

的基本态度。法理学目前缺乏独立学术品格,与许多研究人员缺少这种态度有关。注意了上述这两个方法,法理学就会有一些新面貌。

## 宪法学研究述评

莫纪宏<sup>\*</sup> 张少瑜

1995年我国宪法学界对宪法问题的研究领域不断扩大,研究热点多集中于宪法的基本理论问题,在宪法的构造、宪法的性质、宪政、国家结构、国家权力等问题的研究上都有进展。立法问题也极受重视。现对报刊文章讨论的主要问题和观点,简要述评如下:

### 一、宪法的构造

对于如何建设宪法学或说改造我国传统宪法学,近年来,许多学者进行了认真的思考,提出了很多创造性见解。学者们大都认识到了原有宪法学存在着静态研究、“工具论”认识等问题,不适应社会主义市场经济条件下的宪政建设需要,因而寻找新方法重构宪法学。1994年,董和平提出将宪法学分为宪法基础、宪法权利、宪法体制、宪法实施四部分。童之伟提出了社会权利分析方法。1995年,学者继续对此问题进行探讨。

刘茂林认为对现有宪法学体系缺陷还应进行更全面更深入的分析,这种缺陷至少还有下面一些:1. 现有体系主要是适应宣传和普及宪法知识或进行宪法教育而建立起来的,基本上是以注释宪法要件为中心来构造教科书体系,因而缺乏系统的有学科特色的专业基础理论。2. 在整体结构上体现国家至上的神韵,以国家权力、机构为论述重心,忽视公民权利的内容和国家制度的民主基础。3. 实际上以阶级性为基石范畴,这与社会主义初级阶段国家根本任务和建设有中国特色社会主义理论格格不入。4. 由于基石范畴不明确,学科体系结构松散,随意性大,各构成部分之间缺乏明确的逻辑联系。<sup>〔1〕</sup>

有学者对童之伟提出的社会权利分析方法发表了看法。赵世义等持批评态度,认为社会权利这个概念,既非宪法实际所有,从逻辑上也无法推演出来,仅是一种“个人意识”,是个“虚构物”,建立在这种逻辑起点上的分解规律自然也只能漏洞百出。<sup>〔2〕</sup>刘茂林认为社会权利概念是真实和有内涵的,其不足在于没有揭示出社会权利的本质特征。<sup>〔3〕</sup>童之伟连续发表文章,继续深入对社会权利的研究。他从法哲学角度将社会权利定位于一定社会中法律所认可、所保障的,已经实现和可能实现的全部利益。他还对公民权利与国家权力的同质性以及利益、财富之间的关系作了较为深刻的阐释。<sup>〔4〕</sup>经过这番努力,社会权利分析方法的理论框架就比较丰

\* 莫纪宏系宪法学博士,中国社会科学院法学研究所副研究员。

〔1〕 刘茂林:《也谈宪法学体系的重构——评社会权利分析理论之争》,《法学研究》1995年第3期。

〔2〕 赵世义等:《对〈用社会权利分析方法重构宪法学体系〉质疑》,《法学研究》1995年第1期。

〔3〕 前引〔1〕,刘茂林文。

〔4〕 童之伟:《社会权利的法哲学阐释》,《法学评论》1995年第5期。

满了。

戚渊提出应加强对宪法哲学的研究,即建构以“权利——权力”模型为主客体关系的宪法关系,区分事实和价值,正确运用经验主义民主和理性主义民主;并且还主张将经济分析方法引入宪法学理论研究,对制度、公民个人行为和政府行为进行经济分析,从而深化宪法学的理论研究体系。<sup>〔5〕</sup>

## 二、宪法的性质

对宪法性质的研究一直是宪法学理论研究的薄弱环节,1995年,宪法学者对此发表了数十篇论文,涉及到宪法本质、宪法正当性、宪法关系、宪法结构和宪法规范的结构等。

关于宪法本质。张庆福、王文彤指出,就宪法本质而言,站在不同的立场上会得出不同的答案,历史上存在过神意论、全民意志论、意志调和论和阶级意志论等。社会主义国家的宪法学者一般强调宪法的阶级意志。<sup>〔6〕</sup>

韩大元对宪法的正当性发表了自己的见解。他认为,宪法正当性首先表现在宪法制定权的正当性,即产生宪法的国家权力是否获得正当性基础,也就是国家权力成立与组织的合法性;宪法正当性是宪法价值的体现,但这种价值并不具有绝对性;宪法内容符合正当性要求;宪法正当性还表现为程序的正当性等。<sup>〔7〕</sup>

梁忠前对宪法关系提出了自己的看法。他认为,宪法关系是按照宪法的规定,基于一定的法律事实而在实践中确立的国家各宪政主体之间在宪政活动中的权利和义务关系。宪法关系是政治社会关系的宪法范式化、社会法治关系结构中的基础性法律关系和一种最具典型的公法关系。因此,宪法关系在政治实践上的广泛确立和普遍应用,不仅有利于实现一国统治阶级的根本政治意志,而且在客观上也标志着一国政治社会状态和政治社会关系的文明进化。<sup>〔8〕</sup>

刘茂林对宪法结构和宪法规范的结构也作了有益的探索。他认为,宪法结构有内部结构和外部结构之分。宪法内部结构是构成宪法的若干要素及其相互关系,宪法的外部结构是指宪法与其他要素在组成更大社会系统中的相互关系。分析宪法的内部结构目的在于弄清构成宪法的基本要素,并指明这些要素在构成宪法中的地位和作用。关于宪法规范的结构,刘茂林认为,从结构主义观点看,探讨宪法规范的结构特点,应包括两方面的任务:一是宪法规范的内部结构特点,即宪法规范三个逻辑要素在构成宪法规范时的特点;二是宪法规范的外部结构特点,即宪法规范与宪法规范在构成宪法时的特点,或者构成新旧宪法规范时的特点。<sup>〔9〕</sup>

## 三、宪政

宪法不等于宪政,这是宪法学界近年来达成的基本共识。越来越多的学者从不同角度对宪

〔5〕 戚渊:《市场经济与宪法学研究的深化》,《天津社会科学》1995年第1期。

〔6〕 张庆福、王文彤:《关于宪法本质的理论》,《外国法译评》1995年第1期。

〔7〕 韩大元:《略论宪法正当性》,《法学》1995年第2期。

〔8〕 梁忠前:《论宪法关系》,《法律科学》1995年第1期。

〔9〕 刘茂林:《论宪法结构的涵义与宪法规范的结构特点》,《法商研究》1995年第4期。

政的内涵进行了有针对性的论述。陈端洪认为,宪政主义作为一种知识形式,采行对峙式思维。它主要关心的不外乎国家权力的界定与运用。这关涉到两种关系:1. 国家与社会或政府与个人的关系。2. 政府各种权力之间的关系。行政诉讼制度的实行是中国行宪史上一块重要的里程碑,因为行政诉讼在一定程度上把民主宪政的基本理念——人道政府(人民主权、人权保障)、有限政府(权力受法律限制)、责任政府(为自己的行为承担政治、法律责任)——付诸了实施,从而把宪法的意义部分地表达在现实的生活中;还因为它以法的形式确认了国家、社会与个人的界限与对峙,把司法权树立为行政权的一种对峙力量,从而使行政法治成为现实的原则。所有这一切都是在宪法麻木不仁的状态下,在没有违宪审查制度的情况下完成的,因而具有开创性意义。但由于目前尚存的一些体制障碍,如司法的依附性、没有违宪审查制度、公民诉讼没有安全保障,因此,行政诉讼从它降生的那一刻起就带有一种非自身可克服的病症,作者称之为宪法意义挫折。故行政诉讼的出路在于司法体制乃至国家政治制度整体的改革,在于宪法的法律化,在于民权保障制度的建立。<sup>[10]</sup>

童之伟认为,与经济基础相比较,经济体制对宪政过程发挥影响力有两个特点:第一,经济体制所施加于宪政过程的影响表现为一种动态物质力量,如经济规律的支配,利益法则的驱使,衣食住行的需要形成的压力,大量人员、机构和生产要素的运动等等。这种物质力量的大小是由社会生产力的发展水平和生产、分配、交换、消费的规模和速度决定的。第二,就对宪政过程的影响而言,经济体制产生的作用力没有确定的运动方向,既可能对宪政过程有利,也可能对其有害,一切取决于经济体制的自身构成,其中有决定意义的是计划与市场调节社会经济生活的比重大小。由于经济体制与经济基础并无确定的对应关系,因而一个国家可以自由取舍、自主选择经济体制。不论是对经济体制的重新选择还是对原有经济体制的改革,都意味着在原有的基础上改变或调整经济体制影响宪政过程的作用力指向。<sup>[11]</sup>

韩大元认为,立宪主义在各国的形成与发展都反映了各国历史、文化、经济发展的现实,是对现实关系的抽象与概括。因此,具有中国特色的立宪主义作为一种反映中国现实的概念,有其存在的合理性与实践价值。中国特色立宪主义是中国特色社会主义在民主政治建设中的具体反映与总结,具有丰富的内容,其主要内容包括:1. 立宪主义适应市场经济的发展。2. 中国共产党的领导是实现立宪主义价值的政治保障。3. 中华民族优秀传统文化是中国特色立宪主义的文化基础。4. 中国特色立宪主义在权力制约与人权保障制度方面采取了适合中国国情的制度。5. 中国特色立宪主义以调整各种利益关系作为其实现的基本形式。6. 中国特色的立宪主义强调目标与过程的联系性,故开放性与适应性是中国特色立宪主义发挥作用的重要条件。为此,作者提出,面向二十一世纪的中国立宪主义发展模式是“整体协调——分阶段演进”。在此过程中,应解决好下列矛盾:1. 在市场经济条件下,注意提高立宪主义质量。2. 正确把握学习外国立宪主义经验与体现中国特色之间的度。3. 经济发展战略与立宪主义一体化。4. 社会主义市场经济法律体系的核心是宪法。5. 立宪主义发展中正确处理效益与公平(正义)观念的矛盾。<sup>[12]</sup>

[10] 陈端洪:《对峙——从行政诉讼看中国的宪政出路》,《中外法学》1995年第4期。

[11] 童之伟:《宪政理论研究应优先突破的一个环节》,《江海学刊》1995年第2期。

[12] 韩大元:《市场经济与中国特色立宪主义走向》,《法学家》1994年第6期。

## 四、国家结构

国家结构是宪法学的一个基本理论问题,1995年,一些宪法学者对此问题进行了多角度的探讨,以童之伟先后发表的三篇论文最具影响。<sup>[13]</sup>他认为,在权威性文献中,国家结构一词最早见于列宁的《国家与革命》,但它作为一个宪法学概念是随着1936年苏联宪法的颁布而确立的。五十年代我国宪法学界从苏联引进这个词并发展成了两个有相对独立意义的概念——国家结构和国家结构形式。童之伟指出,国家结构形式是随着国家的产生和发展而形成的。它的原始形式有城邦制、联盟制、帝国制、等级分封制和专制中央集权制五种。现代国家结构形式是资产阶级革命的产物,它分为单一制和联邦制。前者进一步分为中央集权单一制、地方自治单一制、中央地方均权单一制和民主集中单一制四种类型,后者可分为分权制衡、中央集权、民主集中和民主自治四种类型。单一制和联邦制各有所长,从某些方面看,联邦制比单一制更具有历史合理性,因而有良好的发展前景。不存在单一制必然取代联邦制的问题。但从国情看,我国的结构形式在总体上仍应是单一制。

## 五、国家权力

1995年,宪法学界对国家权力问题的探讨主要集中在两个方面,一是国家权力的构成;二是中央和地方权力的划分。对前一方面问题,吴德星和童之伟的文章较有深度。对后一方面的观点,我们将在谈到立法问题时再作评述。

吴德星认为,权力的分工与制约思想并不为哪个阶级所独有。有了国家,就有了关于国家管理、社会管理的分工,也就有了权力的分工,同时也必然需要对权力的制约。因此,明确权力分工与制约的原理,对于我国政治体制改革具有非常重要的意义。<sup>[14]</sup>

童之伟认为,国家权力分解定律主导着国家形式变化的过去、现在和未来。其诸方面特性包括:1. 国家权力的所有权与行使权从合一走向分离。2. 国家权力行使权的功能性分解和结构性分离。3. 国家权力向社会成员的权利转化和回归。4. 社会成员权利与国家权力之间以及国家权力的各部分各层级之间界限趋于明晰化,行使过程逐渐规范化。由此推断,民主政体以及地方分权制度的产生是不可避免的。<sup>[15]</sup>

## 六、立法制度

立法制度包括立法权限划分、立法程序、立法解释、立法监督等多方面的制度。在我国,这方面的理论研究具有很强的实用价值。由于立法法正在起草过程中,因此这方面的讨论也就显得十分热烈。

[13] 童之伟:《从宪法学角度探析国家结构形式的源与流》,《武汉大学学报》1994年第6期;《宪法学国家结构形式范畴形成史考略》,《武汉大学学报》1995年第4期;《国家结构形式实质的广域探讨》,《现代法学》1994年第6期。

[14] 吴德星:《论国家权力的分工与制约》,《中央政法管理干部学院学报》1995年第1期。

[15] 童之伟:《国家权力分解定律的假设与求证》,《法学》1995年第4期。

立法权限的划分问题是我国当前立法中遇到的最核心的问题,也是讨论的一个热点问题。学者们发表了许多不同的看法。对中央和地方立法权限划分问题,陈斯喜认为,划分中央专属立法权限应遵循最低限度原则,不宜过宽。只以维护国家和国内市场统一及公民基本权利为限。对中央的权限要作出具体列举,对地方的权限则不必列举。对“抵触”含义的界定也应适用最低限度原则,即以不破坏国家法制的统一和中央立法的权威性为原则。对政府的立法权限问题,他批驳了政府依职权立法的说法,主张政府只能根据人大对它的明确授权进行立法。<sup>[16]</sup>刘小兵认为市场经济条件下应实行法律分权制,建议制定“中央与地方关系法”。该法以权力制约权力为基本原则,即在维护中央权威的前提下,中央与地方权力应依法分立和互相监督。<sup>[17]</sup>

田建华认为,民事立法原则上应统一由国家制订,而不宜强调地方特色,理由主要是:民商法规范应与国际相通,因而自己应是统一的;强行性规范与任意性规范的界定,应由国家立法统一制订,不能使某些规范在此地为强行性,而在彼地为任意性。民事主体享有的民事权利(人身权、财产权)的保护只能由国家立法制订。地方民事立法的权限,主要表现在涉及不动产的民事法律规范方面,因为不动产的法律特征是财产不移动位置,不离开特定的地域,它的价值的高低与其所在的地理位置有密切关系。<sup>[18]</sup>

关于立法解释。针对袁吉亮对我国立法解释制度的非议,周振晓提出了不同看法。他认为,立法解释只能在确切的法律原意范围内进行解释,而不能超出法条含义容量的最大界限,其功能在于使法律原有的,当然或可能包括的含义明确化、具体化,而不是增加法律原意未能包括的内容,因此立法解释既不能导致与法律“同一语义的重复”,也不会导致“修改宪法和法律”。<sup>[19]</sup>袁吉亮在发表的答复文章中认为,立法解释并不能做到既符合原意,又不是同义语重复。因为当解释既符合原意,而又不是同一语意重复时,就只能是法律原意大于并包含解释。周文认为需要立法解释的原因是法律条文界限不明及含义不清,袁文认为,既然要求立法解释符合法律原意,而原意又不明,那又如何能做到使解释符合那个不明的原意呢?袁文认为,立法解释与修改宪法、法律并非本质不同。<sup>[20]</sup>

陈斯喜撰文讨论了立法中的群众参与制度。为进一步完善我国立法的公众参与制度,他建议:1.将公众参与制度法律化、制度化。2.进一步完善现行有关公众参与的做法,包括完善旁听制度、完善和强化公民讨论制度、完善论证制度、增强社会舆论单位参与立法活动的强度和力度、完善信访制度。3.进一步扩展公众参与渠道。如,建立法案公开制度;建立允许公众自由参加的开放式听证会制度;建立科学的民意测验制度。4.强化公众意见在立法中的作用。<sup>[21]</sup>

关于立法监督的权限和程序。针对许多学者主张设立专门监督机构的观点,有学者认为,我国当前某些“立法无序”现象的存在,主要不在监督机构的设置不足,也不是无法可依,而是有法不依、执法不严。他认为,建立宪法委员会之类的专门机构当然好,但目前我国法制建设尚处初级阶段,人大制度作为国家根本制度的要求还远未到位。在现有体制、机构尚未充分发挥

[16] 陈斯喜:《论我国立法权限的划分》,《中国法学》1995年第1期。

[17] 刘小兵:《中央与地方关系的法律思考》,《中国法学》1995年第2期。

[18] 田建华:《国家与地方民事立法权限划分初探》,《行政法学研究》1995年第2期。

[19] 周振晓:《也论立法解释》,《中国法学》1995年第1期。

[20] 袁吉亮:《再论立法解释制度之非》,《中国法学》1995年第3期。

[21] 陈斯喜:《论我国立法的公众参与制度》,《行政法学研究》1995年第1期。

作用的情况下,要建立涉及政治体制改革的新机构很困难。况且,如果有法不依的局面不改变,即使建立了新机构,也很难真正发挥作用。因此,他主张将现有监督机制运转起来,并完善其运行程序。<sup>〔22〕</sup>

除了上述各种主要问题外,仍然有学者继续对公民的基本权利与自由、人大制度建设、民族立法、村民代表会议、乡规民约和违宪审查等问题进行探讨,但文章数量不多。

## 简 评

概括而言,我国宪法学界讨论的问题可分为宪法基本理论和中国宪政建设实践两大类。1995年学界讨论的热点集中于前一类问题,后一类问题里只有立法制度问题讨论得多一些。这种略显冷落的状况与民商法、经济法、诉讼法等其他部门法学界热火朝天地讨论现实法制建设的情况形成鲜明的对照。其因与我国目前集中精力搞建设,大规模进行经济立法,而政治体制改革措施出台相对比较谨慎有关。虽然这种状况对宪法学的繁荣不能说非常有利,但也给宪法学者提供了冷静思考的机会。以往我国的改革举措往往带有较强的实用性考虑,缺乏系统充分的理论准备,而宪法学现在却有了这么一个进行准备的机会,这当然是件好事。我国现行宪政体制确立于1982年,此后社会主义市场经济体制、共产党领导的多党合作制等制度相继被补充入宪法。这说明随着社会生活的变迁,我国宪政体制也会不断地进行局部变动,现在有关立法问题的讨论,许多就是在宪法层次上进行的。经济体制改革的深入会不断提出新的宪法方面的问题来。我国宪法学界应该密切注视这方面的进展,预先思考未来将会出现的问题。在研究方法上,要提倡实证性的国情调查的方法,正确地把握中国社会正在发生的变化。还要提倡历史和比较的方法,多研究那些与我国国情类似的国家经济改革怎样促进政治改革的经验。此外,在研究中,还要特别注意学术问题的客观性和独立性,以科学的态度从事研究工作。诚能如是,我国宪法学会大有希望。

## 民事法学研究评述

张 涵

### 一、概 述

1995年第1期发表的述评是以“民商法学”为题的,没有包括民事诉讼法方面的内容。这一做法受到一些同行的批评。这次述评以“民事法学”为题,把民事诉讼法学包括进来。因此,本文所谓“民事法学”,包括民法学、商法学以及民事诉讼法学。将民法学和商法学归为一类,似

〔22〕 陈延庆:《论我国立法监督的权限和程序》,《中国法学》1995年第2期。