

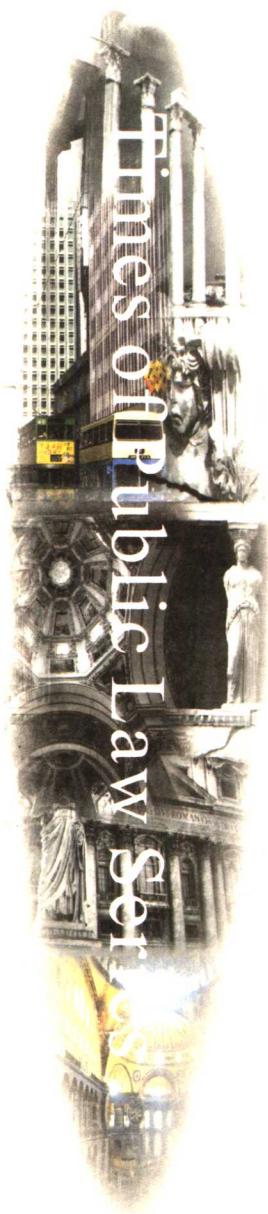


“公法时代”丛书

# 论公法原则

Research on Public Law Principles

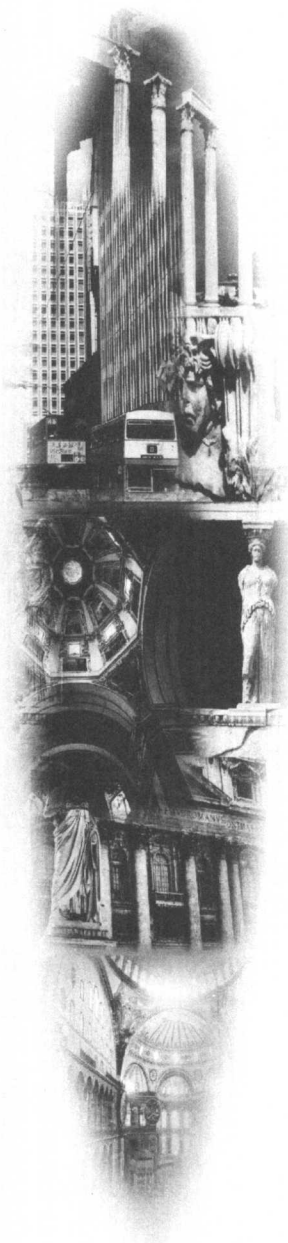
胡建森 主编



浙江大学出版社



“公法时代”丛书



# 论公法原则

Research on Public Law Principles

胡建森 主编

浙江大学出版社

**图书在版编目 (CIP) 数据**

论公法原则 / 胡建森主编. — 杭州: 浙江大学出版社,  
2005.7

(“公法时代”丛书)

ISBN 7-308-04309-6

I. 论... II. 胡... III. 公法—理论研究  
IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 071574 号

**责任编辑** 张 明

**封面设计** 俞亚彤

**出版发行** 浙江大学出版社

(杭州浙大路 38 号 邮政编码 310027)

(E-mail: zupress@mail.hz.zj.cn)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

**排 版** 浙江大学出版社电脑排版中心

**印 刷** 德清县第二印刷厂

**开 本** 787mm×1092mm 1/16

**印 张** 56

**字 数** 1034 千

**版 印 次** 2005 年 8 月第 1 版 2006 年 5 月第 2 次印刷

**印 数** 2001—3000

**书 号** ISBN 7-308-04309-6/D·222

**定 价** 68.00 元



## 主编简介

**胡建森**，男，1957年11月生于浙江省慈溪市，1989年7月毕业于中国政法大学研究生院行政法专业。现为浙江大学副校长、法学教授、博士生导师。又系国家教育部法学专业教育指导委员会副主任委员、中国法学会常务理事、中国法学会行政法学研究会副会长、中国法学会比较法研究会副会长、中国法学会法学教育研究会副会长、国际东亚行政法研究会理事，并担任司法部《法制日报》社法学专家顾问、国家行政学院兼职教授。从1993年10月起享受国务院“人民政府特殊津贴”，1995年被中国法学会评为全国十大“杰出青年法学家”（首届）。自1987年来共出版《行政法学》（独著，法律出版社1998年1月版）、《行政法学原理》（与张焕光合著，劳动人事出版社，1989年7月版）、《比较行政法20国行政法评述》（独著，法律出版社1998年7月版）等著作66部，发表《有关中国行政法理的行政授权问题》（载《中国法学》1994年第2期）、《“其他行政处罚”若干问题研究》（载《法学研究》2005年第1期）等论文72篇。自1990年以来，曾到美国斯坦福大学（Stanford University）、英国爱丁堡大学（Edinburgh University of UK）、澳大利亚西澳大学（The University of Western Australia）、德国基尔大学（Kiel University of Germany）、法国马赛大学（Université de Provence-Aix-Marseille）、日本关西大学、韩国亚洲大学、中国香港城市大学、中国台湾政治大学和中国澳门大学等作过访问学者或学术交流。作为行政法学博士生导师，他已培养研究生（含硕士、博士、博士后）80余人。此外，他还兼任浙江泽大律师事务所名誉主任和中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，以律师和仲裁员身份承办大量知名案件。

## [ 内 容 简 介 ]

这是一本对构成公法精神的公法原则进行系统深入研究的理论专著。它首次对24项公法原则，即：1.人民主权原则；2.人权（基本权利）原则；3.分权与制衡原则；4.法治原则；5.行政合法性原则；6.行政合理性原则；7.法律优位原则；8.法律保留原则；9.越权无效原则；10.自然正义原则；11.正当程序原则；12.禁止不当联结原则；13.禁止不利变更原则；14.平等原则；15.比例原则；16.公益原则；17.公开原则；18.必要性原则；19.明确性原则；20.遵循先例原则；21.信赖保护原则；22.正当期待原则；23.法的安定性原则；24.法不溯及既往原则；进行了全方位的“透视”，特别是对各原则之基本概念、历史渊源、理论基础、基本内容、在各国法制及实践中的体现、价值评价与发展趋势等作了初步挖掘。此书由中国法学会行政法研究会副会长、浙江大学副校长、博士生导师胡建淼担任主编。全书分24章，约100万字。

21世纪，是公法的世纪，因为在这个世纪里，公权力比私权利更需得到法的规制。

——胡建淼

主 编 胡建森

副主编 金承东 宋华琳

撰稿人 (按姓氏笔画排列)

刘建军 孙祥生 邢益精 吴偕林 宋华琳

张 军 李 莉 李志强 李春燕 杨元新

杨正平 苏新建 郑春燕 金承东 胡建森

胡敏洁 钟会兵 骆梅英 钱建华 顾建亚

谢 涛 樊玉成

## 前言

“21 世纪,是公法的世纪,因为在这个世纪里,公权力比私权利更需得到法的规制。”我想不起谁说过这样的话,但我就这样说。

自古罗马的 D. 乌尔比安(Domitius Ulpian,约公元 170 年—228 年)以来,公、私法的划分几经沉浮,到近代终于成为欧陆法制的原则和法学研究的前提。即使以普通法为传统的英美各国,以及甚至一度与西方法制决裂的前苏联东欧各国,在当代也无力抗拒公、私法的划分。

约束、指引公权力行使的法律即公法,探究以公法导控权力之精神、制度与技术的学问为公法学。公法学实与一国法治文明唇齿相依。J. 布丹(Jean Bodin,公元 1530 年—1596 年)以《国家论六卷》首开近代公法学先河,经拿破仑法典编纂,法国确立了公、私法划分,率先进入法治国家行列。德国在 19 世纪中叶的欧洲无足轻重,公法学也姗姗来迟,到二战以后,其公法学名家鹊起,臻于繁盛,德国遂能忝列法治强国之列。而德国纳粹政权、意大利法西斯统治以及拉美极权政府全盘否定公、私法划分,终致法律沦为强权工具,国家与民众备遭祸乱。

两千年来的中国法制诸法合体,既无法律部门区分,更无公、私法划分。清末丁韪良移译《万国公法》以后,《公法与私法》、《实理公法》、《比较宪法》等著译蔚为大观。清末修律、北洋“立宪”,直至国民政府颁行《六法全书》,公、私法划分始告确立。然志士有心,时势无情。废《六法全书》以后,中国也步前苏联后尘,取消公、私法划分,以至法制崩坏,动乱迭起。历经半世纪的沧桑岁月,法治国家已成人心所向,大势所趋,公法学也随之生机重现。而与国家法治化的进程、私法繁荣的气象相比,公法研究仍显先天不足,后天乏力。

“法”由“法的原则”所支撑,“公法”自然也由“公法原则”所奠基。研究“公法原则”我们早有所愿。实施这一愿望,固然能极大推进“公法学”之整体研究。

当下中国学界,“公法”内涵虽尚未定论,但“公法”有广义与狭义之分,



乃是不争之共识。作为狭义的“公法”，仅指宪法与行政法；但从广义论之，还需将“刑法”、“诉讼法”等纳入其中。本书从篇幅考虑，公法原则仍囿狭义公法范围。

公法原则乃指公法的内在精神，它隐藏于公法条文背后又支配着条文。公法原则有层次之分：有的属于宪法原则，如人民主权原则和人权原则等；有的属于部门法原则，如行政合法性原则和行政合理性原则；有的属于部门法中的一般原则；有的又属于它的下位原则，比例原则与行政合理性原则之间的关系便属此类；美国的“正当程序”原则与英国的“自然公正”原则性质上是相同的，只有侧重点与历史背景不同而已……对上述这些，我们在写作中不予计较。为使得每一种公法原则都能自成体系地被揭示，只要它拥有独立的名称并由一定的理由支撑，我们均将它作为独立的一章来对待。显然，本书所展示的诸多原则，并非是一个“平面”上的并列关系，而是一种“四世同堂”。由于各章各原则由不同作者撰写，这虽不能完全避免原则与原则之间在部分内容上的重复，但似乎不会使“交叉”达到令人担忧的程度，因为各原则撰稿人所掌握的材料与知识背景是不同的。

在本书的写作中，我们虽对各章的结构不作统一要求，但一直要求各章都包含下列内容要素：1. 该原则的基本涵义；2. 该原则各国外文的表达方式；3. 该原则与相近原则的关系；4. 该原则的历史演进；5. 该原则在各国法律中的体现；6. 该原则在各国司法中的运用（含判例）；7. 该原则的思想渊源与各种学说；8. 该原则的法律价值与社会价值；9. 该原则与中国；10. 对该原则未来展望。如果你在阅读本书时找不全甚至找不到这些“内容要素”，那只是表明我们尚未达到预设的目标，我们还将努力。

本书写作分工如下——

- 第一章 人民主权原则，顾建亚撰；
- 第二章 人权（基本权利）原则，钟会兵撰；
- 第三章 分权与制衡原则，李志强撰；
- 第四章 法治原则，杨元新撰；
- 第五章 行政合法性原则，骆梅英撰；
- 第六章 行政合理性原则，吴偕林撰；
- 第七章 法律优位原则，张军撰；
- 第八章 法律保留原则，金承东撰；
- 第九章 越权无效原则，杨正平撰；
- 第十章 自然正义原则，孙祥生撰；
- 第十一章 正当程序原则，杨正平撰；

- 第十二章 禁止不当联结原则,刘建军撰;  
第十三章 禁止不利变更原则,金承东撰;  
第十四章 平等原则,谢涛撰;  
第十五章 比例原则,胡敏洁撰;  
第十六章 公益原则,邢益精撰;  
第十七章 公开原则,宋华琳撰;  
第十八章 必要性原则,郑春燕撰;  
第十九章 明确性原则,钱建华撰;  
第二十章 遵循先例原则,李莉撰;  
第二十一章 信赖保护原则,樊玉成撰;  
第二十二章 正当期待原则,宋华琳撰;  
第二十三章 法的安定性原则,苏新建撰;  
第二十四章 法不溯及既往原则,李春燕。  
全书书稿由金承东、宋华琳初审,由胡建森终审。

胡建森

2005年5月11日

# 总 目 录

|       |            |     |
|-------|------------|-----|
| 第一章   | 人民主权原则     | 1   |
| 第二章   | 人权(基本权利)原则 | 42  |
| 第三章   | 分权与制衡原则    | 88  |
| 第四章   | 法治原则       | 122 |
| 第五章   | 行政合法性原则    | 171 |
| 第六章   | 行政合理性原则    | 218 |
| 第七章   | 法律优位原则     | 279 |
| 第八章   | 法律保留原则     | 325 |
| 第九章   | 越权无效原则     | 357 |
| 第十章   | 自然正义原则     | 388 |
| 第十一章  | 正当程序原则     | 424 |
| 第十二章  | 禁止不当联结原则   | 453 |
| 第十三章  | 禁止不利变更原则   | 487 |
| 第十四章  | 平等原则       | 510 |
| 第十五章  | 比例原则       | 533 |
| 第十六章  | 公益原则       | 560 |
| 第十七章  | 公开原则       | 589 |
| 第十八章  | 必要性原则      | 627 |
| 第十九章  | 明确性原则      | 653 |
| 第二十章  | 遵循先例原则     | 683 |
| 第二十一章 | 信赖保护原则     | 712 |
| 第二十二章 | 正当期待原则     | 747 |
| 第二十三章 | 法的安定性原则    | 779 |
| 第二十四章 | 法不溯及既往原则   | 819 |
|       | 参考书目       | 868 |

# 目 录

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 第一章 人民主权原则            | 1   |
| 第一题 人民主权原则的提出         | 1   |
| 第二题 人民主权原则的实践         | 11  |
| 第三题 人民主权原则的价值评析       | 20  |
| 第四题 人民主权原则的问题和前景      | 28  |
| 第二章 人权(基本权利)原则        | 42  |
| 第一题 人权的概念与源流          | 42  |
| 第二题 人权原则的内容           | 59  |
| 第三题 人权原则的功能           | 70  |
| 第四题 人权原则在法律上的体现和运用    | 76  |
| 第五题 当代中国的人权与公法        | 84  |
| 第三章 分权与制衡原则           | 88  |
| 第一题 分权与制衡原则的理论起源      | 88  |
| 第二题 分权与制衡原则的历史演进      | 91  |
| 第三题 分权制衡原则在西方各国宪政中的体现 | 105 |
| 第四题 对分权与制衡原则的评价与展望    | 116 |
| 第四章 法治原则              | 122 |
| 第一题 法治概述              | 122 |
| 第二题 法治要义              | 131 |
| 第三题 法治与公法             | 156 |
| 第四题 法治与中国             | 162 |

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| <b>第五章 行政合法性原则</b> ·····  | 171 |
| 第一题 法治与合法性原则·····         | 172 |
| 第二题 合法性原则在西方行政法中的体现·····  | 182 |
| 第三题 合法性原则与中国行政法·····      | 194 |
| 第四题 合法性原则与合理性原则的关系·····   | 211 |
| <b>第六章 行政合理性原则</b> ·····  | 218 |
| 第一题 行政合理性原则概念考察·····      | 218 |
| 第二题 行政合理性原则之确立基础·····     | 231 |
| 第三题 行政合理性原则之适用·····       | 236 |
| 第四题 行政合理性原则之中国实践·····     | 255 |
| <b>第七章 法律优位原则</b> ·····   | 279 |
| 第一题 法律优位原则概述·····         | 279 |
| 第二题 法律优位原则与相关法律原则·····    | 292 |
| 第三题 法律优位原则的审查与保障·····     | 299 |
| 第四题 法律优位原则与中国法治·····      | 312 |
| <b>第八章 法律保留原则</b> ·····   | 325 |
| 第一题 法律保留原则的涵义·····        | 325 |
| 第二题 法律保留原则的基础·····        | 328 |
| 第三题 立法法律保留原则·····         | 331 |
| 第四题 行政法律保留原则·····         | 348 |
| 第五题 法律保留原则的困境与超越·····     | 355 |
| <b>第九章 越权无效原则</b> ·····   | 357 |
| 第一题 越权无效原则概述·····         | 357 |
| 第二题 越权无效原则与相近原则的关系·····   | 366 |
| 第三题 越权无效原则的思想渊源与历史演进····· | 371 |
| 第四题 越权无效原则的法律体现与司法运用····· | 378 |
| <b>第十章 自然正义原则</b> ·····   | 388 |
| 第一题 自然正义原则的历史考察·····      | 390 |

|             |                          |            |
|-------------|--------------------------|------------|
| 第二题         | 自然正义原则的适用范围及基本内容·····    | 398        |
| 第三题         | 自然正义原则的宪政功能·····         | 409        |
| 第四题         | 自然正义原则的发展趋势及在中国的发展·····  | 415        |
| <b>第十一章</b> | <b>正当程序原则·····</b>       | <b>424</b> |
| 第一题         | 正当程序原则概述·····            | 424        |
| 第二题         | 正当程序原则与相近原则的关系·····      | 430        |
| 第三题         | 正当程序原则的思想渊源与发展·····      | 435        |
| 第四题         | 正当程序原则在各国的法律体现与司法运用····· | 444        |
| <b>第十二章</b> | <b>禁止不当联结原则·····</b>     | <b>453</b> |
| 第一题         | 禁止不当联结的涵义与法律地位·····      | 453        |
| 第二题         | 禁止不当联结原则实在法规范渊源·····     | 458        |
| 第三题         | 禁止不当联结原则的理论渊源·····       | 463        |
| 第四题         | 禁止不当联结原则在公法领域的运用·····    | 468        |
| 第五题         | 禁止不当联结原则与中国公法学·····      | 481        |
| <b>第十三章</b> | <b>禁止不利变更原则·····</b>     | <b>487</b> |
| 第一题         | 禁止不利变更原则概述·····          | 487        |
| 第二题         | 上诉不加刑·····               | 492        |
| 第三题         | 行政禁止不利变更·····            | 498        |
| 第四题         | 民事上诉禁止不利变更·····          | 506        |
| <b>第十四章</b> | <b>平等原则·····</b>         | <b>510</b> |
| 第一题         | 平等的概念·····               | 510        |
| 第二题         | 法律面前人人平等·····            | 514        |
| 第三题         | 法律上的平等原则·····            | 516        |
| 第四题         | 平等原则在中国的实践·····          | 529        |
| <b>第十五章</b> | <b>比例原则·····</b>         | <b>533</b> |
| 第一题         | 比例原则概述·····              | 533        |
| 第二题         | 比例原则的运用·····             | 541        |
| 第三题         | 比例原则的域外影响·····           | 545        |
| 第四题         | 中国比例原则研究·····            | 556        |

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| <b>第十六章 公益原则</b>        | 560 |
| 第一题 公益概念的内涵             | 562 |
| 第二题 公益内容的决定方式           | 568 |
| 第三题 公益原则——利益冲突之衡量       | 571 |
| 第四题 公益原则在征收中的解读         | 574 |
| 第五题 公益在征收中的界定           | 576 |
| <b>第十七章 公开原则</b>        | 589 |
| 第一题 公开原则的理论源流           | 589 |
| 第二题 公开原则:一种立足于文本的分析     | 599 |
| 第三题 公开原则的基石:政府信息公开的制度建构 | 607 |
| 第四题 公开原则在其他领域的适用        | 617 |
| <b>第十八章 必要性原则</b>       | 627 |
| 第一题 必要性之多面观             | 627 |
| 第二题 比较视野下的必要性原则         | 632 |
| 第三题 必要性原则界说             | 639 |
| 第四题 裁量下的必要性原则           | 648 |
| <b>第十九章 明确性原则</b>       | 653 |
| 第一题 明确性原则的基本涵义          | 654 |
| 第二题 明确性原则的历史渊源          | 658 |
| 第三题 明确性原则的理论依据          | 660 |
| 第四题 明确性原则的价值及其实现        | 663 |
| 第五题 明确性原则的适用范围与后果       | 669 |
| 第六题 中国公法上的明确性原则         | 673 |
| <b>第二十章 遵循先例原则</b>      | 683 |
| 第一题 遵循先例原则的历史渊源         | 684 |
| 第二题 遵循先例原则的涵义           | 692 |
| 第三题 遵循先例原则的司法运用         | 700 |
| 第四题 遵循先例原则在中国法治中的现状与未来  | 705 |

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| <b>第二十一章 信赖保护原则</b> .....       | 712 |
| 第一题 信赖保护原则界说 .....              | 712 |
| 第二题 信赖保护原则本体论 .....             | 719 |
| 第三题 信赖保护原则比较论 .....             | 736 |
| 第四题 信赖保护原则实现论 .....             | 740 |
| <b>第二十二章 正当期待原则</b> .....       | 747 |
| 第一题 正当期待的概念源流 .....             | 748 |
| 第二题 正当期待的理论基础 .....             | 753 |
| 第三题 正当期待的程序性保护 .....            | 756 |
| 第四题 正当期待的实体性保护 .....            | 765 |
| 第五题 正当期待的赔偿性保护 .....            | 774 |
| <b>第二十三章 法的安定性原则</b> .....      | 779 |
| 第一题 法安定性的概念 .....               | 780 |
| 第二题 法安定性原则的价值 .....             | 790 |
| 第三题 法安定性原则之实践 .....             | 798 |
| 第四题 法安定性原则在公法中的体现 .....         | 804 |
| 第五题 法安定性在我国的实践 .....            | 812 |
| <b>第二十四章 法不溯及既往原则</b> .....     | 819 |
| 第一题 法不溯及既往原则的思想渊源和历史沿革 .....    | 819 |
| 第二题 法不溯及既往原则的价值 .....           | 833 |
| 第三题 法不溯及既往原则的形式、许可界限及适用规则 ..... | 841 |
| 第四题 法不溯及既往原则对执法行为的要求 .....      | 854 |
| 第五题 对我国法不溯及既往原则的反思 .....        | 859 |
| <b>参考书目</b> .....               | 868 |



# 第一章

## 人民主权原则

### 第一题 人民主权原则的提出

人民主权,亦称主权在民,英文为 Popular Sovereignty,法语是 Soveraineté nationale。它的意思是指一国的全部权力来源于人民,归属于人民,置于人民的控制之下,即人民拥有国家最高的、终极的、自主的和具有普遍效力的权力。人民主权是宪法的一项基本原则,宪法以此为基调确立了人权内容与国家机构框架。虽然人民主权作为宪法的基本原则已是尘埃落定,但人类对人民主权理想的追求与探索却一直没有停止过。

#### 一、主权与主权理论

西方立宪主义历史的权威之一麦克尔文(C. H. McIlwain)曾经指出:“主权是我们的政治思想的主要表达,而且是理解宪政的历史的关键。我们至少必须弄清什么是主权的意谓。”<sup>①</sup>同样,要真正理解人民主权原则,也得从主权的涵义说起。那么,何谓主权呢?

主权一词的英文是 sovereignty,该词起源于拉丁文 superanus,即最高权力之谓。主权概念是一个不断演进的过程。主权概念的兴起至少可以追溯到东罗马帝国查士丁尼(Justinian)对罗马法的法规汇编。在中世纪,主权的最初含义是指独裁者统治其王国的权力。主权概念是在中世纪向近代发生转变时期,随着民族国家的产生而提出的。

中外学者一般认为,近代意义上的主权概念是在16世纪中期,由法国的法学家和政治学家让·布丹(Jean Bodin)在他的名著《论共和国六书》(又称《国家论六卷》)中最早提出的。这部著作的重要性就在于对“主权”这个

---

<sup>①</sup> [美]斯科特·戈登著,孟军、李勇译:《控制国家——西方宪政的历史》,江苏人民出版社2001年版,第44页。