，并因而审讯他的行为。他本身应该是神圣不可侵犯的，因为行政者之不可侵犯，对国家防止立法机关趋于专制来说是很必要的，行政者一旦被控告或审讯，自由就完了。

* 甲乙本都为“几乎总是”。

果真这样的话，国家就不是一个君主国，而是一种没有自由的共和国了。但是执政者如果没有坏的辅弼人员的话，他的施政是不会腐败下去的。这种坏的辅弼人员身为臣宰，而憎恨法律，虽然他们作为“人”来说，是受法律保护的。这种坏的臣宰应该受到追究与惩罚。英格兰政府优于尼得的政府的地方就在于此。尼得的法律不许传审民政官^①，——即使在他们卸任以后^②也是如此，人民所受的冤屈永远得不到伸平。

虽然一般说来司法权不应该同立法权的任何部分结合，但有三种例外，这是根据受害人的私人利益的。

显贵的人容易遭人忌妒；他们如果由平民来审判，就要陷于危险的境地而不能享有一个自由国家最渺小的公民所享有的受同等人裁判的特权。因此，贵族不应该被传唤到国家的普通法院，而应该被传唤到立法机关由贵族组成的那部分去受审。

有时会发生一种情形，就是法律既是明智的又是盲目的，因而在某些场合变得过严。但是我们已经说过，国家的法官不过是法律的代言人，不过是一些呆板的人物，既不能缓和法律的威力，也不能缓和法律的严峻。所以，我们刚刚提到的立法机关的由贵族组成的部分即贵族院，在审判贵族的场合是一个必要的法庭，而在缓和法律威力的场合也是个必要的法庭，即它有最高的权力，为着法律的利益，判处较轻的刑罚，从而缓和法律的严峻。

有时会发生另一种情形，就是某个公民在公务上侵犯了人民的权利，而犯了普通法官所不能或不愿惩罚的罪行。但是，一般说来，立法权不能审判案件，尤其在这种特殊的案件里，它所代表的人民就是利害关系的一造，更不能审判了。因此，它只能做原告。但它向谁提出控告呢？它是否要屈尊地向法院提出控告呢？——法院是比它低的机关，而且和它同样是由人民所组成，将要为这样一个有势力的原告的权威所左右。不，它不向法院提出控告，为了保持人民的尊严和被告个人的安全，立法机关代表平民的部分即众议院应向同机关代表贵

① 这是人民每年选出的民政官，见伊田·德·拜占庭的著作。

② 在罗马，官吏任期届满后，是可以被控告的，见狄欧尼西乌斯·哈利卡尔拿苏斯《罗马古代史》第9卷中的护民官格奴梯乌斯案。