

万国法学文库

宪法实施的 行政法路径研究

——以权利为视角

魏建新 著



知识产权出版社

万国法学文库

宪法实施的行政法 路径研究

——以权利为视角

魏建新 著

知识产权出版社

内容提要

我国宪法实施的最大问题是宪法权利缺乏有效的实施机制。本书通过比较国内外宪法权利实施的制度和实践,认为通过行政法实施宪法,是我国宪法实施选择的途径。具体做法是把宪法权利确立为行政法的最高价值,在行政诉讼法框架内完善救济宪法权利的机制。通过行政法的发展,积极推动宪法诉讼制度的建立。

读者对象:政法院校师生、研究宪法和行政法的相关人员。

责任编辑:彭小华

责任校对:韩秀天

特约编辑:王丽莉

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

宪法实施的行政法路径研究/魏建新著. —北京:知识产权出版社, 2009. 6
(万国法学文库)

ISBN 978—7—80247—701—8

I. 宪… II. 魏… III. ①宪法—研究—中国②行政法—研究—中国

IV. D921. 04 D922. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 078714 号

万国法学文库

宪法实施的行政法路径研究

——以权利为视角

Xianfa Shishi De Xingzhengfa Lujing Yanjiu

魏建新 著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编: 100088

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 箱: bjb@cnipr.com

发行电话: 010—82000893 82000860 转 8104

传 真: 010—82000097

责任编辑: 010—82000860—8115

责编邮箱: pengxiaohua@cnipr.com

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

经 销: 新华书店及相关销售网点

开 本: 880mm×1230mm 1/32

印 张: 9.25

版 次: 2009 年 6 月第 1 版

印 次: 2009 年 6 月第 1 次印刷

字 数: 250 千字

定 价: 26.00 元

ISBN 978—7—80247—701—8/D·804 (2550)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

摘 要

我国宪法实施的最大问题是宪法权利缺乏有效的实施机制：现有的人大监督宪法实施体制，在实施的主体上、方式上、程序上都存在严重问题，在我国当下短期内很难建立宪法诉讼。由于宪法与行政法都是以规范政府权力来达到保护公民权利的目的，可以利用行政法来改变宪法实施的困境，寻求宪法实施的行政法路径。

本书由绪论、正文和结论组成，其中正文共六章。

第一章 宪法实施与行政法的关系 根据人类社会法制进化规律，在进入宪政法治阶段，行政法作为宪政的支柱法，对宪法实施发挥着重要作用。由于膨胀的行政权冲击宪法是社会发展带来的客观现象，宪政背景下行政法的出现就是控制行政权，保护公民权利。行政法在实现自身使命的过程中实施着宪法，行政法使抽象、文本的宪法成了现实、具体的宪法。宪法实施中行政法问题经常与宪法问题联系在一起。

第二章 宪法权利的立法实施和司法实施 宪法权利的实施包括立法实施和司法实施。宪法权利的立法实施是从议会立法到行政立法的过程，规范行政立法是宪法权利立法实施中的关键问题。宪法权利的司法实施是从行政诉讼到宪法诉讼的过程；基于行政诉讼与宪法诉讼的特殊关系，通过行政诉讼实施宪法权利，将成为我国宪法实施的现实选择。

第三章 国外宪法权利的实施 宪法案例是西方宪政国家宪法实施的标志。探讨行政诉讼在宪法案例中的作用，有助于借鉴国外宪法实施的经验：在诉讼中行政法问题演变为宪法问题，宪法是处理权利争议的最高标准，权利是宪法司法实施的动力，社

会转型为宪法的司法实施带来了机遇。

第四章 我国宪法权利实施的行政法规范分析 对我国宪法权利的行政法规范进行梳理后发现：很多行政法规范以立法目的宣称维护宪法权利而实际上是在限制，行政法规范存在明显的权力秩序追求，行政法规范缺乏对宪法权利的必要尊重，宪法权利在行政法规范中缺乏可操作性的实施规范。宪法权利被行政法规范所不当限制的重要原因是缺乏权利理念。

第五章 我国宪法权利实施的行政法案例分析 社会转型使我国宪法权利案例大量出现，社会需要宪法权利的司法实施。以宪法的名义维权，大量宪法权利争议以行政法案例的方式出现是对现行行政诉讼制度提出的要求，借助于行政诉讼保护宪法权利，行政制度规则在诉讼中面临挑战，社会迫切要求建立直接实施宪法的司法机制。

第六章 通过行政法的宪法实施 结合国内外宪法权利实施的制度和实践，通过行政法实施宪法，是我国宪法实施选择的路径。把宪法权利确立为行政法的最高价值，在行政诉讼框架内完善救济宪法权利的机制：把宪法权利的行政争议纳入行政诉讼范围，在行政诉讼中直接适用宪法权利规范，确立法院对行政法规、行政规范性文件的违宪判断权和最高法院的有限释宪权。通过行政法的发展，积极推动宪法诉讼制度的建立。

ABSTRACT

The crucial question of being lack of the effective implementing mechanism of constitution rights challenges the implementation of the constitution in our country. There have been serious problems in the existing system of NPC monitoring the implementation of the constitution such as the subject, pattern and procedure of implementation. It is also difficult to establish constitutional litigation in short time in our country. In view of both constitution and administrative law standardizing the power of the government to protect the civil rights, we can make use of the administrative law to change the difficult situation and seek the administrative way in the implementation of constitution.

This dissertation consists of three parts: the preface, the body and the conclusion and the body includes six chapters.

The first chapter: the relations between implementation of the constitution and the administrative law. When entering the stage of constitutionalism and rule of law, administrative law serving as the supporting law of constitution can play a great role in implementation of the constitution according to the discipline of legal system evolution of human society. By virtue of the objective phenomenon of expanded executive power challenges the constitution with the social development and the emergence of the administrative law in the context of the constitutionalism is to control the executive power and guarantee civil rights. Administrative law implements the constitution by turning the ab-

stract, textual constitution into realistic, material constitution in the process of realizing its own duties. In the process of implementation of the constitution the question of administrative law usually relates with that of constitution.

The second chapter: the legislation and litigation of implementation of constitution rights. There are two kinds of implementation involved in the implementation of constitution rights, one is legislation which refers to the process from the congress legislation to the administrative legislation and in which the key issue is to regulate the administrative legislation. The other is lawsuit which refers to the process from administrative litigation to constitutional litigation. Taking the special relations between administrative litigation and constitutional litigation into consideration, the administrative litigation by which the constitution rights can be realized will become the realistic choice of the implementation of the constitution in our country.

The third chapter: analysis on the typical foreign cases of constitutional rights implementation. The constitutional cases are the symbols of implementation of constitution of western constitutionalism countries. Discussing the role which the administrative litigation play in the constitutional cases contributes to learn experience from foreign constitution implementation; the question of administration is to evolve one of constitution, the constitution is the highest standard of dealing with disputes concerning with rights, rights is the drive to the implementation of constitution, the transformation of society has offered opportunities of the development of the judicial implementation of constitution.

The fourth chapter: analysis on the administration norms in

the implementation of constitutional rights in our country. To comb administration norms concerning with the constitutional rights, we can find that many of them actually restrict the constitutional rights other than safeguard them which has been claimed in the purpose of the legislation. There exists the obvious pursuit of power order and lacks the necessary respects to the constitutional rights in the administrative norms which are short of the operable implementation norms. The lack of the idea of rights is the main reason why the constitutional rights are unduly restricted by the administrative norms.

The fifth chapter: analysis on the administrative cases of implementation of constitutional rights in our country. With the advent of a large quantity of cases relating with the constitutional rights brought about the social transformation, social requires the judicial enforcement of constitutional rights. The phenomenon that many disputes concerning with constitutional rights which safeguard rights on behalf of constitution emerge in the form of administrative cases challenges the existing administrative litigation system. We can make use of administrative litigation to protect the constitutional rights. The rules of administrative system face with the challenges in the litigation and social needs badly to establish the direct judicial mechanism to enforce the constitution.

The sixth chapter: implementation of the constitution by way of administrative law. The choice of the way has been put forward that the constitutional implementation by way of administrative law considering the institution and practice of foreign implementation of constitutional rights. To perfect the mechanism of relieving the constitutional rights in the area of adminis-

trative litigation which has referred to constitutional rights as the highest value such as ; to bring the administrative disputes about constitutional rights into the scope of accepting cases of administrative litigation, to vest the court with the power of unconstitutional investigation to administrative regulations and normative documents, to endue the Supreme Court with the power of the restricted constitutional interpretation. We should actively promote the establishment of the constitution lawsuit system through the development of the administrative law.

序

宪法能不能实施在中国仍然是一个问题。长期以来人们把宪法当作“政治法”，束之高阁。当认识到宪法是个法时，又把宪法的解释实施权交给了最高立法机关——全国人大常委会，使宪法脱离司法远离生活而难以实施。所以，宪法如何实施仍然是一个困扰中国宪法学者的问题。多少年来，宪法监督保障、宪法实施成为中国宪法学界一遍又一遍唱起的老歌，半个多世纪过去，宪法仍停留在纸上。为了寻求中国宪法实施的途径，我们曾力推宪法司法途径实施这一宪法实施的常识性路径而未能成功。看来，宪法的行政化实施成为当前中国最可行的途径。

魏建新博士是我的第一个博士研究生，因他硕士学行政法，根据他的起始专业背景，我鼓励他从行政法的角度来观察研究宪法的实施问题。对宪法与行政的关系，名家有过诸多的论述。有人说，行政法学是宪法学的一个分支，因为它直接来源于法治下的宪法原理。有人说，宪法与行政法的核心作用都是约束限制政府任意的权力，以免公民个人权利沦为政府恣意支配的工具。可见，行政法是实施宪法的最重要也是最有效途径，只不过它们的层次和实施方式不同而已。我认为，宪法是大脑，行政是身躯和四肢，没有行政法，宪法不能行走。所幸的是，近二十年来中国行政法的迅速发展为宪法实施提供了基础和广阔的前景，如行政诉讼法为保护公民免受行政不法行为的侵害提供了途径，如张先著反就业歧视案就是通过行政诉讼实施宪法平等权的典型案例。教育法和义务教育法就是通过行政立法保障宪法公民受教育权实施的例子。当然行政法实施宪法的情况远不止这么简单。魏建新博士这篇论文就是从行政法的角度全面论述了宪法与行政的关

系，特别是从行政法实施宪法的角度，从行政立法到行政诉讼，从国外的经验到我国近年来各地方大胆探索的实践，为我国宪法实施探索了一条从理论到实践的有效途径。

蔡定剑*

* 蔡定剑，中国政法大学宪政研究所所长，教授，博士生导师。

目 录

绪 论	(1)
一、我国宪法实施存在的问题	(1)
二、行政法对宪法实施的作用	(5)
三、研究的基本思路和基本框架	(10)
第一章 宪法实施与行政法的关系	(13)
一、法制进化中的宪法与行政法	(13)
二、对宪法与行政法关系的认识	(19)
三、行政法实施宪法	(30)
四、宪法实施中的宪法与行政法问题	(35)
第二章 宪法权利的立法实施和司法实施	(42)
一、宪法权利实施的理念	(42)
二、宪法权利的立法实施	(45)
三、宪法权利的司法实施	(53)
第三章 国外宪法权利的实施	(66)
一、宪法司法实施的开始	(67)
二、行政限制自由的宪法审查	(73)
三、行政侵害权利的合宪性判断	(77)
四、权利冲突：从行政处理到宪法处理	(81)
五、行政歧视与宪法平等权	(88)
六、宪法中隐含的权利	(94)
七、宪法权利司法实施的经验	(99)
第四章 我国宪法权利实施的行政法规范分析	(110)
一、平等权	(111)
二、政治权利	(114)

三、人身权利·····	(133)
四、财产权利·····	(145)
五、社会经济权利·····	(152)
六、教育文化权利·····	(164)
七、特殊主体的保护·····	(172)
本章小结·····	(176)
第五章 我国宪法权利实施的行政法案例分析·····	(179)
一、宪法权利案例出现的社会背景·····	(180)
二、宪法的司法实施：从受教育权开始·····	(185)
三、行政限制自由的合宪性·····	(191)
四、行政侵害与宪法权利·····	(197)
五、行政处理权利冲突的宪法问题·····	(202)
六、行政歧视的宪法判断·····	(205)
七、行政禁止与宪法权利的扩展·····	(210)
八、行政法案件对我国宪法实施的推动·····	(214)
第六章 通过行政法的宪法实施·····	(223)
一、我国宪法权利实施机制存在的问题·····	(223)
二、以行政法实施宪法·····	(234)
三、以行政法推动宪法诉讼的建立·····	(251)
结 论·····	(258)
参考文献·····	(261)
后 记·····	(282)

绪 论

一、我国宪法实施存在的问题

我国现行宪法实施问题的最早关注是开始于1982年修宪过程中关于设立宪法委员会的争论。^①“宪法实施一直是我国宪法学理论研究中的一个显性概念”，^②并且与宪法监督、宪法保障、宪法解释、宪法适用、宪法司法化、违宪审查等概念联系在一起。“由于长期以来对宪法实施的一套基本概念没有准确地把握，严重影响到我国宪法实施制度的建设”。^③对宪法实施的概括性认识是，宪法实施“是把宪法文本转变为现实制度的一套理论、观念、制度和机制”。^④有学者指出，“宪法实施，又叫宪法适用，是指国家有权机关依照法定的方式和程序，从宪法规范的特点出发使其得以贯彻落实并发挥作用的专门活动”。^⑤又有学者认为，“宪法实施是法律实施的一种具体形式，是指宪法规范在现实生活中的贯彻落实，即将宪法文字上的、抽象的权利义务转

^① 关于设立宪法委员会的争论，可参见蔡定剑：《宪法精解》，法律出版社2006年版，第94～95页。

^② 莫纪宏：《实践中的宪法学原理》，中国人民大学出版社2007年版，第585页。

^③ 蔡定剑：“宪法实施的概念与宪法施行之道”，载《中国法学》2004年第1期。蔡定剑教授在该文中，从全面、系统地分析、阐述宪法实施的几个基本概念出发，对宪法保障、宪法实施、宪法监督、宪法适用、违宪审查、宪法诉讼的概念作了比较明确的界定和区分。

^④ 蔡定剑：“宪法实施的概念与宪法施行之道”，载《中国法学》2004年第1期。

^⑤ 董和平、韩大元、李树忠：《宪法学》，法律出版社2000年版，第143页。

化为现实生活中生动的、具体的权利义务关系,并进而将宪法规范所体现的人民意志转化为具体社会关系中的人的行为”。^{①②} 宪法实施的途径或方式反映了宪法是如何实施的,“它包括通过立法使宪法法律化、行政机关执行宪法、司法机关司行宪法等。宪法实施的具体机制包括宪法监督及宪法解释,或者是违宪审查和宪法诉讼等”。^③ 宪法实施具有方式的多样性:既有立法机关对宪法的立法实施,又有最高行政机关对宪法的行政实施,也有司法机关适用宪法规范的司法实施,还有特定机关维护宪法实施的违宪审查。“宪法实施的手段应当是综合的、多样的”。^④ 从宪法实施途径和方式的角度认识宪法实施,有利于发现我国宪法实施的问题所在,有利于从制度机制上来解决宪法实施的问题。

(一) 宪法实施的状况

我国宪法实施的现状是这样的:“目前的宪法实施只完成了组织国家政权的任务,而宪法在保障公民权利以及宪法在维护法制统一方面基本上没有发挥作用,既缺少理论上的论证,也缺少必要的实施经验。”^⑤ 比较和对照西方国家的宪法实施状况,我国宪法的实施效果是不尽如人意的。从我国人大监督宪法实施的角度看,“全国人大常委会在监督宪法实施方面迄今为止似乎从未采取过什么有效举措,因违宪而被追究和制裁的案例尚未见诸报端”。^⑥ 作为法定宪法解释机关的全国人大常委会,又从未对

① 周叶中:《宪法学》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版,第349页。

② 对宪法实施的学术研究综述,还可参见杨海坤主编:《跨入新世纪的中国宪法学——中国宪法学研究现状与评价》,中国人事出版社2001年版,第613~635页。

③ 蔡定剑:“宪法实施的概念与宪法施行之道”,载《中国法学》2004年第1期。

④ 陈云生:《宪法监督司法化》,北京大学出版社2004年版,第25页。

⑤ 晓红:“中国法学会宪法学研究会1999年年会综述”,载《中国法学》1999年第6期。

⑥ 朱福惠:“公民基本权利宪法保护观解析”,载《中国法学》2002年第6期。

宪法进行过公开解释。^①虽然从1954年起我国就已经有了宪法典,但这仅仅是宪法的文本;在实践中,宪法并不具有直接司法适用的功能,宪法的内容在我国的司法实践中被长期“虚置”,没有产生实际的法律效力,^②从而导致我国宪法从来就没有被司法适用。^③宪法在一定程度上还只是停留在纸面上,宪法文本与社会现实存在距离,宪法规范与社会现实存在脱节;这种脱节现象在宪法权利上表现得尤其明显。当下我国宪法只是对基本权利的确认,明确宪法权利的种类与范围,在很大程度上只发挥了观念宣示作用,并未生动而贴切地走进公民的社会生活;当宪法权利受到侵害时,目前还不具备宪法救济的功能。总之,宪法在社会现实中发挥的作用非常有限;特别是在最应该发挥作用的公民权利救济领域,宪法在社会生活中处于无所作为的境地。

(二) 宪法实施的困境

宪法实施的困境主要是宪法实施的途径问题。宪法实施的途径具体来说是两个方面:一是宪法的立法实施,主要指通过国家机关的规范和行为落实宪法规范,把宪法规范通过具体的法律规范来实施;这是宪法的间接实施途径。二是宪法的司法实施,即宪法权利被侵害后的救济或违宪事件后的监督,把宪法规范直接作为纠正违宪行为和救济权利的依据,包括违宪审查在内的宪法诉讼制度;这是宪法的直接实施途径。立法实施宪法在我国主要是把宪法作为立法的根据:既有立法不作为的问题,导致宪法权

① 当然,也有学者认为“全国人大及其常委会关于宪法解释还是有一些的”。可参见胡锦涛、王从虎:“论我国宪法解释的实践”,载《法商研究》2000年第2期。

② 黄松有:“宪法司法化及其意义——从最高人民法院今天的一个〈批复〉谈起”,载《人民法院报》2001年8月13日。

③ 近些年也出现了在民事案件和行政案件的判决书中引用宪法条款,但引用和真正适用是两回事。

利虚置的问题；^①也有立法侵害宪法权利的问题。但这些问题都可以通过宪法诉讼机制来纠正，实际上直接适用宪法规范来审查立法行为和适用宪法规范来救济权利的宪法诉讼已成为宪法实施的主要途径。

我国宪法实施存在的最大问题是在现有制度中没有宪法规范的有效实施机制，这是宪法实施的困境原因所在。我国宪法实施表现出的宪法困境，绝不是宪法的稳定性与社会现实的变动性之间的冲突，其根本原因更多在于我国宪法规范直接实施途径存在的问题。我国采用权力机关的宪法监督实施机制，但“我国权力机关的监督对保障宪法实施是带根本性和全局性的宏观控制”，^②没有发挥出宪法直接实施的功效。根据现有宪法实施体制，宪法在实施主体、救济方式、程序上都存在严重缺陷或问题，^③致使我国宪法的实施体制难以完成宪法实施的任务；由于观念和体制的现实原因，在当下中国几乎不可能建立类似于西方完全意义上的宪法诉讼。总之，想通过宪法诉讼实施宪法在我国短期内基本上行不通。

① “对因立法不作为而导致公民宪法权利虚置的问题，宪法中没有规定相应的救济措施。国家权力对公民宪法权利的侵犯方面，基于中国特有的宪政发展路径和宪政理念，宪法中不存在国家权力侵犯公民宪法权利的理念基础。虽然宪法中也有对国家权力的制度性防范，但它并不是从保护公民宪法权利的角度来着眼，而更多地是从宪法保障的角度来设计。我国公民宪法权利的实现主要是通过立法机关的立法行为而得以具体化和现实化的，对立法不作为引发的宪法权利虚置和国家权力对公民宪法权利的侵犯没有设计出相应的救济保障措施。公民宪法权利的实现必须仰仗权力机关的立法保障，国家对公民仍然具有绝对主导的意义。当立法者由于议事的繁杂、政治的考量而无法将制宪者允诺的宪法权利付诸具体立法的时候，在宪法无法走入诉讼的条件下，宪法权利的虚置就不可避免”。参见刘志刚：“公民宪法权利比较研究：以中、美、德三国为中心”，载《深圳大学学报（人文社会科学版）》2004年第1期。

② 方世荣：“论我国行政诉讼制度在保障宪法实施中的作用”，载《中南政法学院学报》1987年第3期。

③ 在本书第六章将专门分析。