

Fudan Series in Constitutional Law & Administrative Law
复旦
宪法学与
行政法学文丛

立宪主义 视野下的公法问题

P

Public Law Issues from
the Perspective
of Constitutionalism

刘志刚 著



上海三联书店

Fudan Series in Constitutional Law & Administrative Law
复旦
宪法学与
行政法学文丛

立宪主义

视野下的公法问题

P

ublic Law Issues from
the Perspective
of Constitutionalism

刘志刚 著



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

立宪主义视野下的公法问题/刘志刚著. —上海:上海
三联书店, 2007. 1

(复旦宪法学与行政法论文丛)

ISBN 978 - 7 - 5426 - 2430 - 7

I. 立... II. 刘... III. 公法—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 141422 号

立宪主义视野下的公法问题

著 者 / 刘志刚

责任编辑 / 王笑红 张大伟

装帧设计 / 朱雅娟

监 制 / 林信忠

责任校对 / 田 波

出版发行 / 上海三联书店

(200031)中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

<http://www.sanlian.com>

E-mail: shsanlian@yahoo.com.cn

印 刷 / 上海印刷四厂有限公司

版 次 / 2006 年 11 月第 1 版

印 次 / 2006 年 11 月第 1 次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 360 千字

印 张 / 24. 75

ISBN 978 - 7 - 5426 - 2430 - 7/D · 105

定价:38.00 元



刘志刚

1971年出生，河南汤阴人。2002年获中国人民大学法学博士学位。2002年9月至2005年9月在武汉大学法学院博士后流动站从事博士后研究。现为复旦大学法学院副教授。主要研究宪法学基础理论。曾在《法学研究》、《中国法学》、《比较法研究》、《法学》、《法学评论》、《法律科学》等刊物上发表学术论文30余篇，多篇文章被《新华文摘》、《人民大学报刊复印资料》转载，出版学术专著一部。

复旦宪法学与行政法学文丛

总主编：董茂云 杨心宇

编 委：（以姓氏拼音为序）

董茂云 侯 健 刘志刚 潘伟杰

史大晓 杨心宇 张光杰 朱淑娣

本书的写作得到复旦大学2006年金穗项目的资助

总 序

人类文明体系的发展历程和中国社会文明的推进过程不断印证着这样一个基本道理：中国现代化事业不能没有对宪法学与行政法学的理解与实践，没有宪法学与行政法学的发展，中国社会发展就将面临法学知识缺失的困境。社会主义现代化，也就失去了中国文明与人类文明体系进行对话和交流的平台。因为对宪法学与行政法学的学术理解和制度实践，体现着一个现代社会共同体对自身繁荣的选择，这一选择不仅是出于以一种可以预期的制度来安排社会成员的生活，更重要的是它包含着对每一个社会成员尊严的尊重。当然中国注定要以自己的方式理解和实践宪法学与行政法学，而中国建设和发展现代法治国家则不能没有中国宪法学与行政法学的学术发展和理论创新。因此，中国宪法学与行政法学的学术发展和理论创新离不开中国建设和发展现代法治国家这一特定的历史图景，中国宪法学与行政法学的学术发展和理论创新的动力、路径、使命、方向正是从这一图景中获得了合法性，从而在体现思想的深刻与伟大的同时，为中国法治国家的建设和发展提供思想禀赋。但是，在中国，宪法学与行政法学所关注的命题不仅仅是一个有关合理化统治的技术性问题，也不仅仅是个法律专业领域中的学术性问题，而总是与关于社会变革的讨论紧密联系在一起的。因此，我们是在中国社会发展的图景中展开对宪法学与行政法学学术命题的研究的。

当然，我们在进行中国宪法学与行政法学理论研究的时候必须梳理自身发展所经历的历程，这一历程是一门学科不断走向成熟的轨迹，也是一门学科在特定的历史图景中寻求努力的基础。

宪法学与行政法学的发展与人类社会的发展结合在一起，这是与宪法学与行政法学本身学术使命相关的。这一点在中国宪法学与行政法学的发展过程中体现尤为明显。宪法学与行政法学正是在中国社会发展的

立宪主义视野下的公法问题

一个新的历史时期完成了学术恢复的过程,启动了转换学术研究范式的进程,确定了中国宪法学与行政法学的学术价值的旅程。由于中国历史条件的特殊性,宪法学与行政法学在中国的发展过程与在西方国家的发展过程不尽相同。中国的历史表明:中国宪法学与行政法学发展的曲折历程与中国社会发展的阶段性和曲折性有关;而改革开放前中国现代化进程中制度改革所经历的挫折以及所付出的代价,在一定程度上则与中国宪法学与行政法学曾经被严重忽视或误解有关。与中国现代化进程的历史相比,这二十余年来宪法学与行政法学的发展要顺利许多,因此,中国宪法学与行政法学从其恢复的那一刻起,就与改革开放中的中国法律发展和社会变革形成了密切关系;二十余年的中国宪法学与行政法学的学术发展得益于二十余年的中国改革开放和制度文明化进程;而二十余年的中国改革开放和制度文明化进程又从中国宪法学与行政法学的学术发展中得到重要的推动力量。当今中国社会发展的趋势表明:中国法律发展和制度文明化进程需要宪法学与行政法学的学术发展,而中国社会变革和发展所展现的景象将不断为中国宪法学与行政法学的学术发展提供崭新的命题。

当中国宪法学与行政法学作为一门独立的学科得以全面恢复后,它所面临的最现实问题是如何尽快实现宪法学与行政法学研究的专业化、规范化和科学化,从而缩短中国宪法学与行政法学在学科发展和研究水平上与世界各国尤其是西方国家的宪法学与行政法学的学术发展之间存在的客观差距。这个问题不仅来自宪法学与行政法学发展本身,而且也来自现实的社会发展对宪法学与行政法学所提出的要求。由于时代条件和学术积累的限制,我国宪法学与行政法学的研究在相当程度上是以注释和宣传法律制度为基础恢复起来的,所以,中国宪法学与行政法学在其发展的早期,在学科范式和研究范式上都带有注释性研究的色彩。这个现实在相当程度上决定了中国宪法学与行政法学的学术发展要实现专业化、规范化和科学化,缩短与世界宪法学与行政法学研究、尤其是与西方宪法学与行政法学研究水平的差距,首先要解决的问题是转换其学科范式和研究范式。为此,在学术发展初期的中国宪法学与行政法学的学术研究主要在这两方面进行了努力。从学科范式转换来看,这种努力主要

体现在两个方面：一是明确学科研究对象，完善学科体系。二是拓展学科研究领域，充实学科研究的内容。随着中国社会改革开放事业的深入和法律发展进程的推进，如何为中国社会的持续发展提供合法性论证成为宪法学与行政法法学研究的发展方向，如何深刻地、理性地回答中国社会发展过程中提出的法学命题，成为中国宪法学与行政法学的发展动力。

学术发展的根本在于一门学科对社会发展和人类文明进步过程中的人文精神的深刻解读，这是一个学术价值确立的过程。20世纪90年代以来，中国宪法学与行政法学的学术发展主要解决了一个问题，即中国宪法学与行政法学的价值定位。这包括了两个层面的价值定位，一是中国宪法学与行政法学的价值所在，即中国宪法学与行政法学的最大价值是什么；二是中国宪法学与行政法学的价值取向，即中国宪法学与行政法学的价值判断。显然，这种对学科和学术生命的关怀，只有在把学科或学术真正作为对社会发展有益的学科，而不仅仅是解决现实问题的工具来冷静思考的时候才能出现。基于对法学本身更深入的认识和把握以及对中国法学和西方法学发展历程的反思，基于对中国经济、社会和制度发展的客观现实和发展趋势的深刻理解，法学研究完成了其价值定位。其一，中国宪法学与行政法学的价值所在，定位于真正关注中国法律制度，研究中国法治国家的理论建构和提供中国行政法制发展的知识基础。这种定位不仅符合宪法学与行政法学发展的基本规律，而且也符合中国社会对宪法学与行政法学发展的要求。其二，把中国宪法学与行政法学的价值取向，定位在法治国家与社会发展上。法治本来就是宪法学与行政法学的价值取向，但是这一价值取向必须与中国社会发展相结合。中国社会发展的积淀，使人们意识到宪法学与行政法学研究必须充分关注社会总体的发展，根据中国社会的发展来寻求宪法学与行政法学理论创新的动力，从而推动着中国宪法学与行政法学的学术发展水平的不断提升。

作为社会科学，宪法学与行政法学和其他社会科学一样，都需要社会变革与进步提出的发展要求和提供的发展空间。法治国家的提出和实践，推动着中国宪法学与行政法学发展从调整时期进入一个新的发展时期。由于有此前十余年的发展和积淀，中国宪法学与行政法学在这个时

期的发展不是对以往研究的简单重复,而是在完成了价值定位后的发展。如果说此前十余年发展的起点是恢复和发展学科,那么这个新的发展起点则是发展学术。与恢复发展学科相比,发展学术无疑是在一个更高层次上进行的,因为,发展学术必须有比较完善的学科体系、规范的概念系统、比较丰富的理论积淀和科学的研究方法。因此,从一定意义上说,这个新的发展起点的出现,标志着中国宪法学与行政法学逐步走向成熟。

我们梳理宪法学与行政法学在当代中国发展的历程,就是要充分认识宪法学与行政法学发展与中国社会发展路径之间的关系,与其他社会科学相比,宪法学与行政法学的发展与中国社会现代化的进程是紧密结合在一起的,因此宪法学与行政法学的学科生命和学术生命体现在对中国社会的深刻理解之中。如果说法治在人类社会的发展过程中被如此广泛接受是其饱含着对人类自身尊严的尊重的话,那么宪法学与行政法学理论的创新过程就是要把这种对人类尊严的尊重予以深刻解读的过程。同时由于宪法学与行政法学提供了对现代民族国家制度安排的知识基础,显示了对公共生活秩序的努力,宪法学与行政法理论的学术发展和理论创新必须与现代国家的发展这一历史前提结合在一起。也就是说,宪法学与行政法学学术发展与理论创新是从对现代民族国家发展路径的解读中升华出一般法学理论,因此宪法学和行政法学的理论研究,不是一种“天马行空般的”和“非场景化的”。对于我们而言,就是要真诚地分析和探讨中国法治的生成、发展以及所蕴涵的思想基础,从而发现法治在现代社会生活的存在价值与基本内涵。难以想象,离开了这一点或者说没有对一个民族国家的法治实践进行深刻解读,宪法学与行政法学如何能够理解法治对解决人类社会所遇到的困苦所作出的努力。对于我们而言,就是要全面梳理宪法及其制度安排的生成、发展及其流变的历程,从而体悟宪法在现代社会生活中的存在意义与发展趋势。难以想象,离开了这一点或者说没有对现代社会的宪政实践进行全面解读,宪法学与行政法学如何能够理解宪法对解决人类社会所面临的困境所进行的尝试。对于我们而言,就是要研究在诸民族纷纭陆离的文化“面相”背后,是否存在一种普遍的、永恒的和一般的“真正人性”及其宪政秩序。宪政秩序是现代国家所取得的最大成就之一。这一成就既不是一个世纪也不是一个民族

总 序

国家所造就的。当我们从对历史的回溯转向对“未来历史”的展望时,人类社会生活依赖于宪政的程度即使没有变得更深、更强,至少也不会更削弱。宪法秩序与其他秩序方式不同,现代宪法学与行政法学研究对象是人类普遍认同的一种秩序方式,因此宪法学与行政法学学科创新和理论研究必须要有一种普世性情怀。这是人类历史进程中的一个特点在宪法学与行政法学理论研究中的映照。对于我们而言,就是要研究中国社会的发展进程和文明发展进程中亟待宪法学与行政法学回答的课题或命题,诸如公民权利的认识、行政规制的建构、行政程序的论证。学术研究和理论创新不能回避问题,学术研究和理论创新应该是在认识到问题的存在同时为问题的真理性解读提供一种方向,这个方向也许不能解决或一劳永逸地解决所存在的问题,但是必须为此进行真诚的努力和不懈的探索。也正是基于此种认识,我们决定撰写一套文丛,以表明我们对宪法学与行政法学学术发展所承担的责任以及所作出的努力。

是为序。

董茂云 杨心宇

2005年12月13日于复旦大学法学院

前言

公、私法的划分最早导源于古罗马,由当时作为五大法学家之一的乌尔比安率先提出。从现今的角度来看,乌尔比安关于公、私法的概念界分有其时代的局限性,但它的确指出了公法和私法的某些特征,并且已然认识到了国家与个人之间的对立,因而启发了后世法学家们对该问题的进一步思考。令公法学人遗憾的是,罗马法虽然对公法、私法做了划分,但其对后世的贡献却主要集中在私法方面。从现今所看到的相关资料来看,几乎所有有关罗马法的文件都只涉及到私法,在公法方面,罗马法从未提供过范例,以至有人认为,罗马法学实质上就是罗马私法学,公法在罗马法中没有什么实际的意义。有学者甚至指出,“公法只是在罗马法分为公法与私法的范围内才有意义,其自身无实体价值”。^{〔1〕}由于缺少实实在在的公法,罗马人所提出的公、私法的分类丧失了其社会制度层面的积极意义,而只能是一种概念性的逻辑分类,相应地,它的影响也就只能局限于学理层面。中世纪时,政治势力与市民社会的合二为一使罗马私法赖以建立的基础——商品经济被摧毁了,从而使罗马法丧失了其先前的辉煌,并在无奈之中步入了阶段性的黑暗之中,相应地,它所提出的具有思想感召意义的公、私法分类也就湮没在世俗的法律纷争之中,暂时离开了人们的视野。17、18世纪,随着资本主义的兴起和立宪主义时代的到来,先前在古罗马时期制约公法成型的专制制度被铲除,而且,“政治革命也消除了市民社会的政治性质”,^{〔2〕}使后者真正地从国家公权的桎梏中解脱出来,具有了外在于国家而存在的独立意义。从法律层面来看,商品经济与民主政治的联手不仅促成了政治国家与市民社会的分离,而

〔1〕 引自朱景文:《比较法社会学的框架和方法:法制化、本土化和全球化》,中国人民大学出版社2001年版,第91页。

〔2〕 《马克思恩格斯全集》第1卷,中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译,人民出版社1995年版,第441页。

且为古罗马时期之关涉公、私法的概念性分类转化为公、私法真正分离的二元结构奠定了扎实的政治及社会基础。正如马克思、恩格斯在《神圣家族》中所指出的那样,“现代的‘公法状况’的基础、现代发达的国家的的基础……是废除了特权和消灭了特权的社會,是使在政治上仍被特权束缚的生活要素获得自由活动场所的发达市民社会”。^{〔1〕}与古罗马时期不同的是,新时期的公法不再仅仅是一个概念或者一种观念,而是有着实实在在内容的法律门类。从内涵来看,这一时期公法的主要内容是宪法、行政法和刑法,公法领域中通行的是代议制民主、三权分立、宪政、法治等原则和制度。19世纪,在以法、德为代表的法典编撰和法制改革过程中,公、私法的划分得到了广泛运用,^{〔2〕}“深深地渗透到”了“法院体系的结构、法律职业的划分之中”。^{〔3〕}人们不仅依公私法的划分来认识宏观的法律体系和微观的法律部门,而且还从公、私法划分的依据、逻辑结构及思维模式等方面来强化公私法各自的性质和固有逻辑,构建出公私法相互区别的叙述范式和理论原则,并以此为指导重建法律体系,革新法律部门。时至今日,正如德国学者基尔克所指出的那样,在今日,这种公法与私法的区别已经成为整个法秩序的基础。^{〔4〕}

“建国后的相当一段时间,我国法学界接受前苏联法学的观点,不承认社会主义国家有公法和私法的划分。随着社会主义市场经济的发展和法学理论研究的深入,法学界逐渐认可了这种划分。”^{〔5〕}然而,对于作为根本法的宪法的性质问题,我国宪法学界仍然秉持不同的观点。传统宪法学理论认为,宪法主要调整两大类法律关系:一是国家机关与国家机关之间的关系;二是国家与公民之间的关系,因此,宪法学理论上一般将其归入公法的范畴,而且原则上不允许它直接调整关涉私人利益的社会关系。然而,随着经济条件和社会结构的变化,传统上被排斥在宪法调整的

〔1〕《马克思恩格斯全集》第2卷,第148页。

〔2〕肖金泉:《西方法律思想宝库》,中国政法大学出版社1992年版,第528页。

〔3〕朱景文:《比较法社会学的框架和方法:法制化、本土化和全球化》,中国人民大学出版社2001年版,第92—94页。

〔4〕转引自梁慧星:《民法学说判例与立法研究》,中国政法大学出版社1996年版,第53—54页。

〔5〕孙国华、杨思斌:“公、私法的划分与法的内在结构”,载《法制与社会发展》2004年第4期,第100页。

范围之外、由私法予以规范和调整的社会冲突开始进入了公共视野,出现了所谓“宪法的私法适用”问题,由此引发了人们对宪法之传统性质定位的理性反思,宪法的公法性质开始受到质疑。笔者认为,公、私法的划分已经成为新时期世界各国厉行法治的共性理念,植根于该理念基础之上的公、私法划分制度已经成为现代法制的基础。正是由于它的存在,美国宪法中的“国家行为”理论和德国宪法中的“基本权利第三人效力”理论才得以生成,并进而成为引发基于对该问题的困惑而产生的对宪法之公法性质的质疑。回顾历史,我们可以看到,正是由于商品经济和民主政治的联手,方才促成了公、私法分类的结构性升华,即由古罗马时期的逻辑性分类转变成新时期的结构性分类,使公法由以往的空洞概念转变为一个有着实实在在内容的法律实体,并进而在二元分类的基础上框定了现代法制的基本形貌。如果没有为立宪主义革命所确立和打造的民主政体的存在,公、私法的分类很难脱离以往古罗马时期那种概念主义分类的窠臼。因此,宪法是、而且应当是公法,这是以宪法学为职业依归、以立宪主义为价值诉求的人们必须坚持的基本准则。

近年来,司法乃至立法实践中出现了一些关涉宪法的事例,宪法、进而立宪主义开始引起人们的广泛关注,相较于以往那种宪法默然静处在根本法的圣坛之上的状态而言,这无疑是一件令人欢欣鼓舞的事情。然而,与此同时,上述情势中却也还存在这一些令人担忧的问题。这一方面表现为由于学科之间对话机会的贫乏而造成的“学科隔膜”状态,另一方面表现为宪法学界对相关问题的“应对匆忙”方面,而且,即便是该种匆忙的应对也还存在着一些内部的杂音。这种杂音的存在在一定程度上助长了其他学科对相关宪法问题的不解和困惑,进而使相关学科的“非宪法性理解”湮没了原本就势单力薄的宪法学人的注解和声明。因此,如何来克服和消减上述现象就成为我辈宪法学人所必须面对的问题。这固然需要创设和增加学科之间的对话机会,但更加需要夯实学科自身的理论基础,而且,在缺乏司法操作机制的背景下,这一任务显见得尤为艰巨。反观中国立宪主义的发展路径,由于缺乏类同于西方国家的那种市民社会基础,中国走的是一条迥异于西方国家的“政府推进型”宪政发展道路。这势必使得政府在追求立宪主义的历程中起着至关重要的作用。无论是经济的

发展,还是政治制度的架构,无不需要政府的干预和推动。因而,基于宪政发展的需要而由政府对社会施加的诸种干预就因之而具有了较西方国家更为强烈的正当性理由,从而更加助长了我国原本就由来已久的“国家至上主义”传统。中国这种特殊的社会背景决定了中国的法制现代化不是从私法入手,而是从公法入手。中国这种特殊的宪政发展路径也决定了中国不可能具有类同于西方国家那样的较为成熟和发达的立宪主义理论,从而也就更加凸显了对关涉立宪主义的公法问题进行学理研究的现实意义。在立宪主义已经成为当今世界各国的共性价值追求的前提下,我们所要做的不是矮化宪法的地位、抹杀宪法的公法性质,而是凸显公法的“限权”本质,矫正先前那种植根于“国家至上主义”的传统文化氛围之中的关涉公法性质的不合理定位,强化作为公法的宪法的“限权”功能,深化立基于宪法之上的关涉立宪主义基础理论方面的研究,为我国立宪主义目标的实现作出扎实的准备。直面现实的我们必须警醒的是,制度层面的立宪主义固然是令人向往的,但理论层面的立宪主义更是支撑我们制度梦想的基础和前提,如果没有坚实的立宪主义理论为依托,制度层面的立宪主义将永远是一种不切实际的梦想。客观而论,立宪主义作为一种依据宪法治理国家的重要的政治原理,在现代社会控制系统中居于非常重要的地位。环顾当今世界,立宪主义已经成为当今民主国家的共性价值追求,是否存在一部具有正当性的宪法、是否以厉行立宪主义为制度的依归已经成为民主国家时代人们评判政治制度是否具有正当性的价值评判标准。作为人类社会发展到一定阶段方才存在的价值目标,立宪主义并不纯粹是政治或者法律自身在逻辑上发展的必然结果,它的产生及发展有其内在的运作机理。从所涉及的法律学科来看,立宪主义更多地着眼于公法层面的问题,而不过多地涉及和关注私法层面的问题。就立宪主义视野中的公法问题而言,宪法问题是其关注的重心点,但同时也兼及行政法层面的诸多问题,对宪法和行政法的联结研究关涉到立宪主义的基点及发展。本书意图以立宪主义为背景依托,对蕴涵于其中的一些宪法和行政法问题作一理性的反思和论证,以拓展和梳理自己此前对该领域问题研究的基本思路,为立基于该背景下对其他相关问题的学术展开做一个前期的铺垫。需要说明的是,本书的写作不是建立在一个宏观

前 言

的写作提纲构架之下,而是以立宪主义背景下一些零散的公法问题为着眼点,通过对这些问题的“个案性”、“蚕食性”学理分析,达到从整体上搭建立宪主义语境下相关公法命题的学术框架的效果,进而为立足于该框架的未来相关学术命题的展开提供一个思维的机轴。因此,本书的思维线索是发散性的,但其意图表达的想法却又是统一于立宪主义语境之下的。我希望,本书的付梓既是前期工作的完成,同时也是未来工作的开始!

目 录

宪法“私法”适用的法理分析	1
一、宪法“私法”适用问题的提出	3
二、宪法原则上不能被当作“私法”适用的原因	8
三、新形势下宪法“私法”适用的内在机理	13
四、中国宪法“私法”适用的法理分析	18
宪法诉讼的成因探析	33
一、宪法的“高级法”背景是宪法诉讼机制得以形成和发展的 基础	36
二、普通法传统和欧洲大陆的自然法思想的合流为宪法诉讼 制度的产生提供了重要的文化基础	39
三、市民社会和政治国家的分离是宪法诉讼得以产生的社会 基础	43
论宪法诉讼的目的	47
一、宪法诉讼目的的概念及特征	50
二、宪法诉讼目的的内容	53
三、宪法诉讼目的的制约因素	59
四、确立宪法诉讼目的应予考量的价值——秩序、法治和 自由	67
论宪法诉权	71
一、宪法诉权的概念	73
二、宪法诉权与宪法权利(或宪法权力)的关系	76

三、宪法诉权的保障及问题	81
政治冲突的司法解决与宪法裁判的政治化倾向	87
宪法诉讼的模式	111
一、美国式的宪法诉讼	114
二、宪法法院型宪法诉讼	124
三、宪法诉讼的发展趋势	133
宪法诉讼制度的基本功能	135
一、宪法诉讼制度是宪法理念的直接体现和维护	137
二、宪法诉讼制度有助于保护多数人统治下的少数人利益	139
三、宪法诉讼制度在消除腐败、控制权力的滥用方面有重要的作用	140
四、宪法诉讼制度在维护国家统一、协调国家内部各种利益主体之间的关系起着重要的作用	142
五、宪法诉讼制度功能的局限性	144
违宪审查的界限	149
一、法官在对法律的合宪性进行审查的时候,是否可以审查“政治问题”?	152
二、法官对“政治问题”的审查是“政治性”的,还是“法律性”的?	156
三、对“政治问题”的“政治性”审查的“宪法界限”	161
宪法诉讼中的审查基准	169
一、“二元基准”的由来	171
二、“二元基准”论确立的原因	180