



ZHONGYANG YU DIFANG GUANXI DE
SIFA TIAOKONG YANJIU

中央与地方关系的 司法调控研究

郭 殊 著



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社



ZHONGYANG YU DIFANG GUANXI DE
SIFA TIAOKONG YANJIU

中央与地方关系的 司法调控研究

郭 殊 著

范大学出版社集团
UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
范大学出版社

图书在版编目(CIP) 数据

中央与地方关系的司法调控研究 / 郭殊著. —北京: 北京师范大学出版社, 2010.3

ISBN 978-7-303-10916-6

I. ①中… II. ①郭… III. ①中央和地方的关系: 法律关系—调控—研究 IV. ①D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 053490 号

营销中心电话 010-58802181 58808006
北师大出版社高等教育分社网 <http://gaojiao.bnup.com.cn>
电子邮箱 beishida168@126.com

出版发行: 北京师范大学出版社 www.bnup.com.cn

北京新街口外大街 19 号

邮政编码: 100875

印刷: 北京京师印务有限公司

经销: 全国新华书店

开本: 148 mm × 210 mm

印张: 11

字数: 250 千字

版次: 2010 年 3 月第 1 版

印次: 2010 年 3 月第 1 次印刷

定价: 28.00 元

策划编辑: 周彩云 责任编辑: 周彩云

美术编辑: 毛佳 装帧设计: 天泽润

责任校对: 李茵 责任印制: 李丽

版权所有 侵权必究

反盗版、侵权举报电话: 010-58800697

北京读者服务部电话: 010-58808104

外埠邮购电话: 010-58808083

本书如有印装质量问题, 请与印制管理部联系调换。

印制管理部电话: 010-58800825

序 言

中央与地方关系的司法调控是中国和世界其他国家宪法理论和制度上的一个重大课题，本书作者以此为选题，完成了博士论文。参加工作后，对博士论文经过认真修改和补充完善，最终完成了这部学术专著。该书集中讨论目前国内宪法学术研究中视为难点的中央与地方关系的司法调控问题。作者先期在这一领域已积累了较多的前期成果，在《现代法学》、《法商研究》、《浙江学刊》等核心期刊上发表了相关论文。此次又集研究心得之大成，著成此书，足见其学术上的良苦用心，学有专攻。

作者是我的博士生，在读博期间通过对中央与地方关系的潜心研究，获得了颇多心得和体悟，在对中央与地方关系的司法调控问题方面获得了不少新的见解，本书视野开阔，弥补了我国在中央与地方关系的司法调控研究上的缺失，甚至可以说填补了宪法学研究中的一项学术空白。

该书文字表达清晰流畅,结构严谨合理,采用科学的研究方法;作者观点鲜明,论证充分有力;综合介绍了国外的相关信息和资料,并作出了新的解读。书中提出的观点颇具理论品质,论证有力,制度设计也具有为实践提供参考的价值。总之,全书为我国宪法学术界乃至实务部门开启了新的思路。

作者虽毕业两年有余,但我们师生之间情谊相联,在学术探讨上更是赓续不断,见证其在学术道路上披荆斩棘,奋力前行。作为老师,见到学生在做好本职工作的同时,学业渐有精进,欣喜之情溢于言表。唯愿学生以此学术专著出版为契机,在学术道路上越走越宽,步子越迈越大,青出于蓝而胜于蓝。

值此著作出版之际,先为祝贺,后为勉励。

是为序。

陈云生

2010年2月15日于北京新源里寓所半步斋

目 录



CONTENTS

导论	1
第一章 司法调控的理论基础	17
第一节 司法权的性质与基本原则	17
第二节 司法体制的基本原理	28
第三节 最高司法权:最终裁决者	32
第二章 宪法中的司法调控功能	49
第一节 司法功能概述	49
第二节 司法对分权制衡结构的调控	65
第三节 司法对公民基本权利的保障	84
第四节 宪法责任的司法追究	96
第三章 中央与地方关系的制度模式	123
第一节 中央与地方关系中的联邦制	124
第二节 主要联邦制国家的制度实践	132
第三节 联邦制与单一制的区别	155
第四章 中央与地方关系中的司法制度结构	163
第一节 中央与地方关系中的法院体系	163
第二节 联邦制国家的违宪审查制度	193
第三节 中央与地方关系中司法体制的结构模式	205
第五章 中央与地方关系中的司法调控实践	221
第一节 美国司法对中央与地方关系的调控	222

第二节	德国司法对中央与地方关系的调控	246
第三节	司法调控机制的理论总结	264
第六章	中国中央与地方关系中的司法体制	267
第一节	中国司法体制的基本现状	268
第二节	中国中央与地方关系和司法体制中的问题	270
第三节	中国中央与地方关系中的司法体制改革	280
第四节	中央与特别行政区关系的司法调控	298
附录		307
主要参考文献		334
后记		343

导论

一、问题的缘起与意义

19 世纪法国的政治与法律思想家托克维尔在其名著《论美国的民主》一书中对中国的中央集权制政体做过这样的评论：“在我看来，中国是以最集权的行政为被统治的人民提供社会安逸的最好代表。……中国人有安宁而无幸福，有百业而无进步，有稳劲而无闯劲，有严格的制度而无公共的品德。在中国人那里，社会虽然也在天天前进得相当好，但绝不是甚好。”^①然后他对中央集权制评论道：“一句话，中央集权长于保守，而短于创新。当它激起社会发生巨大动荡，或加速社会的前进步伐时，它便会失去控制的力量。”^②托克维尔对中央集权制政体的批评在今天看来似乎仍然十分中肯，并发人深省。中国作为一个有着两千余年中央集权

① [法]托克维尔：《论美国的民主》，董果良译，101 页，北京，商务印书馆，1988，注释 50。

② [法]托克维尔：《论美国的民主》，董果良译，101 页，北京，商务印书馆，1988。

传统的单一制国家，现在正处于加速社会发展的过程中。在这一社会转型时期，中国如何既维持高速发展，又保持社会和谐，已成为亟待解决的问题。

实际上，这一问题是在改革开放中变得突出的。中国在改革开放之前权力过于集中于中央，“统得太死”；改革开放后地方权力越来越大，中央对地方的控制力受到削弱，经常处于“一统就死”“一放就乱”的循环状况。在由传统计划经济向市场经济的转变过程中，中国的中央与地方关系上产生了一系列的问题：中央与地方政府的职责划分缺乏充分的法律依据；权力下放不到位；财权下放过度，严重削弱了中央政府的宏观调控能力；地区贫富差距拉大；“诸侯经济”，各自为政。^① 地方保护主义现象严重，国家整体被“条块分割”，还未形成一个统一的国内市场。这些情况与汉密尔顿等人在《联邦党人文集》中所指出的美国建国之初、联邦宪法实施之前各州之间及州与邦联之间的混乱状况似乎有些相像之处。可见，如何良好地处理中央与地方间关系，的确是古今中西都必须认真面对的课题。

要良好地解决这一课题，就必然涉及国家结构形式这一政体内容的制度设计和安排。我们知道，在传统上，国家结构形式可以被基本地分为单一制和复合制，复合制又可分为联邦制和邦联制。然而，实际上邦联已不是一种国家，因此当代国家结构形式只有单一制和联邦制两种基本类型。^② 本书的研究也

① 邢紫月：《联邦分权模式对我国处理中央与地方关系的借鉴意义》，载《黑河学刊》，2004(4)。

② 童之伟：《国家结构形式论》，143页，武汉，武汉大学出版社，1997。另外，任进教授在中国人民大学法学院举行的一次学术会议上提出了除这两种基本的国家结构形式之外，还存在一种“地区制”，以英国为代表，其结构包括：中央、地区和地方三层。这是一种很新颖的视角和观点，值得进一步研究。当前，笔者认为这实际上是联邦制的一种变化形式，而在本书中就不予以展开了。

正是立足于这样的理论前提之上。另一方面，单一制和联邦制的界分也并非绝对的，“单一制、联邦制的混合制即使迄今不曾有过，未来却不能说一定不会有，混合制从理论上说是完全可能的。”^①事实上，现代世界上的一些国家正在互相借鉴国家结构形式上的特点与做法。例如，西班牙、意大利等传统的单一制国家正准备进行联邦制改革，而俄罗斯、印度甚至美国等联邦制国家则不断地加强中央集权。与其说单一制和联邦制之间的差别是巨大的和明显的，还不如说是微妙的。

那么，联邦制与单一制之间就并非是鸿沟相隔，两者之间存在着互相借鉴的趋势。而欧盟的发展及其宪政制度的建立，^②又给了我们更好的研究范本。一般认为，在调整中央与地方关系上，单一制国家注重立法、行政乃至政党政治的作用，联邦制国家则更注重让司法权发挥作用。正如有学者指出的，政府间关系的司法调节和联邦主义体制紧密相关，法院特别是最高法院是联邦主义体系的调节者，没有法院的调节，联邦主义体制几乎不可能成功运转。^③这一点在美国表现得尤其明显。因此，研究中央与地方关系中的司法调控是怎样设置和发挥作用的，将有助于单一制国家思考与改进自身的做法。

二、研究的现状

关于本研究的主题，必然需要追溯和澄清关于国家结构形

① 童之伟：《国家结构形式论》，143页，武汉，武汉大学出版社，1997。

② [德]贝娅特·科勒—科赫等：《欧洲一体化与欧盟治理》，顾俊礼等译，北京，中国社会科学出版社，2004年；[美]约瑟夫·威勒：《欧洲宪政》，程卫东等译，北京，中国社会科学出版社，2004。

③ 刘海波：《中央与地方政府间关系的司法调节》，载《法学研究》，2004(5)。

式和中央与地方关系的宪政研究的现状。在这两个问题上作出杰出的成绩和贡献的且最具有代表性的当属童之伟教授的《国家结构形式论》(武汉大学出版社1997年版)和熊文钊教授的《大国地方——中国中央与地方关系宪政研究》(北京大学出版社2005年版)。由此可见,早在数年前,关于这方面的主题已成为国内一些学术前辈的博士毕业论文选题。以这两本著作观之,国内学者在国家结构(形式)和中央与地方关系问题上的主流观点仍是,坚持中央集权式的单一制模式。然而其论据和论证却存在着一定程度的不足与缺陷。例如,童教授的著作对国家结构形式划分为单一制和联邦制,单一制划分为中央集权单一制和地方自治单一制,联邦制划分为分权制衡联邦制、中央集权联邦制、民主集中联邦制和自治民主联邦制;并且分析了单一制、联邦制的优劣和历史地位再认识,然而其在最后讨论和批判“中国应采行联邦制”的观点时,他也明确指出和分析了这种观点实质上是邦联制,但仍以之为批判对象,得出中国不适合联邦制的结论。^①笔者认为,这在方法论上存在严重的缺憾,是一种偷换概念的批判方式,并未驳倒真正的“中国应当进行联邦制改革”的观点。熊教授在著作中坚持“实行单一制国家结构形式,确立中央统一领导的权威”的基础上,提出“建立中央与地方合理分权体制”、“全面推行和完善地方自治制度”、“完善中央对地方的控制机制”和“建立独立的司法体制”等主张,并且提出了制定地方制度法的立法建议。但总的来讲,熊教授并没有对司法体制,特别是联邦主义下的司法体制及其功能进行深入的分析。因为他的研究重点并非联邦制或联邦主义,而是国家结构形式中的中央与地方间关系。^②

① 童之伟:《国家结构形式论》,武汉,武汉大学出版社,1997。

② 熊文钊:《大国地方——中国中央与地方关系宪政研究》,北京,北京大学出版社,2005。

张千帆教授在其巨著《西方宪政体系》(上、下)以及相关的一系列论文中,分别对美国、德国和宪政体系中的联邦主义理论、制度和判例进行了系统的梳理和研究分析,并且相对突出了司法体系,特别是最高法院的作用。在美国方面,张教授主要从美国联邦宪法的“州际贸易”条款和联邦的调控权着眼,详尽地阐述了联邦法院,尤其是最高法院通过宪法案例的判决,对联邦与州、州与州之间的政治、经济等关系的调节和整合作用。在德国方面,张教授研究了德国的联邦国体,包括德国的联邦模式、纵向分权、地方自治、“联邦和睦”和“合作联邦主义”,并分析了德国联邦主义的发展趋势,其中以案例形式突出了法院特别是宪法法院的整合作用。在欧盟方面,研究了欧洲法院和司法审查以及欧盟的法律结构,其中欧洲法院起到了至关重要的作用。^① 张教授在《宪法学导论》一书中还区分了联邦制的英美模式(基于民主责任制理论,联邦和各州职能几乎完全独立)和德国为代表的欧洲大陆模式(联邦更侧重于负责立法,而各州则负责执行联邦法律)。这个区分对我的研究思路提供了重要的启示。^②

刘海波教授在《政体初论》中,对宪政联邦主义进行了深入和细致的分析,包括宪政联邦主义的概念、价值论、知识学,对其进行了初步的论述。并且刘教授对联邦主义与司法的关系进行了研究,认为美国联邦主义结构本身的体制性因素不同于德国,其立宪设计没有使各级政府在组成、立法和执行上相互依赖,因此不存在正式的重要体制保障或内部的协调机制;而

^① 张千帆:《西方宪政体系》(上册·美国宪法),北京,中国政法大学出版社,2004;张千帆:《西方宪政体系》(下册·欧洲宪法),北京,中国政法大学出版社,2001。

^② 张千帆:《宪法学导论》,北京,法律出版社,2004。本书下面的部分研究以此为基础。

且增加这种体制防护因素不见得可取。司法权如何安排是建设美国式联邦主义首先要考虑的问题，这其中充满了复杂和微妙之处。普通法司法制度和蕴涵于普通法司法内在逻辑中的司法审查，是美国联邦主义成功运转基础性的不可缺少的条件。联邦主义政制结构的理论不是关于司法权安排的理论。^① 他还在《中央与地方政府间关系的司法调节》一文中，指出：要部分吸收政府间结构的重叠统治模式中的优点，在继续让中央政府拥有强大的独立执行力量的同时，可以放心地让地方政府拥有更大的自主权。在立法、行政过程中进行政府间权力范围的调整，有很大的弊端，我们应充分注意司法调节方式的优点。^② 尽管中国司法的现状不尽如人意，但通过司法改革：司法独立、司法权的适当统一、减少上级对下级法院行政干预的同时注入判例法的因素，例如最高法院的行政诉讼可以制作判例法等，司法可能在调整中央与地方关系上起到建设性的作用。通过确立真正意义上的司法权，困扰我们的中央地方关系的“大一统——分裂”式周期性循环将可能真正得以解决。

美国方面，在联邦主义上的经典著作《联邦党人文集》中，“联邦党人”们并未重视联邦司法体制及其联邦主义的作用，更多的是强调行政，特别是中央行政的作用，努力将原本长期散乱的各州权力集中到联邦中央的手中。但是之后的联邦宪法和联邦最高法院的司法实践突破了联邦党人的最初设想，这在法国人托克维尔的《论美国的民主》中得到了杰出的分析。令人奇怪的是，由外人看一个问题会更清楚些，美国的情况也似乎如此。美国研究联邦主义的著名学者文森特·奥斯特罗姆教授，以美国经验为基础，系统地勾勒出了联邦主义的概念，提出了

① 刘海波：《政体初论》，北京，北京大学出版社，2005。

② 刘海波：《中央与地方政府间关系的司法调节》，载《法学研究》，2004（5）。

联邦主义的哲学—政治学—经济学理论，并在《联邦党人文集》的基础上发展了复合共和制理论。^①

相对而言，欧洲大陆国家，特别是作为其代表的德国的宪法学理论界，由于大陆法系非普通法的传统，在长期以来未对司法权在联邦主义体制中的作用引起重视。然而在德国和近年来的欧盟中，司法联邦主义实质上在发挥着比较重要和关键的作用，虽然这种作用不能与美国的相提并论。一些美国学者在著作中简单地比较了美国和欧洲及德国在联邦主义上的这种细微区别。因此，对欧洲联邦主义在司法方面的实践和理论仍然具有进一步研究的空间和必要性。中国的国际法学者王千华对欧洲法院的司法能动性进行了较为系统和深入的论述。^②但是他更多的是从国际法的视角和方法去审视欧洲法院的问题，并且基本未从联邦制的角度考察欧盟。

从以上这些研究我们可以发现，国内学术界目前尚未对中央与地方关系中的司法调控问题进行专门的研究，而国外学术界的一些相关研究也属于较为零散和不成系统，并且几乎没有对世界主要的联邦制国家的司法权制度进行详细阐述，并分析其功能的专题研究。所以，本书的研究也就仍有着些许意义，可以澄清一些理论上的问题，并对中国的制度建构和实践有所启示。

三、研究的方法

本书主要采用以下几种研究方法，其中对社会学的“理想

① [美]文森特·奥斯特罗姆：《美国联邦主义》，王建勋译，上海，上海三联书店，2003；《复合共和制的政治理论》，毛寿龙译，上海，上海三联书店，1999；《美国公共行政的思想危机》，毛寿龙译，上海，上海三联书店，1999。

② 王千华：《论欧洲法院的司法能动性》，北京，北京大学出版社，2005。

类型”和“结构功能主义”的研究方法是较为重要和独特的。

(一)“理想类型”概念与类型化的研究方法

20世纪德国著名的社会科学大师马克斯·韦伯在其著作《社会科学方法论》中提出了“理想类型”(ideal-type)这一基本概念,确立了类型化的研究方法,以作为社会科学研究的基础。韦伯认为,社会科学的研究只能说是参照了一种思想类型使具体认识对象的关系特征实际地变成清晰的和可理解的。一种理想类型是通过单方面地突出一个或更多的观点,通过综合许多弥漫的、无联系的,或多或少存在的、偶尔又不存在的个别的现象而成的,这些现象根据那些被单方面地强调的观点而被整理在一个统一的分析结构中。^①因此,韦伯的“理想类型”是一个纯粹的概念,它通过强调具体现象中的某些成分而撇开一些不相关的因素,从而提升为一种纯粹的、无矛盾的思想秩序或思想图像。它是一个“乌托邦”。而理想类型中的“理想”,是指在某种可能性中考察事物之意。所谓可能性,就是无矛盾,能有的意思。利用“理想类型”以说明或叙述社会现象,就是以“能有”为媒介去探明“现有”之谓。理想类型的方法特色,在于透过可能性去认识现实性。韦伯的理想类型方法论是一种建立在发生学基础上的研究方法,运用类型化方法进行研究就是当我们要考察一种研究对象时,先从众多的现象、事件中抽象出不同的理想类型概念,再用概念解释研究对象,然后去发现理想类型与现象事件之间的误差,然后再按这种误差去修订理想类型,使之逐渐接近现实,从而被呈现出来。韦伯提出的“理想类型”包含三层意思:①“理想类型”是一种“可能的模型”;②“理想类型”是一种价值无涉的“可能”;③“理想类型”

^① [德]马克斯·韦伯:《社会科学方法论》,杨富斌译,187页以下,北京,华夏出版社,1999。

是不同动机下的修正。^① 笔者认为，在研究纷繁复杂的国家结构形式时采用类型化的方法，对我们认知各种政体制度安排和实践运行存在很大的价值。

事实上，这种方法已被行政法学者研究行政法的理论基础问题时采用。罗豪才教授等学者将历史上主要国家的行政法理论基础归纳为“控权论”和“管理论”，并以此为基础提出了行政法的理论基础是“平衡论”。^② 这就是一次对“理想类型”研究方法的成功运用。而有学者提出，可以把“单一制”“联邦制”视为国家结构形式的两种“理想类型”，那么在对“单一制”“联邦制”的实践形式进行考察时，常常发现，纯粹的单一制、联邦制国家正在消解，一些国家随着国情的变化呈现出单一制与联邦制形式的交叉融合的趋势。因此今日的单一制、联邦制概念的内涵，早已不同于它们在 19 世纪，甚至 20 世纪前半叶所包容的内涵。它们之间的很多重大差别已经消失。^③ 笔者赞成这种方法和思路，然而这并不表明传统的“单一制”“复合制”“联邦制”“邦联制”等概念就没有存在的意义了，而恰恰说明研究这些复杂的社会现象、政治现象或宪法现象时采用理想类型方法的重要性。

目前宪法学界仍没有学者真正采用这种类型化的方法研究某个特定的宪法问题。本书将采用这一方法对“联邦制”概念进行类型化，并提出相应的“理想概念”。本书前面所提到，张千帆教授将联邦制区分为英美模式和欧洲大陆模式。这一观点已

① 吴晓：《论类型化方法对宪法学研究的意义》，载《政法学刊》，2006(1)。

② 罗豪才主编：《现代行政法的平衡理论》，北京，北京大学出版社，1997。

③ 吴晓：《论类型化方法对宪法学研究的意义》，载《政法学刊》，2006(1)。

基本上被国内学术界较为普遍的接受。笔者在此基础上,进一步将联邦制划分或者“设定”为这样两种理想类型:普通法模式和欧洲大陆模式,并分别选定美国和德国作为研究的主要对象,并在研究中兼顾其他联邦制国家的制度实践。^①

(二)结构功能主义的研究方法

结构功能主义是20世纪西方社会学界占据主导地位的理论。事实上功能主义流派也是社会学最早形成的学派,源于由被尊为社会学创始人的奥古斯特·孔德(1798—1857)。他非常重视社会学和生物学的契合,并将社会看做有机体,从生物学借用概念而建立社会有机论。^②赫伯特·斯宾塞(1820—1903)试图将社会学发展为超机体的,他预料到了现代功能主义的主要特征,并且指出“在简单的系统中”“满足不同部分的整合的需要”“维持系统各部分的需要”“生产和分配信息及物质的需要”“政治调整和控制的需要”是“由系统的各组成部分加以满足的。然而,当结构开始扩展到变得愈来愈复杂的时候,这些需要就由专门的结构加以满足,当社会变得高度复杂时,结构就会变得更加专门化”。^③他们之后的埃米尔·迪尔凯姆(1858—1917)继承了有机论,在其主要著作《社会的劳动分工》提出了基本的假定:①社会本身可以被看做是一个实体,它区别于自己的各个组成部分并且不可归之于各组成部分,肯定优先分析社会整体的重要性;②在强调优先分析整体时,把系统的组成部分看做是完成整体基本功能、满足整体的需要和必要条件的东西;③以“常态”和“病态”使社会系统概念化,强化“功能需要”的观念;④如果把系统看成是常态和病态的,并从功能的

① 这里提到的观点和类型划分将在本书后面作进一步的详细阐述。

② [美]乔纳森·H. 特纳:《社会学理论的结构》,吴曲辉等译,43~44页,杭州,浙江人民出版社,1987。

③ 同上,50~51页。