

中国公法三十年【卷一】

公法理论研究 与公法教学

姜明安 主编



北京大学

1909.27
3

中国公法三十年【卷一】

公法理论研究 与公法教学

主 编 姜明安

编 委 (按姓氏笔画排列)

王锡铤 王 磊 甘超英 沈 岿 张千帆 郑春燕
姜明安 湛中乐 蔡乐渭

撰稿人 (按姓氏笔画排列)

王亚霖 王姝君 王锡铤 王 磊 甘超英 田飞龙
毕洪海 李 爽 何才林 沈 岿 张千帆 林良亮
周华兰 郑春燕 徐 靖 阎 天 陶品竹 韩姗姗
程 迈 湛中乐 蔡乐渭 裴铭光

北京
大学
出版
社



图书在版编目(CIP)数据

公法理论研究与公法教学/姜明安主编. —北京:北京大学出版社, 2009. 6
(中国公法三十年)

ISBN 978 - 7 - 301 - 15287 - 4

I. 公… II. 姜… III. ①公法 - 法学史 - 中国 - 现代 ②公法 - 教育史 - 中国 - 现代 IV. D909.27

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 091389 号

书 名: 公法理论研究与公法教学

著作责任者: 姜明安 主编

责任编辑: 郭瑞洁

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 15287 - 4/D · 2310

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 35 印张 537 千字


2009 年 6 月第 1 版 2009 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 56.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn



《中国公法三十年》编委会

总 主 编

罗豪才

副总主编（按姓氏笔画排列）

马怀德 胡建森 姜明安 韩大元

编 委（按姓氏笔画排列）

马怀德 王青斌 王贵松 王锡铤 王 磊
甘超英 朱新力 孙笑侠 杜强强 沈 岍
张千帆 张 莉 张 翔 林来梵 金伟峰
金承东 郑春燕 郑 磊 胡建森 姜明安
费善诚 夏立安 钱弘道 章剑生 屠振宇
韩大元 韩春晖 湛中乐 蔡乐渭

总 序

中国的公法^①大约有近四千年的历史,如夏代的《政典》、西周的《周礼》,均包含大量的行政法规范,特别是《周礼》,被认为是一部“包罗万象的行政法大全”^②。之后,中国历代封建王朝,其公法均有相当发展,云梦《秦简》、汉《九章律》、隋《开皇律》中都有数量不小的公法规范,至于《唐六典》、《大明会典》、《清会典》,则更被认为是“调整封建国家各机关活动规则的行政法典”^③。

中国的公法学,则发展、发达较晚,仅有一百多年的历史。梁启超在 19 世纪末 20 世纪初发表的《自由书》(1899)、《各国宪法异同论》(1899)、《立宪法议》(1900)、《中国国会制度私议》(1910)、《宪政浅说》(1910)、《宪法之三大精神》(1912)等被视为中国早期的公法学论著。^④继梁启超之后,中国涉足公法学研究的学者逐步多了起来,相应著述也逐步丰富起来,如保廷梁的《大清宪法论》(1910)、白鹏飞的《行政法总论》(1923)、王世杰的《比较宪法》(1927,1936 年第三版时改为与钱端升合著)、张知本的《宪法论》(1933)、管欧的《行政法各论》(1936)、马君硕的《中国行政法总论》(1947)、刘静文的《宪法中政府制度的比较》(1948)等。^⑤

① 公法有广义和狭义之分。广义的公法指“规定国家有组织的政治团体、政府及其部门和它们的代理机构的结构、行为权力和豁免权、义务及责任的规则和原则。……主要调整国家与普通个人之间的关系。……公法通常包括宪法、行政法、行政诉讼法、地方政府法、社会保障法、税收法、教会法和军事法。刑法和刑事诉讼法有时也被包括在公法之中”(《牛津法律大辞典》,光明日报出版社 1988 年版,第 733 页)。狭义的公法仅指宪法和行政法。本丛书研究的公法为狭义的公法。

② 参见曾宪义主编:《中国法制史》,北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年版,第 27 页。

③ 参见张晋藩主编:《中国法制史》,群众出版社 1982 年版,第 90、129、195、203、277、303 页。

④ 梁启超的宪法、宪政论著还有《论政府和人民的权限》、《论中央地方之权限及省议会之必要与其性质》、《责任内阁释义》、《立宪国诏旨之种类》、《中国立国大方针》、《新民论》、《开明专制论》、《论中国与欧洲国体异同》等数种(参见邱远猷、王贵松:《梁启超宪法学思想研究》,载《法学家》2004 年第 3 期)。

⑤ 参见周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社、北京大学出版社 2000 年版,第 17—20 页;姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社 2007 年版,第 742—744 页。

从1949年中华人民共和国成立至今,新中国公法学的发展可以分为两个大的阶段:1949年至1978年为第一阶段,1978年至今为第二阶段。第一阶段,新中国公法学的发展是缓慢的,很多时候甚至是停滞的,公权力的行使处于无法无天的境地,公法学研究处于无学无术的状态。近三十年时间几乎没有正式出版过一部公法学教科书或专著,相关的著作和论文也很少见。^① 第二阶段,新中国公法学的发展步伐是快速且扎实的,取得了具有历史意义的重大成绩。这种成绩不仅表现在这三十年内数以千计的公法学术著作的出版和数以万计的公法学术论文的发表^②,更表现在大量的公法学术成果转化为推动公法及其制度建设的实践。1982年《宪法》及之后多项宪法修正案的出台、依法治国原则的确立、人权入宪、私人财产权的保障、公权力监督制约机制的建立等,都有公法学研究的作用和贡献。另外,《行政诉讼法》、《行政复议法》、《行政处罚法》、《行政许可法》、《立法法》、《公务员法》、《政府信息公开条例》等一系列规范公权力行使的法律、法规的制定,有限政府、透明政府、服务政府、责任政府及公开、公正、公平原则,正当法律程序原则,信赖保护原则,比例原则等一系列体现现代法治理念的公法原则为立法确立和制度化,在很多方面和很大程度上也都源于公法学研究成果的转化。当然,这三十年公法学研究的发展也得益于中国公法及其制度建设的伟大实践,正是中国法治实践为中国公法学理论提供了社会需求,提供了研究的素材,提供了不断发展的动力。这三十年中国的公法学发展与中国宪政、法治实践的发展实际上是相互促进的,二者处于一种良性互动的状态。

我们之所以要编写这么一套“中国公法三十年(1978—2008)”丛书,专门研究1978年以后中国公法三十年的发展,总结、分析其间中国公法理论、公法教学、公法立法、公法制度、公法监督(司法对公权力行使合法性的审查)以及对外国公法的译介与移植方面的经验,其出发点和动因有三:

其一,中国公法这三十年的发展经验对于中国未来民主政治和法治的

^① 可参阅张庆福主编:《宪法学研究述略》,天津教育出版社1989年版;许崇德主编:《新中国行政法学研究综述》,法律出版社1991年版。

^② 参见胡锦涛光、韩大元:《中国宪法发展研究报告》,法律出版社2004年版;应松年、杨伟东编:《中国行政法学20年研究报告》,中国政法大学出版社2008年版。

发展极为珍贵,极为重要。“文化大革命”的教训表明,一个国家的民主、法治的建设对于公民的权利、自由和幸福影响至巨,甚至具有决定性的影响。“文化大革命”中,许多人,包括处于公权力高位的国家主席,也包括作为普通百姓的工人、农民和知识分子,其人权备受践踏、蹂躏,其工作、学习和生活方式选择的自由,甚至人身的自由受到随意限制、侵犯,均在很大程度上源于当时中国民主、法治的不健全、不完善,乃至缺失。怎么健全、完善民主、法治,建设民主、法治的国家呢?基础工作之一就是公法及其制度架构的设计和构建。改革开放三十年来,中国在民主、法治建设方面取得的成就与我们在公法方面选择的正确发展方向、目标、路径是密不可分的。当然,在三十年中,我们也有不少不适当或不正确的选择。今后,中国的发展目标是进一步推进国民的人权保障和自由、幸福,促进国家的富强、民主、文明。为此,我们必须非常积极地,同时又非常审慎地推进公法及其制度建设。如何既积极,又审慎地推进公法及其制度建设,改革开放三十年来中国公法发展的经验(包括正面的和负面的经验)对于中国未来民主政治和法治发展方向、目标和道路的选择弥足珍贵,我们必须好好思考,用心总结这些经验。

其二,中国公法这三十年的发展经验对于中国未来公法学研究和整个法学研究的发展极为珍贵,极为重要。中国公法学研究发展的道路是曲折的。从梁启超到王世杰、钱端升,再到马君硕、管欧,中国公法学至20世纪三四十年代开始形成体系,并初具规模,但彼时研究的内容主要是西方的宪政、法治,或者是以西方的公法学理论研究中国当时专制式和西式混合的,以专制式为体,以西式为用的政体和法制。由于当时中国公法及其制度落后,加上各种客观条件的限制,当时中国公法学研究也不可能发达、兴盛。及至中华人民共和国成立,客观条件本来为公法和公法学在中国的发展、繁荣提供了很好的机会,20世纪50年代前期,中国公法和公法学也确曾显露出兴盛的趋势。但是“左”的思想和路线以及接连不断的政治运动给刚制定的宪法、行政法和刚创立的宪政和行政法制以一波又一波的冲击、破坏,至“文化大革命”时近乎彻底摧毁。20世纪50年代,当时七零八落的中国公法学队伍开始还试图以苏联公法学为蓝本,建立中国公法学的体系。到后来,这条道路也没有能走通。中国公法学的真正发展、兴盛是在改革开放后

的三十年。在这三十年间,公法及其制度一步一步发展,从人治到法制,从法制到法治,从依法治民到依法治官,从漠视人性到重视人权,从严管、严打之治到正当法律程序之治,从全能政府到有限政府,从命令行政、强制行政到合作行政、服务行政,从形式法治到实质法治,从注重文本宪法到注重实践宪政……公法学及其学术流派理论也相应地不断创新、深化,从管理论到控权论,从控权论到平衡论,从实用主义到规范主义、功能主义,从“西化论”到“本土论”,从借鉴、移植到普适与特色的结合……三十年的争鸣、探索,其经验和教训是极其珍贵的。未来中国公法学,乃至整个中国法学发展的道路怎么走,不能不借鉴这三十年的经验。为此,我们有必要好好总结一番。

其三,中国公法这三十年的发展经验对于经济、政治和社会体制转型国家的制度变革和宪政、法治建设具有重要的借鉴作用。中国的发展道路是特别的,很难设想世界上还有其他国家会有中国的“二万五千里长征”,会有中国的“大跃进”和“文化大革命”,会有独具中国特色的改革开放。但是中国与世界其他国家共同生活在一个星球,特别是同处在各国交往越来越多、联系越来越密切,其治道相互借鉴的程度越来越高的全球化时代,中国的发展道路又不可能是完全特别的,它不可避免地与世界其他国家有着某些共同的特征,不可避免地与世界其他国家面临着共同的问题,从而其解决相应问题的途径必然有为世界其他类似国家借鉴的可能性。例如,由计划经济体制向市场经济体制的转型,由人治治道向法治治道的转型,现在世界上很多国家也正在经历或将经历。由于要进行同样的(尽管各有各国的特色)转型,其转型的经验自然可以相互借鉴。所谓转型经验当然包括以公法及其制度指导、促进和保障转型的经验。其中,如何处理宪政、法治与改革、稳定、发展的关系,如何处理宪政、法治与市场经济的关系,如何处理宪政、法治与有序发展民主、推进政治体制改革的的关系的经验,对于正在经历或即将经历转型的国家无疑具有较多的普适性和借鉴意义。因此,我们特别有必要对此好好总结,以为探索各种转型国家进行的制度变革作出我们应有的贡献。

本套丛书由教育部哲学社会科学重点研究基地——北京大学宪法与行政法研究中心策划和组织,由公法领域的四所国家重点学科单位——北京

大学、中国人民大学、中国政法大学、浙江大学——的公法学者担纲编写。^①丛书共包括四卷,分别为:卷一,公法理论研究与公法教学(北京大学公法学者撰写)。该卷旨在探讨宪法学与行政法学在过去三十年的理论发展脉络,以及宪法学与行政法学教学的发展线索,从中挖掘中国公法学理论和教学同中国制度建设需求之间的互动关系,评价公法学术上的得失,揭示未来的可能发展。卷二,公法的制度变迁(中国人民大学公法学者撰写)。该卷主要以公法领域修宪(1982年《宪法》的制定和以后的四次修宪)和重大法律的制定为线索,展示公法制度在过去三十年的变革,揭示公法制度发展的内在逻辑,找寻促进或阻碍公法发展的因素与力量。内容涉及宪法修订或法律的制定、修改及其背景;宪法或法律的主要内容及重大制度的创新;公法制度的实际运行及评价;重大典型的公法事件;等等。卷三,行政诉讼制度的发展历程(中国政法大学公法学者撰写)。该卷主要考察司法对政府行为的监督及其发展。从1982年通过民事诉讼审理行政案件始,经《行政诉讼法》制定、三次重要的司法解释(两次对《行政诉讼法》的全面解释和一次对证据问题的专门司法解释)和最高人民法院大量的批复、指导性案例,直至近几年出现的以宪法为据对政府行为的司法审查,对此进行系统的梳理和归纳。以中国司法在宪政结构中的特殊地位为背景,展现司法在推动宪法与行政法的演进方面所发挥的作用,揭示司法推动力的渊源及其面临的阻碍,探讨司法审查的发展趋势。卷四,外国公法译介与移植(浙江大学公法学者撰写)。该卷研究中国作为法治后进国家,对域外相关制度的移植与借鉴、对域外公法理论的引介与吸纳;考察中国公法三十年来对域外制度与理论的移植与引进,在本土与移植之间所表现出来的徘徊与取舍,总结中国公法在这方面的经验与教训,讨论外来经验与本土资源在中国这一特定语境下存在的紧张与契合,探究在本土与移植间所秉持的理念和采取的态度。^②

本套丛书的总主编是中国法学会行政法学研究会名誉会长、北京大学

^① 北京大学宪法与行政法研究中心于2004年通过评审,被确定为教育部哲学社会科学(宪法学与行政法学)的重点研究基地,是全国公法领域唯一的全国重点研究基地。北京大学、中国人民大学于2002年被评定为公法领域的国家重点学科单位,中国政法大学、浙江大学于2007年被评定为公法领域的国家重点学科单位。

^② 这些内容是丛书策划时所制定的编撰方案所确定的,各卷在编写时,主编和作者对之有所调整。

宪法与行政法研究中心名誉主任罗豪才教授。罗教授对这套丛书的编写非常重视,不仅在丛书编写工作启动之初即确定了本丛书的指导思想,即以邓小平理论、三个代表重要思想和科学发展观指导对中国公法三十年经验的总结,通过对过去三十年经验的全面总结和深入反思,推进未来中国公法和公法学的健康发展,而且在丛书编写的各个环节和时段,对丛书的内容和体系、结构等提出了许多具体的建议和意见。这套丛书的编写工作能够顺利启动和最终完成,除了总主编罗豪才教授和各位副总主编所进行的认真的组织工作,全体编委、撰稿人为收集、梳理资料和撰写、修改书稿所付出的辛勤劳动外,还应特别提及下述几位学者的特殊贡献:一是沈岷和王锡铤教授,他们最早提出了这套丛书的策划方案,并且在编写过程中提出过很多有益的建议;二是陈端洪和翟小波博士,他们虽然没有参加丛书的撰稿,但多次参加编写会议,为这套丛书贡献了他们的诸多智识;三是金承东副教授、王贵松博士和王青斌博士,他们分别承担了浙江大学、中国人民大学和中国政法大学各相应分卷编写的大量组织和联络工作,为各分卷的顺利启动、完稿贡献良多。对于这些学者的特殊贡献,我们表示特别的感谢。

本套丛书在编写过程中,曾多次召开各种大小研讨会,由各卷负责人或主要作者参加,讨论丛书涉及的各种理论问题和技术性问题,协调各卷内容的分界,交流对有关人物、事件和学术观点的评价。尽管如此,参加丛书编写的作者对所讨论的问题并未全部达成共识。因此,本套丛书无论在理论观点上,还是在编写体例和风格上,都未能完全一致。而且由于时间有限,作者的研究视野有限,本套丛书对公法三十年所涉人物、事件的研究肯定有不少遗漏,对相应人物、事件和学术观点的评价肯定有不适当甚至错误之处。对此,一方面要恳请读者,特别是被本丛书遗漏和不当评价的学者和实务工作者原谅;另一方面则请发现丛书不当和错误之处的读者给我们指出来,以便我们予以修正。

如本序言前面所述,总结中国公法三十年发展的经验是一件非常有意义的事,同时也是一件非常急迫的事,趁着许多老一辈公法学家还健在,趁着许多珍贵的公法文件、资料还没有流失,我们的总结可能较大限度地接近历史真实。否则,若干年以后我们再来做这件事,困难就会多得多。我们组织本丛书的编撰只是做这件事的开始,我们希望有更多的学者参与,能从不

同的角度(如政治学、社会学的角度),以不同的方式(如专题研究的方式、实证研究的方式)对过去三十年中国公法发展的功过得失进行总结、反思。

在本丛书付梓之际,依出书惯例写下这些“多余的话”,是为序。

姜明安

于北京八里庄

2008年8月28日

本书编写分工

- 第一章 张千帆 何才林 田飞龙
第二章 甘超英 李爽 裴铭光 王姝君 王亚霖
第三章 王磊 韩姗姗
第四章 沈岩
第五章 毕洪海
第六章 郑春燕 陶品竹
第七章 王锡铎 阎天 林良亮
第八章 湛中乐 徐靖
第九章 蔡乐渭
第十章 程迈
第十一章 周华兰
姜明安负责全书统稿定稿

目 录

第一编 宪法学理论

第一章 中国宪法学的思想、研究方法与理论流派	003
一、引言	003
二、中国宪法思想的变迁	004
三、中国宪法学研究方法的转型	027
四、中国宪法学理论流派的形成	041
五、代结论——未来的课题与展望	061
第二章 中国人权与宪法权利	063
一、传统权利观的回顾	063
二、人权的一般理论研究	077
三、宪法基本权利的一般理论研究	110
四、宪法权利的个别理论研究	125
五、宪法基本权利保护的限制	181
六、结语：认真对待和重视权利	190
第三章 中国宪法监督	193
一、引论	193
二、我国违宪审查研究的发展脉络	193
三、三十年宪法监督研究的理论探索	207
四、三十年我国违宪审查制度研究	225
五、三十年违宪审查制度建构之模式探索	232
六、结语：宪法监督研究的推进模式	242

第二编 行政法学理论

第四章 行政法理论基础回眸	249
一、开拓疆域:命题与纲领	249
二、渐臻成熟:系统化论证	258
三、百家争鸣、百花齐放	266
四、更上层楼、更辟新径	278
五、结语:整体、共识和未来	286
第五章 行政法基本原则:走向成熟的实用规范	293
一、导言	293
二、“半独立”:与政治和管理原则交融	295
三、包容而简疏:合法性与合理性	302
四、反思与重构:原则的拓展与具体化	308
五、可操作性:立法宣告与司法适用	314
六、结语:制定法时代的普通法	320
第六章 公共行政组织法治化进程研究	322
一、混沌而交错:早期行政学视角下的行政组织法学研究	322
二、星星之火:法律注释路径下的行政组织法学研究	328
三、开拓与创新:行政主体范式的行政组织法学研究	333
四、反思与建构:行政组织法学研究的法典化努力时期	343
五、多元与开放:渐进式的公共行政组织法治化时期	351
第七章 行政过程	359
一、行政行为理论研究的发展与评估	359
二、行政程序理论研究发展与评估	375
三、行政法模式的变迁	387
第八章 监督行政与行政救济	409
一、监督行政	409

二、行政责任	415
三、行政救济	422

第三编 公法学教育

第九章 公法学教育发展简史	477
一、蹒跚前行与全面停滞时期(1949—1977年)	477
二、初步复苏时期(1978—1982年)	479
三、发展时期(1983—1989年)	481
四、繁荣时期(1990年至今)	483
第十章 公法学教学和教材编写	487
一、宪法学的教学和教材编写	487
二、行政法学的教学和教材编写	499
第十一章 公法学研究生教育与职业培训	509
一、硕士、博士研究生专业的设置	509
二、硕士研究生的招生与培养	524
三、博士研究生的招生与培养	532
四、公法学职业培训	538

第一编

宪法学理论

