

主编 / 文正邦

副主编 / 郑传坤

宪法与行政法

论坛

第三辑

XIANFA YU XINGZHENGFA
LUNTAN

公法基本理论研究 / 宪法与宪政理论研究 / 宪法前沿问题研究
行政法治理理论研究 / 行政法前沿问题研究 / 调查报告

法律以权利为本位，以保障和促进公民个人权利为己任。但在现实生活中，由于权力的支配性、扩张性以及其所具有的规模效应，权力往往是公民个人权利的最大侵害者。因此，法律的基本作用之一乃是约束和限制权力，而不论这种权力是私人权力还是政府权力。控制权力是手段，保护权利才是目的，这就是法律之本性所在。

主 编 / 文正邦

副主编 / 郑传坤

宪法与 行政法

论坛

第三辑

XIANFA YU XINGZHENGFA
LUNTAN

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3辑/文正邦主编. —北京: 中国
检察出版社, 2007. 10

ISBN 978 - 7 - 80185 - 820 - 7

I. 宪… II. 文… III. ①宪法 - 研究 ②行政法 - 研究
IV. D911. 04 D912. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 152829 号

宪法与行政法论坛 (第三辑)

主编 文正邦 副主编 郑传坤 汪太贤

出版人: 袁其国

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: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68650027(编辑) 68650015(发行) 68650029(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: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 24. 25 印张 插页 4

字 数: 420 千字

版 次: 2007 年 10 月第一版 2007 年 10 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 820 - 7/D · 1796

定 价: 42. 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》编委会

主 编 文正邦

副 主 编 郑传坤 汪太贤

成 员 文正邦 郑传坤 汪太贤

王学辉 唐忠民 谭宗泽

杨明成 刘 艺 吴晓秋

蒋后强

学术秘书 温泽彬

前 言

时光荏苒，日月如梭。转眼之间，《宪法与行政法论坛》第三辑与大家如期见面了。作为西南政法大学宪法与行政法学科的学术交流平台，本“论坛”秉承学术自由之宗旨，努力开创学术新风，热忱培育学术新秀，为繁荣发展我国宪政与行政法治学术理论而不懈追求。在已出版的《宪法与行政法论坛》第一、第二辑中，作者们围绕“公法基本理论研究”、“宪法与宪政理论研究”、“行政法治理论研究”以及若干宪法及行政法学科前沿问题进行了学术探讨和理论建构，引起了学界及政法实践部门的关注。现经由“中国学术期刊（光盘版）电子杂志社”的邀请，本“论坛”作为连续性论文集已收录到“CNKI”全文数据库中，并入编《中国优秀法律学术论文全文数据库》。显然，这都是全体论文作者努力和广大学界朋友支持的结果。

已经过去的2006年，是西南政法大学宪法与行政法学科发展迈出重要步伐的一年：首先是宪法与行政法博士点正式开始招收博士研究生，其次是宪法与行政法学科被升格为省部级重点学科，从而为宪法与行政法学科的发展提供了更有利的条件和更广阔的天地；2007年，正值西南政法大学迎接教育部本科教学工作水平评估，在面临学校“评建争优”的形势下，继续办好《宪法与行政法论坛》，不断提高其学术质量，扩大学术影响，以繁

荣学术氛围，朝着建设国内一流的宪法与行政法学科目标奋进，是我们不可懈怠的责任所在。

为此，我们在《宪法与行政法论坛》第三辑中，既登载了一些知名学者和骨干教师的力作，又收录了不少博士和硕士研究生的探索之作，同时在继续推出已有栏目的基础上，还开辟了“调查报告”和“本科生论坛”，以加强实证性研究和努力扶持年轻学人。由于学术问题系自由探讨、见仁见智，加之我们的工作难免疏漏，使得本辑在内容和形式上都难以尽如人意，亦真诚地希望能得到学界同人的批评指教。

荀子曰：“故跬步而不休，跛鳖千里；累土而不辍，丘山崇成。”编著者知道，理想虽是崇高的，道路却是艰辛的，故“道虽迩，不行不至；事虽小，不为不成”。正所谓虽路漫漫其修远兮，但凡事总得一步一个脚印地向前走。愿《宪法与行政法论坛》在大家的热情支持和大力帮助下，努力踏实地不断向新的学术境地迈进。

来函请发至以下电子信箱：wzb4308@163.com

文正邦

2007年6月于重庆歌乐山麓

目 录

前言	1
----	---

公法基本理论研究

关于法律平等的三种形态	刘泽刚	3
一、法律面前人人平等		4
二、平等的法律		6
三、通过法律寻求平等——法治的敌人		10
韦伯论权力		
——社会科学对权力概念的重构	周尚君	14
一、社会行动类型中的权力		15
二、支配与权力：权力概念的初步界定		17
三、方法论问题与社会科学的根本困境：权力的隐退		19
四、结语：“祛魅”还是“返魅”		21
试论公法的社会公共性基础	刘文会	25
一、传统中国是一个公法相对发达的社会吗		26
二、公共性与私人性的辩证：公法的社会公共性基础		29
三、当代中国公法学的任务与未来		32
现代法治语境下法官功能的扩张	庄晓华	34
一、现代法治语境解析——兼谈法官对现代法治理论的贡献		34
二、法官的传统社会功能——法律功能		37
三、现代法治语境下法官功能的扩张——政治功能		41

宪法与宪政理论研究

在现实与理想之间：康有为的地方自治情结	汪太贤	47
一、民生关怀与地方自治		48
二、救亡之术与地方自治		53
三、“立公民”与自治制		60
四、地方自治的正当性与可行性		63
五、地方自治的设计与举措		67
六、大同世界中自治构想		72
试论英宪普通法传统与自由精神的生成	文波	78
一、普通法传统与古代宪法观		79
二、普通法体系的宪政因素		81
三、英国宪政的自由主义精神		83
宪政的基础性假设		
——以自然状态假设理论为线索	周力	88
一、引论		88
二、自然状态理论中的猜想与反驳		90
三、结语		96
宪法权利认知的基础探析		
——以逻辑学为观察视角	孟祥煜	98
一、宪法权利的逻辑认知		99
二、学者们关于宪法权利的逻辑分类		102
三、基础性权利和具体性权利的二元划分		105
公民受教育权体系论探略	张震	109
一、公民受教育权研究的新视角：体系论		109
二、公民受教育权的实现形态之体系		110
三、公民受教育权的权际关系之体系		112
四、公民受教育权的法律保护之体系		114
宪法实质权利简析	任杰	119
一、宪法实质性权利概述		119

二、区分实质性权利的意义·····	120
三、宪法实质性权利存在分析·····	121
四、宪法实质性权利运行分析·····	124

宪法前沿问题研究

加强应急法制与构建和谐社会

——在公共危机管理中有效保护公民权利·····	莫于川 129
一、有效的危机管理与应急法制是和谐社会的保健因素·····	131
二、我国应急法制的现状以及国外应急法制·····	140
三、我国应急法制建设中的若干理论和实践问题·····	143

理论与实践：公益征收应如何进行

——评国务院《城市房屋拆迁管理条例》·····	温泽彬 148
一、引言·····	148
二、公益征收中“公益”的界定·····	148
三、《拆迁条例》中的公益界定及其反思·····	151
四、《拆迁条例》的其他问题·····	154

违宪审查理论与实践的碰撞与对接

——兼论构筑中国违宪审查实践的制度通道·····	阮李全 158
一、宪政与违宪审查·····	159
二、违宪审查基础的思考·····	161
三、构筑我国违宪审查实践的制度通道·····	163

从泰国政变看东亚宪政价值缺陷

——兼论对中国宪政道路的启示·····	冯 婕 169
一、泰国政变以及东亚国家军人干政现象综述·····	169
二、东亚国家宪政实践比较分析·····	171
三、政变频发原因分析——东亚宪政价值缺陷·····	171

物权立法中的宪法问题探究·····

胡晓磊 179	
一、对巩教授公开信中关于《草案》主要论点的回顾·····	180
二、物权立法的宪法之民主价值·····	182
三、物权法与宪法关系的再思考·····	184

宗教信仰自由的法学思考与探索	陈立洋	188
一、前言		188
二、宗教信仰自由作为基本权利		189
三、宗教信仰自由的法律保障		191
四、问题及反思		193

行政法治理论研究

相对集中行政许可权制度构建研究	郑传坤 易学志 刘建	201
一、问题的提出与研究的价值		201
二、关于“相对集中行政许可权”的涵义解读		203
三、法治政府论：相对集中行政许可权制度的理论基础		204
四、体制创新：相对集中许可权制度构建的对策思考		210
行政许可法实施中的问题与对策研究	陆伟明	221
一、行政许可法实施中发现的几个典型问题		221
二、问题的主要症结分析		224
三、完善并保障行政许可法实施的一点思考		226
行政法的“知”与“无知”	刘艺	230
一、导言		230
二、行政法学系统间之认知困境		231
三、作为部门法学的行政法学之认知困境		233
四、自创生的中国行政法		235
五、结语		240
论中国乡镇行政执法制度的改革	青维富	242
一、中国乡镇行政执法制度的现状及问题		243
二、中国乡镇行政执法制度的改革思路		248
三、完善中国乡镇行政执法的制度路径		253
宏观逻辑到微观规制：“隐蔽执法”现象的行政法 原则批判	邹东升 胡术鄂	256
一、隐蔽执法现象及其争议		256
二、隐蔽执法的行政法原则审查		257

三、隐蔽执法的微观规控机制·····	261
司法审查的价值分析	
——兼谈司法审查与民主的关系·····	郑晓琴 266
一、引言·····	266
二、司法审查的价值分析·····	267
三、关于司法审查与民主的关系·····	272

行政法前沿问题研究

群体性行政诉讼的现状、问题与对策

——基于重庆市群体性行政诉讼案件的考察·····	王学辉 279
--------------------------	---------

一、现阶段群体性行政诉讼的十大现状·····	280
二、群体性行政诉讼中暴露出的十大矛盾·····	284
三、提高解决群体性行政诉讼案件能力的建议·····	289

城乡规划相关法律规范关联性研究报告论纲···	邓 蔚 徐庭祥 艾知宇 294
------------------------	--------------------

导言·····	294
---------	-----

一、城乡规划相关法律规范的基本范畴及层级效力分析·····	295
二、城乡规划相关法律规范横向关联性与规划活动的相关性分析·····	297
三、城乡规划相关法律规范冲突立法解决的局限性及对策分析·····	303

关于《中华人民共和国动物防疫法（修订草案）》相关问题的

探讨与立法建议·····	尚明瑞 305
--------------	---------

一、关于《中华人民共和国动物防疫法（修订草案）》的名称问题·····	306
------------------------------------	-----

二、关于《中华人民共和国动物防疫法（修订草案）》 适用范围的问题·····	307
--	-----

三、关于主管部门、监管执法部门、技术支持部门、公共卫生服务 部门指代不清，相互的关系及其权利义务不明的问题·····	308
---	-----

四、关于区分动物防疫工作的公益性职能与经营性服务职能的问题·····	310
------------------------------------	-----

五、关于“动物健康标准”与“动物防疫检疫标准”的区分和 适用问题·····	311
--	-----

六、关于违反《中华人民共和国动物防疫法（修订草案）》的 法律责任问题·····	312
--	-----

试论我国财政预算调整权力结构的改革	张 健	315
一、现代政府预算调整权力结构的理论基础		316
二、政府收支权力主导下的财政预算调整权力结构的缺陷		317
三、我国财政预算调整权力结构的改革		320
构建我国公职人员利益冲突规避制度的设想	洪 春	323
一、利益冲突规避制度的产生和发展		324
二、公职人员利益冲突规避制度的理论基础		325
三、域外公职人员利益冲突规避制度之比较		327
四、构建我国公职人员利益冲突规避制度的设想		329
公务人员家庭财产申报制度探究	姜兆军	333
一、家庭财产申报制度基本理论		333
二、家庭财产申报制度之于当代中国		335
三、完善我国家庭财产申报制度的构想		338

调查报告

对苏湘渝等地公民民主问题认识情况的调查		
报告	西南政法大学 2006 级宪法与行政法硕士研究生调查组	345
一、公民对我国民主现状是否认同		346
二、我国民主最迫切需要改革的是什么		347
三、我国民主的改革路径是什么		348
四、我国民主推进的最大障碍是什么		348
五、问卷分析		349

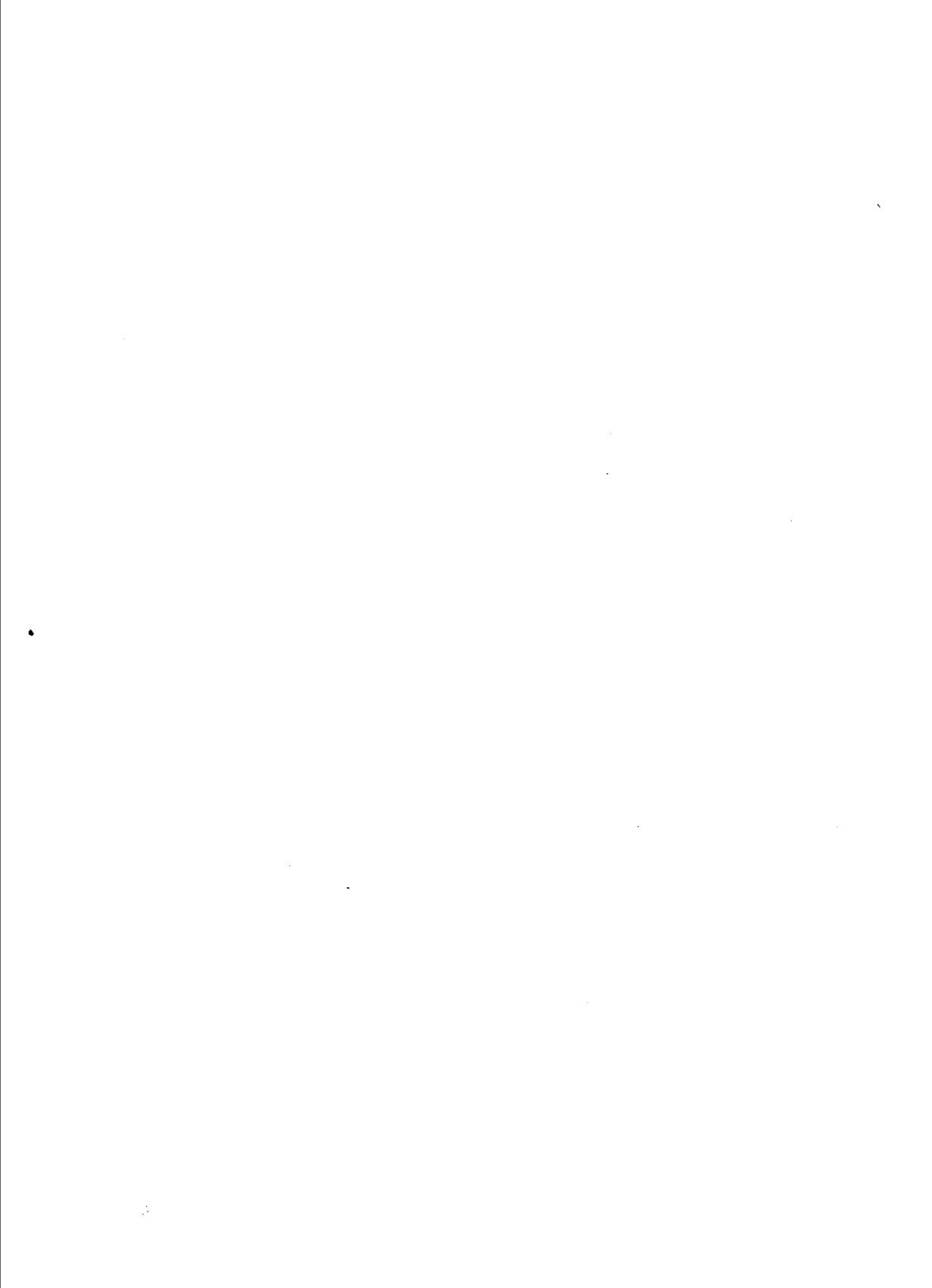
本科生论坛

我国少数民族地区政治立法初探		
——以村民自治制度为例	江启祥	353
一、政治立法是少数民族地区的立法的重要方面		353
二、少数民族地区的政治立法现状		355

三、浅析少数民族地区政治立法缺失的原因·····	358
四、加强与完善少数民族地区政治立法的建议与设想·····	360
石柱土家族自治县自治条例难产及原因和对策阐释·····	杨海军 363
一、我国民族区域自治的现状及法律规定·····	363
二、石柱土家族自治县自治条例（草案）的起草情况、 主要内容及其争议·····	365
三、石柱土家族自治县自治条例（草案）难产原因的分析·····	368
四、石柱土家族自治县自治条例（草案）难产问题的 解决对策和建议·····	371
稿 约·····	374

公法基本理论研究

GONG FA JI BEN LI LUN YAN JIU



关于法律平等的三种形态

刘泽刚*

内容摘要：以法律平等与法治的关系为线索，法律平等呈现出三种形态：法律面前人人平等、平等的法律和通过法律寻求平等。三种法律平等形态关注的重心分别是政治平等、尊严平等和实质平等。抽象法律地位平等是西方法治的重要前提。形式平等的法律是西方自由主义法律秩序的重要特征。而当今西方社会各种实质性法律追求则对西方法律体系提出了严峻的挑战。

关键词：法律平等 法律面前人人平等 法律平等保护 自由主义

法律平等是现代法治的重要特征。但在古代，平等却不是显著的法律主题。理想的平等观念与现实法律等级差别的共存并未困扰当时的人们。^①然而，从中世纪开始，平等引发了广泛的关注与焦虑。这种焦虑源自基督教教义与现实的反差。基督教宣扬在基督面前人人平等。然而，现实世界中，封建社会的不平等却触目惊心：既然人人平等，为何还要接受别人的统治？既然人人平等，为何有些人要成为别人的奴隶？既然人人平等，为何现实中财富的分配如此不均？^②用现代语汇分析，中世纪三种平等问题分别指涉统治正当性、尊严和实质平等。而现代社会日益凸现的平等问题正是中世纪这些平等焦虑的延续。只不过这种焦虑已经演变为更强烈的情感，成为怨恨和狂躁。人们再也不能满足于空洞的说教和对现实妥协的理论，他们要求彻底的制度变革。这种变革在法律领域表现为三种形态的法律平等。

* 作者简介：刘泽刚，男，湖北郧县人，西南政法大学讲师，武汉大学博士生。主要研究宪法学、权利哲学、人权制度等。

① [爱尔兰] J. M. 凯利：《西方法律思想简史》，王笑红译，法律出版社2002年版，第68—70页。

② 同上，第98—103页，第139—145页，第182—189页。

一、法律面前人人平等

这种抽象法律地位的平等可以看做是中世纪平等与政治服从论题的延续。霍布斯的平等思想是这种平等观念最典型的注脚。在霍布斯看来，每个人对其他人都是一种威胁。自然使人们在身心两方面的能力是如此地平等，以致有时最弱的人也有足够的力量杀死最强的人。^① 从此意义上说，所有人都是平等的。但这种平等会导致人们互相恐惧，因而必须达成协议，并从制度上建立一种政治秩序。霍布斯认为如果人生而平等，那么这种平等就应当予以承认。如果人生而不平等，但人们认为自己与他人是平等的，除了在平等的条件下，他们不愿进入和平状态，那么也必须承认这种平等。^②

此种平等观是现代法治型统治合法性（正当性）论证的重要环节。在近代以前，西方社会关于统治合法性的观念和原则是一种客观性的原则，统治的合法性并不取决于被统治者的认可和忠诚，而是建基于一种假设的中间标准或原则。如古希腊城邦统治中善的理念和中世纪统治中上帝的意志。与此相适应，对于人的完满存在来说，同某种本源——例如上帝或善的理念——保持联系是至关重要的。单个的，剥离开与某种本源联系的个人本身是微不足道的。然而，随着社会观念的演进，一种关于个人认同的崭新理解在不断完善。人们开始认为，人必须与之密切关联的本源深深地根植于人自身。也就是说，一个人之所以值得尊重，并不是因为他与上帝间的联系，也不是因为他属于某一特殊社会阶层的一员，而仅是由于他是一个人这一简单事实决定的。这种新观念是现代文化深刻的“主体转向”（subjective turn）的一部分。^③ 而“人”也因此变成了一个被抽空了社会地位、性别、年龄、种族、阶级等具体属性的抽象和普遍的概念。这个抽象的个人概念正是自由主义理论的出发点。个人概念的抽象性和普遍性也注定了自由主义有一种最基本的平等取向：因为“人”是抽象的、无差别的，所以也必然是平等的。

与此相应，现代法治社会的合法性论证也抛弃了对客观性的关注转而强调主观性。这种主观性原则认定统治的合法性源自被统治者的认可和同意。而被

① [英] 霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆1985年版，第91页。

② [英] 彼得·斯特克、大卫·韦戈尔：《政治思想导读》，舒小昀等译，江苏人民出版社2005年版，第205页。

③ 汪晖、陈燕谷：《文化与公共性》，三联书店1998年版，第294页。