

原理的阐释,因此有必要对行政程序制度的确立进行具体可行的立法设计。

关于行政处罚法的研究成果已不多见,今后应着重探讨行政处罚法在实施中发现的问题以及进一步加以完善的必要性和可能性。随着行政许可的日渐成形,对行政许可制度的理论指导和具体模式构建应进一步加强。

宪法学研究述评

张少瑜

1997年和1998年仍然是我国宪法学界比较沉寂的两年。报刊上发表的宪法方面的文章数量不多,除了个别热点以外,所探讨的问题多属近年来一直在研究的老问题,学者们的基本思路也没有大的变化。现对两年来报刊文章讨论的主要问题和观点、方法作一简要述评。述评仍以介绍性内容为主,间参己见,望能有助于各位学者。

一、关于修改宪法

1997年,党的十五大对我国社会制度和改革开放进程提出了许多新的政策和提法,其中有一部分与现行宪法中的规定不完全一致。许多学者据此提出了修宪的建议,引发了一些争论,这件事形成了宪法学界丑末寅初的一个热点。黄慧鹏的修宪看法有一定代表性。他认为1982年宪法中体现的党的“一个中心,两个基本点”的基本路线是不能变的,但随着改革开放的深入和现实情况的变化,宪法的某些具体规定表现出历史的局限性,要根据现实情况的变化和十五大的精神作修改。具体内容包括:宪法序言部分要写入中国三次历史性变化之一的改革开放;写入邓小平理论是当代的马克思主义,是马克思主义在中国发展的新阶段;删除我国已消灭人剥削人的制度的声明。在正文部分应规定对国有经济和集体经济及混合所有制经济中的国有成分和集体成分同等保护,规定按劳分配和按生产要素分配相结合。此外,十五大提出的深入人事制度改革、完善公务员制度及人员流动和职工下岗难以避免等提法也与宪法中关于国家工作人员的规定、公民有劳动的权利和义务的规定相冲突,也应考虑修改。^{〔1〕}史坤娥比较了宪法规定与党的十五大报告中的提法的不同之处,也认为宪法应在社会主义经济制度所包含的生产资料所有制结构、分配制度、经济体制以及经济政策等方面进行及时修改和补充。^{〔2〕}

曹叠云对修宪的理由作了阐述。他认为宪法的权威来自于科学性,稳定性是相对的。如果社会的发展已经冲破了宪法的规范,那就不应视而不见,让宪法拖社会发展的后腿。在党的方针与宪法的关系上,他认为宪法虽然有“根据建设有中国特色社会主义理论,集中力量进行社会主义现代化建设”的表述,但是特色理论只是邓小平理论的一个部分而不是全部。依据党的十五大的方针,将邓小平理论写入新的宪法,上升到指导思想的高度,是时代的要求,反映了人民的心愿,同时也有助于防止“极左”思潮的回潮。他指出宪法中的许多规定落后于社会实践。如关于意识形态,宪法要求在人民中进行爱国主义、集体主义、国际主义、共产主义、辩证

〔1〕 黄慧鹏《十五大报告与现行宪法的差异及修宪建议》,《深圳法制报》1998年6月9日。

〔2〕 史坤娥《关于宪法经济制度修改的若干建议》,《山东法学》1998年第2期。

唯物主义和历史唯物主义的教育,就与新党章和十五大报告的精神不符。宪法总纲中镇压反革命活动,制裁破坏社会主义经济的犯罪分子等提法已落后于刑事立法和司法实践,应予删除或修改。他提出修改宪法中关于土地所有权的规定,建议修改为土地依法属于国家所有、集体所有或私人所有。他认为农村土地私有本来已为 1954 年宪法所确认,后来人们通过一些政策、规章将农民的土地收归集体的作法违背宪政精神和修宪程序,属于自始无效的行为。现在农村劳力下降,土地撂荒,水土流失,不爱惜土地等许多弊端就出在土地所有权虚位上面。实行土地私有,有助于从根本上解决这些问题。目前部分地区已经变相实现土地私有的政策,如承包荒山五十年不变、一百年不变等。土地所有所有权和使用权分离的作法不好,查阅世界上许多国家关于土地问题的法律文件,没有发现土地使用权和所有权之间的距离像我们这样遥不可及。^{〔3〕}

也有一些学者对修宪建议提出反对的看法,蔡定剑的意见比较有代表性。他认为,上述修宪意见内容本身是好的,符合社会发展实际,但好的东西不一定都要写进宪法。这些内容有的并不是宪法规定的,有的可改可不改,有的可通过宪法解释解决,不必修改宪法。宪法的根本法性质和极大的权威性需要靠稳定性来维护。在新中国的宪政史上,除了政治方面的因素影响宪法的修订以外,在制宪技术方面的一个重要教训,就是宪法太政治化和政策化。有的领导人和法学家把宪法当作政治纲领或政策宣言,宪法里规定了许多本不应由宪法来规定的东西,结果这些充满政治性内容的宪法都很快随政治风潮而随风飘去。我国现行宪法是一部相当不错的宪法,当前面临的主要问题不是它的规定不完善,而是许多规定没有很好实施。过分频繁地修改宪法可以使宪法条文完美,但对宪法的实施来说是得不偿失,因为它会大大减少人们对宪法权威性的认识以及对它的尊重。一个缺少权威和不被尊重的宪法,条文再完美也是无济于事的。因此,中国在没有大的政治制度的改革之前,尽量不要去修改宪法,以培养全社会对宪法稳定性和权威性的观念。^{〔4〕}

在修宪中有一种意见引起争论。有经济学家认为,修改宪法要把“私有财产神圣不可侵犯”写进去。理由为:宪法中没有保护性规定,私营经济虽然发展起来,但私有财产得不到明确有效的保护,使得企业家不敢扩大再生产,而把钱用于消费,或把钱转移到国外,这不利于发展经济(见《中国经济时报》1998 年 2 月 24 日)。另有学者对此持强烈反对态度。他认为,私有经济在本质上是资本主义的东西,与我国的国体、最终目标和任务是不相容的,在这一点上不能含糊。他指出当前在非公有制经济获得大发展的同时,公有制经济尤其是国有企业的资产大量流失,其中相当一部分转化为私有财产。这是提出“私有财产神圣不可侵犯”这个资产阶级法制原则的社会经济方面的原因,而其思想根源则是对资本主义财产制度和相应的资产阶级法制原则的顶礼膜拜。^{〔5〕}

二、宪法监督

这是一个讨论了多年的热点问题,但仍未降温,1997 年宪法学年会并将此列为会议主题。讨论的焦点是我国应建立一个什么样的制度模式。学者们分别论证了自己提出的方案。程湘

〔3〕 曹叠云:《时代呼唤重新修改宪法》,《深圳法制报》1998 年 6 月 9 日。

〔4〕 蔡定剑:《现行宪法需要修改吗?——与修宪建议的商榷》,《法制日报》1998 年 11 月 23 日。

〔5〕 黄如桐:《对一种修改宪法意见的质疑》,《当代法学》1998 年第 4 期。

清的方案有代表性。他认为可考虑建立一个专门委员会性质的宪法监督委员会。该机构按宪法和法律关于专门委员会的规定产生和组成,吸收一批法律专家作顾问,在全国人大及其常委会领导下开展违宪审查工作,提出对违宪行为的处理意见,以议案的形式报全国人大或全国人大常委会决定。^{〔6〕}对在人大常委会之下设宪法监督委员会的方案,陈云生的论述最为全面有力。他认为,我国目前尚不具备对宪法和法律监督制度进行重大改造的时代要求和历史条件,只能在现存的政治体制和权力结构内进行,以加强和完善这一制度,但其他方案的长处也应充分认识,在将来条件成熟时可采用之。他设想中的这个委员会,在法律地位上与各种常设专门委员会平等,是人大常委会的工作机构。它无权单独作出有约束力的决定,其意见、建议只能以议案的形式向全国人大或其常委会报告,只有为人大及其常委会采纳并作出相应的决议,有关的意见、建议或决定才具有法律效力。这样做的优点是既不分散最高国家权力,又可实现经常化的宪法和法律的监督,而且也最具现实可行性,只要把现时的法律委员会稍加改造就可以了。^{〔7〕}汪铁民也认为只应对我国的宪政体制做局部调整。他提出宪法监督委员会要受全国人大及其常委会领导,由委员长、副委员长和秘书长组成,配之以法律专家和有司法实践经验的同志组成工作机构。委员会的职权是审查各级国家机关各种规范性文件及“两高”的司法解释,裁决有关国家机关的权限争议,接受控告,对违宪行为进行审查等。公民因其宪法权利受到国家机关及其工作人员的侵害,可以向法院提起诉讼,由最高人民法院和高级人民法院来受理,实行两审终审制。如对法院的终审判决持有异议,可向宪法监督委员会提出申诉。^{〔8〕}陈晓枫的意见与上述相似。他同时提出在普通法院内设立宪法庭,审查国家机关及其工作人员的职务行为的合宪性和合法性。^{〔9〕}

包万超也提出了设立宪法委员会和最高法院违宪审查庭并行的复合审查制的方案,但论证思路与别人不尽相同。他认为我国在指导思想上片面地理解和过于强调意识形态的作用,似乎只有民选的最高权力机构才有资格和能力行使违宪审查权,似乎民选机构一旦产生便天然地代表人民并且绝对不会异化。长期以来,我们的宪法注重在形式上确立最高代表机构的违宪审查权,表明人民当家作主的政治制度具有法律的正当性,而很少重视从机构的组织、权力范围和程序制度方面有效地、具体地规范和保障这种权力。这种片面理解遏制了我们探索和借鉴其他模式的努力。其次,宪法规定的审查主体具有不明确性和多层次性,如规定全国人大及其常务委员会行使宪法监督权,但同时又规定国务院、地方各级人民代表大会、县级以上各级人民政府都有不同程度的宪法监督和违宪审查权。这就降低了审查机构的权威,导致权限划分不清和管辖冲突。再其次,排拒最高法院的违宪审查权。这使得法院在审理案件过程中碰到许多违宪的法律法规和规章,却没有审查权,使得这些违宪的法律一直被不加审查地运用。改革的关键是解决违宪审查机构的设置和程序问题,而单一审查制不能解决这个问题。因为,建立在全国人大常委会领导下的宪法委员会虽然容易设立,但这个方案有两个问题令人忧虑:1.这个委员会事实上还有没有权威?怎样理解它在全国人大常委会领导下却审查后者立法的合宪问题?2.怎样处理诉讼过程中大量违宪的法律和规章?所有的争议案件都提到该委员会,在我们这样的一个大国里也不现实。在这种情况下,实行复合审查制是较现实的选

〔6〕 程湘清:《宪法监督立法三题》,《法制日报》1997年12月11日。

〔7〕 陈云生:《走法治必由之路——论宪法和法律监督的制度化》,《比较法研究》1997年第1期。

〔8〕 汪铁民:《宪法诉讼问题研究》,《人大研究》1998年第4期。

〔9〕 陈晓枫:《宪法监督模式论》,《武汉大学学报》1998年第3期。

择。此制即在全国人大之下设立宪法委员会,在最高人民法院下设立违宪审查庭分别行使非诉讼的、事先的审查和违宪侵权诉讼、附带性审查。在二者冲突时,人们有权对法院违宪审查庭的裁决向宪法委员会申请复审。宪法委员会认为不违宪的,法院必须收回宣告并服从宪法委员会的裁决。^[10] 刘明勋认为宪法监督委员会只能从属于全国人大,它与全国人大常委会之间必须是相互平行、互不隶属的关系。因为宪法监督的基本内容之一即是对立法行为进行违宪审查,以防止和纠正立法者滥用权力。全国人大常委会是我国立法职能的最主要承担者,其在履行立法职能时,不论在理论上还是实践中均有发生立法违宪的可能,因而要有一个强有力的外部制约机制给予救济。另外,人大常委会依法应对全国人大负责并报告工作,接受全国人大的监督,因而有必要通过全国人大组织一个专门机构,授权其具体承担对全国人大常委会的监督职能,使该项监督经常化,而不再流于每年一次的审议全国人大常委会工作报告的形式。这样做不独有现实意义,对完善我国人民代表大会制度也有理论价值。基于以上两点,他建议修改宪法关于全国人大常委会“解释宪法,监督宪法实施”的内容。^[11]

苗连营认为,宪法监督机构可隶属于最高国家权力机关,但应有一定的权威性和独立的职权,而不应像其他专门委员会那样仅仅是辅助性的工作机构。鉴于其担负的特殊使命,其地位应高于其他专门委员会,应赋予其独立决定某些问题的权力,而不应仅仅是研究、审议、拟订草案。为了使宪法委员会的意见具有一定的约束力,可以要求全国人大及其常委会对宪法委员会的意见连同对这些意见的处理结果一同公布。委员会对国务院的行政法规、决定和命令、“两高”的司法解释、省级国家权力机关的地方性法规和决议,自治区的自治条例和单行条例是否违宪进行审查,并可以独立作出决定,但违宪主体对宪法委员会的裁决可以在一定期限内向全国人大及其常委会表示异议,由最高国家权力机关行使最终的决定权。为了使宪法委员会的地位具有相对的独立性和权威性,应要求全国人大及其常委会只能以特别多数才能推翻宪法委员会的决定,而且,在全国人大或其常委会作出最终决定之前,不停止宪法委员会决定的执行。^[12]

王士如等提出,不仅应当在全国人大下面设立宪法委员会,而且省、自治区、直辖市、自治州、设区的市的人大下面也应设立相应的宪法委员会,作为从属于各该级人大及其常委会并代表其行使宪法监督权的专门机构。这种制度有宪法依据。宪法规定:“地方各级人大在本行政区域内,保证宪法、法律、行政法规的遵守和执行。”而要保证做到这一步,地方人大就必须享有违宪审查权。他认为,这种制度为人民群众对违宪案件的检举、控告提供了便利条件,还可以克服违宪审查权集中于最高宪法监督机构而带来的各种困难,减轻全国人大及其常委会的负担。^[13] 苗连营也提出了与他相同的看法。

张庆福等在对世界各国宪法监督发展历史进行分析后认为,这种发展呈现出一种趋势:监督机构专门化、监督制度完善化、监督诉讼程序化。机构专门化的原因,除了议会模式和美国模式自身的弱点以外,另一个原因在于人权有效保护需要一个独立于立法、行政、司法机关之外的第四个机构,专司宪法监督之责。监督制度完善化要求制定一部专门性的单行法律如宪法监督法,规定监督委员会的性质、职权、工作程序和方式等。宪法监督司法化的发展趋势表

[10] 包万超:《设立宪法委员会和最高法院违宪审查庭并行的复合审查制》,《法学》1998年第4期。

[11] 刘明勋:《设置我国宪法监督专门机构的基本构想》,《河南省政法管理干部学院学报》1998年第1期。

[12] 苗连营:《关于设立宪法监督专责机构的设想》,《法商研究》1998年第4期。

[13] 王士如、郭春明:《对违宪审查制度的思考》,《法制日报》1997年10月18日。

现于采行欧洲模式的国家愈来愈多。这些国家多是由宪法对宪法监督程序加以原则性的规定,再由宪法性法律做出详尽的规范。鉴于此,我国也应在宪法监督法中详尽设置监督委员会履行职责的程序。该法要规定诉讼或审查的基本原则,设定对诉讼或争议适用的诉讼程序。^[14]李忠对几个反对或怀疑建立宪法监督制度的观点进行了分析。他反对“全能的代议机关”的说法,认为对立法机关的限制是必要的。在社会主义市场经济条件下,个人利益与公共利益既有着共同的基础,也存在着一定的差异和矛盾,这决定了现阶段谋求个人私利的动机存在。而且,目前人民代表的能力和素质也使得一些代表不能完全认知、接受人民的意志和要求。因此立法权必须受到限制和约束,否则就会脱离选民的控制。有人认为在我国全国人大及其常委会之下建立宪法监督委员会,由于其处于没有独立决定权的从属性地位,它将缺乏足够的权威来监督立法,因而无法保障宪法实施。李忠认为权力与地位并不是衡量该机构是否会拥有权威的的决定性因素。这种权威还取决于监督人员的产生方式,人员的品德、资历、专业以及监督机构的声望和影响力,监督人员的保障机制和监督机构的领导体制等因素。我国应注重相关制度的建设,如规定监督委员会的成员由全国人大选举产生,是具有较高资历的法律官员和杰出的政治、法律(特别是宪法学)专家,任期10年,并享有言论免责权及特殊的身份保障等,这在一定程度上就能够保证该委员会有效地行使职权。^[15]

三、关于依法治国中的宪法作用

1998年是党的十一届三中全会提出“发展社会主义民主,健全社会主义法制”方针20周年紀念,又逢党的十五大确定“依法治国,建设社会主义法治国家”的基本方略,因而如何发挥宪法作用,倍受人们关注。许崇德回顾了我国宪法发展的历史,指出依法治国首先应是依宪治国。因为宪法是根本法,规定着国家的根本制度、根本任务及具有根本性的方针政策,是其他一般法律的立法依据和立法基础。这种地位和作用决定了依法治国首先应该依照宪法、依靠宪法来治国。依宪治国,就是充分地正确地实施宪法,使宪法真正成为全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织的根本的活动准则。从目前情况来看,我国的宪法基本上是得到遵守的,但存在的问题也不少。其中较主要的一个是亟需增强干部和群众的宪法意识,另一个是建立、健全宪法实施的监督机制。^[16]吴家麟指出,宪法至上是建设法治国家的关键。只能从总体上提法律至上,而从具体上则应提宪法至上。在我们国家,人民的地位是至高无上的,那么宪法和法律理所当然地也应该是至高无上的。他认为,为了解决宪法至上难的问题,要采取几个方面的对策和措施:1.推进政治体制改革。因为宪法至上原则的实现必须以理顺党政关系为前提,而解决党政关系这一深层次的问题又依赖政治体制改革的实现。2.宪法自身要进一步完善,如宪法修改问题。今后不宜动辄大改,但必要的修改还得要。又如宪法配套问题。宪法中有“依照法律规定”的条款达43个之多,其目的就在于要求制定配套法律以提高宪法的可操作性,但目前这些方面的立法仍有待制定。3.理顺党政关系和党法关系。他认为邓小平同志提出了这方面的指导思想,十五大报告中提出的政治体制改革任务中都涉及到这个问题。^[17]浦增元专门对党与宪法的关系进行了思考。他认为党在宪

[14] 张庆福、甄树青:《宪法监督发展趋势简析》,《外国法译评》1998年第1期。

[15] 李忠:《关于建立宪法监督制度的几个理论问题》,《河北法学》1998年第2期。

[16] 许崇德:《坚持实事求是,推进法学研究和法制建设》,《中国社会科学》1998年第5期。

[17] 吴家麟:《宪法至上是建设法治国家之关键》,《法商研究》1998年第3期。

法和法律范围内活动,在一定意义上正是实现依法治国方略的关键。从目前实际情况来看,还存在着各种困难和障碍,最根本的是要从制度上解决问题。要把十五大报告中提到的有关任务,如坚持和完善人民代表大会制度、推进决策的科学化民主化、加强立法工作、加强对宪法和法律实施的监督、开展普法教育等等,通过一定的程序,拟定必要的制度来加以落实,使之具体化、规范化。立法法和监督法等早已列入全国人大常委会的立法规划,应该抓紧起草,尽快出台。在监督法中应该包括如何具体落实长期以来悬而未决的宪法监督制度。此外建议:一是制定党如何在宪法和法律范围内活动的条例,包括对以言代法、以权压法、徇私枉法以及其他违反宪法和法律行为的处理办法。二是制定各级党的领导干部法律知识培训考核办法,不合格的不得担任一定的领导职务。三是各级党委要把党在宪法和法律范围内活动的问题列入定期讨论的议程,并且作为领导干部民主生活会的一项内容。四是党的纪委要把检查党是否在宪法和法律范围内活动作为自己的一项重要职责,并且拟定具体的实施办法。五是通过立法规范各政党包括执政党在国家生活中的地位、作用和活动方式,特别是把各政党必须遵守宪法和法律的原则具体落实下来。^{〔18〕}

四、关于市场经济条件下人大制度建设

在经济体制改革深化、市场经济发展的情况下,人大制度的建设如何搞,是人们谈得较多的话题。刘茂林、蒋碧昆认为,市场经济对资源配置的要求及在此基础上形成的市场经济的特点构成了人大制度建设的客观基础,要求人大制度建设应以民主、效率和法制为原则。现阶段应主要做好以下两个方面的工作:首先是进一步完善人大制度的宪政体制,关键在于改善和加强审判机关和检察机关的地位,以保证其在宪政体制下的司法地位。其次是进一步完善选举制度,以满足不同利益主体对政治参与的需求,具体措施包括缩小农村每一代表与城市每一代表所代表的人口数的比例;实行有较大竞争性的选举制度;扩大直接选举的范围等等。^{〔19〕}关太兵对竞争性选举进行了比较深入的探讨。他认为市场经济固有的平等竞争属性必然反映到政治生活中来,而且首先会表现为对于公民竞争性地实现选举权的要求,这种选举是现阶段公民实现选举权的最佳形式。按照权利与利益和财富的关系的理论,公民享有法定选举权,就意味着法律分配给了他一定的政治利益,让他运用这种利益来维护和保障自己的其他利益尤其是财产利益。所以,公民行使选举权实质上就是争取由自己或由自己信任的人进入代表机关行使国家权力,以实现自己的物质利益。由于事关切身利益,他不得不进行选择。关于竞争性选举的性质,他认为这仅仅是保障选举的民主性、保证选民权利得以充分实现的手段和方式,本身没有什么阶级性质之分,关键看它同什么样的社会制度结合在一起。有人把这种选举形式当作资本主义的东西加以排斥是一个误解。我国目前各级人大代表选举有一定差额,因而已包含一些竞争成份,但从适应经济生活发展需要和建设法治国家的要求来看,这些竞争成分远远不够,还要大幅度提高。^{〔20〕}

有学者对全国人大议事形式提出批评。左羽指出,全国人大应该由大会本身行使权力。目前全国人大的讨论基本是按各小组进行的,几乎都不开全体会议讨论问题。开全体代表会

〔18〕 浦增元:《关于党在宪法和法律的范围内活动的思考》,《探索与争鸣》1998年第5期。

〔19〕 刘茂林、蒋碧昆:《市场经济条件下人大制度建设若干问题探讨》,《法商研究》1998年第2期。

〔20〕 关太兵:《选举权的实现与竞争性选举》,《法商研究》1998年第3期。

议只是为了表决通过政府工作报告、预决算执行情况以及“两高”的报告等。这样做不好。因为代表都是从各选区选出的,地区利益互有差别,各人出身和经历也互不相同,这使得他们在认识全国全民利益时在思路上有差别。因此对于全国性的重大问题,一定要在代表全国人民利益的代表中讨论、辩论清楚。宪法规定的最高国家权力机关是全国人民代表大会,因此行使国家权力的应当是代表大会本身,而不是代表小组会。行使权力最正式庄重的形式是做出决议或制定法律,而做决议或制定法律的关键是全体代表面对面的讨论或辩论。不召开全体会议,没有充分时间讨论全国面临的重大问题,将使这个最高权力机关形似虚设。^[21]

五、宪法学若干基本理论问题的研究

关于宪法基本概念。对宪法是什么的认识远远超出了宪法概念本身所具有的学术性,它反映出基本的学理问题,因此历来受人们重视。钱福臣从比较的角度研究,发现中西方学者对宪法概念的界定存在着较大差异,表现在概念的界定方法、内涵外延的大小以及内涵成分等方面。中国学者倾向于首先下定义作概念并力求规范、全面和严谨,而多数西方学者只是从宪法规定了什么和宪法看来是什么的角度来界定宪法。中国学者的宪法概念内涵较大而外延较小,如说宪法是国家的根本大法,是民主制度的法律化,是阶级力量对比的表现,即只是对近现代某些国家宪法的概括;而西方宪法概念则相对地内涵较小,外延较大,往往不仅不只局限于涵盖近代的、国家意义上的宪法,还包括一些非国家意义上的规则。在内涵成分上,中国宪法概念中出现频率最高的成分是宪法的阶级属性和根本法属性,而西方宪法概念中则多为宪法对国家政体的规定及宪法对人民同政府之间的关系的规定。从这种对比中我们可以看出中西方宪法学者对宪法功用价值侧重的不同。中国宪法学者侧重对宪法的定性研究,具有更大的抽象性和较强的理论性,西方学者则侧重对宪法表层功用的阐释,具有更强的具体性、明确性和操作性,也更强调和侧重宪法限制国家权力以保护个人权利的功用。他认为,在一个有着古老的专制传统和国家本位、社会本位传统的国度里,强调限制国家权力以保护个人权利的内涵可能更有助于树立社会主义的权利义务一致观念,从而有助于社会主义民主和法制的完善。^[22]吕泰峰从理论更新的角度对我国某种流行的宪法定义的说法提出质疑。他认为“治国安邦的总章程”这个说法是错误的。“治国安邦”分明是一种封建帝王的语言,不仅马克思、列宁从来没有说过这样的话,而且这个说法与马克思的宪法是“法律的准绳”,与列宁的“宪法就是一张写着人民权利的纸”的论断根本对立。在这个说法里,宪法只是统治者用来“治国安邦”的工具或武器,而广大的人民群众却成了“治”的对象和“安”的臣民,这与现代民主、权利和法治不相容,因而不宜提倡。^[23]

关于宪法规范。多年以来,对于宪法规范的研究仅仅停留在对其特点的概括和说明上,具体研究则较少。董和平撰文对宪法规范的形成、逻辑结构、效力与适用等进行了描述和说明。他认为宪法规范的效力不能与宪法的效力、宪法条文的效力相等同,因它具有具体约束力并包含有法律后果,法律制裁与惩罚是其中最重要的表现。宪法规范的效力不同于普通法律规范效力,这表现为它的宏观调整效力、微观组织效力、政治确认和制裁效力,它们从根本性质上

[21] 左羽:《宪法理论若干问题探讨》,《法商研究》1998年第6期。

[22] 钱福臣:《中西宪法概念比较研究》,《法学研究》1998年第3期。

[23] 吕泰峰:《宪法学基础理论研究的若干思考》,《法学研究》1998年第3期。

讲是一种政治性法律效力。他还对与此相关的宪法的效力进行了分析。^[24] 胡锦涛分析了在宪法规范构成要素问题上的不同观点,指出应当改变那种只有追究刑事责任、行政责任、民事责任才算是制裁的看法,宪法规范的制裁是宪法监督机关或者适用宪法的国家机关对于违反宪法的行为所采取的措施,包括撤消、宣布无效、在具体案件中拒绝适用、罢免、弹劾等。他还阐述了自己对现行宪法第38条和41条的理解,认为它们包含了制裁要素。^[25]

关于宪法诉讼。韩大元等对宪法诉讼与司法审查、违宪审查作了比较,将宪法诉讼的概念界定为“解决宪法争议的一种诉讼形态,即依据宪法的最高价值,由特定机关审查法律的违宪与否并使违宪的法律或行为失去效力的一种制度”,并论述了宪法诉讼的四个特征,即判断的依据是宪法的最高价值、特定机关行使审查权、诉讼对象是特定法律的违宪与否、诉讼的结果是违宪法律无效。^[26] 韩大元等还对当代宪法诉讼制度的功能进行了分析。他认为在宪政状态下,宪法诉讼制度是宪法理念的直接体现和维护,有助于保护多数人统治下的少数人的利益,在控制权力滥用、维护国家统一、协调国家内部各种利益主体之间的关系方面起着重要的作用。他还论述了宪法诉讼制度功能的局限性。^[27]

在更新宪法学理论与方法上,赵世义提出了经济宪法的观点。他回顾了西方人把经济学与法学相结合考虑的过程,认为法学对经济学的吸纳,已经对传统宪法学形成挑战。他主张正确估价并利用经济学的优势,将数学工具运用于人类行为与制度分析,重视定量分析与实证分析,同时,拓展宪法学研究领域,在市场、个人与国家的动态关系中把握宪法。^[28] 童之伟对方法的研究也有新进展。他根据社会权利分析说提出,宪法学新体系应当以社会权利为基石范畴,以社会权利、公民权利、国家权力、社会剩余权力、法律义务和宪法为基本范畴而组成。^[29] 他还认为,无论从哪个角度看,宪法学都不应将阶级分析方法作为最一般的和最基本的方法,但仍应将其作为一种重要的分析方法。^[30]

关于宪法稳定性与社会发展的冲突。前两年有关“良性违宪”的争论至今余波未息,争论的焦点在于如何看待宪法的稳定性与社会变动性之间的冲突,以及是否存在着从宪政体制内部解决这一冲突的可能性。游伟等认为成文法的稳定性与社会现实的变动性之间的冲突是法治社会的常态,但人类选择法律作为主要控制手段的历史事实,说明这一冲突在法治体系内部并非不可调和。宪法内部存在着“僵硬性”与“弹性”的规范,如果它们搭配的比例不当,弹性的内容过少,社会变革与宪法冲突的可能性就会大大增加。所谓“良性违宪”现象发生的第一个重要原因,就是我国宪法的结构不尽合理。1982年宪法对经济制度的规定过于细密,与后来改革发生冲突,修正案中的多数是直接针对经济制度的。这样的问题可以用设置宪法中的弹性条款解决。他们还认为,不合宪并不等于违宪,它只是现实政治对宪法的突破,并不与宪法的精神或条文直接抵触,而违宪则至少与宪法条文直接抵触。持“良性违宪”观点的学者所列举的事例,绝大多数只是不合宪而并非违宪,完全可以通过宪法解释来解决。“良性违宪”现象

[24] 董和平:《宪法规范若干问题研究》,《当代法学》1998年第4期。

[25] 胡锦涛:《论宪法规范的构成要素》,《法学家》1998年第4期。

[26] 韩大元、刘志刚:《试论宪法诉讼的概念及其基本特征》,《法学评论》1998年第3期。

[27] 韩大元、刘志刚:《试论当代宪法诉讼制度的基本功能》,《法学家》1998年第2期。

[28] 赵世义:《经济宪法学——宪法学与经济学理论交融的历史启迪》,《法律科学》1997年第3期。

[29] 童之伟:《论宪法学新体系的范畴架构》,《法学研究》1997年第5期。

[30] 童之伟:《论阶级分析方法在宪法学中的合理定位》,《中国法学》1997年第4期。

发生的最深层次的原因还在于我国宪法文化传统的淡薄。在成熟宪政国家的历史上也遭遇过社会变革与法律稳定性之间的矛盾,但从没有人对宪法的价值提出质疑,即使最激烈的变革手段也是通过宪法程序进行的。而中国的变革时期之所以会出现“良性违宪”,为变革的价值优先,而不惜损害宪法价值,这在某种程度上正是宪法文化传统淡薄的结果。^[31]刘旺洪等从宪法的哲学和社会学的视角分析了这个问题。他指出在社会变迁与宪法发展的关系上有两种模式,即违宪性的社会变革模式和合宪性社会变革模式。后者通过充分利用宪法内潜含的宽容性的弹性条款,在宪法轨道上推进社会改革,从而将宪法的稳定性和社会的现实变迁有机统一起来,我国应取此种方式。修宪是主要的应变方式,但修宪会对宪法自身的稳定性和政治的连续性带来不利影响,频繁的修宪更容易导致宪法的信任危机,因此最好运用宪法解释、宪法惯例和宪法判例的方式进行。^[32]此外,韩大元还对国外的宪法变迁理论进行了评析。^[33]

此外,还有学者对宪法结构、宪法秩序、宪法价值、宪法文化、宪法与人权等问题发表了宝贵的意见。

六、关于目前我国宪法学的现状与发展

说到宪法学的现状,学者们普遍表示不乐观,但怎样才能走出目前的困境?蔡定剑认为,首先是要解放思想,宪法学领域有许多问题,不是不可为,而是不敢为。其次,要面对现实生活,从基本问题入手进行研究。这些问题包括什么是宪法,什么是宪政,什么是言论新闻出版自由及其界限,什么是生存权、劳动权、受教育的权利等等。这些本是宪法学再基本不过的问题,但却未见有过系统深入阐述的文章。任进认为,应当把重点放在自身的努力上,加深对古今中外宪法基本理论的研究,同时还应更多地参与国家的立法活动,联系实际地研究问题。韩大元指出,依法治国思想与目标的提出给我国宪法学研究提出了许多新的课题,它将成为我国宪法学理论研究走向成熟的重要契机。社会转型过程中出现的大量的社会问题实际上都与宪法问题有关。由于社会现实本身已发生变化或正在发生变化,传统的宪法学理论中自然会出现脱离现实或者不能客观、充分地说明现实的内容,因此我们必须研究新课题。

宪法学继续发展需要研究的问题是什么呢?童之伟认为,在下世纪中叶以前,我国宪法学的基本使命始终是为国家现代化建设服务。这包含两个方面:基础性研究要拿出一套富有时代气息、适应社会需求、学理深厚、解释力强、能够统一说明全部宪法现象而又对宪政实践有正面引导功能的学科理论;应用性研究要解决现行宪法与2010年前后将初步成熟的市场经济社会的适应性问题。苗连营认为,应给宪法学理论注入司法实践的活力。必须解决怎样使纸上的宪法成为现实的宪法的问题。其次,要建立科学的中国宪法解释学。宪法解释学是整个宪法学体系中不可或缺的重要组成部分,也是目前我国最有条件和可能率先完善起来的研究领域。戚渊提出,宪法学要提出中国社会的原创性问题,如对财产权的研究。商品经济的发展带来了迁徙自由、交换自由和人格平等,而自由与平等都须以财产权为基础。在中国,需要揭示财产权的宪法意义并对其予以充分保护。他还提出应研究宪法文化和宪法价值。周永坤认为21世纪的中国宪法学应当承担三大任务:解释宪法的基本要素(宪法原则、宪法规则、宪法概

[31] 游伟、杨利敏:《论冲突及冲突的解决——关于“良性违宪”的若干思考》,《社会科学》1998年第6期。

[32] 刘旺洪、唐宏强:《社会变迁与宪法的至上性》,《法学》1998年第2期。

[33] 韩大元:《宪法变迁理论评析》,《法学评论》1997年第4期。

念),为21世纪的宪法改革和宪政建设提供应然模式和基本价值,为法治国家中的司宪作理论的论证、制度建构和技术设计。与三大任务相适应的宪法学体系至少应当包括三大块:现代宪法要素的实证描述;现代宪法要素的理论解释和价值评估;司宪必要性、正当性的理论证成的制度架构、技术解析。这个宪法学应当是以权利分析及权利保障为基本立足点,而不是维护权力为主旨。韩大元认为社会变革为我国宪法研究提出的新课题有法治原则与宪法价值的相互关系、宪法司法化的途径、宪法制裁属性与制裁模式、宪法与民主政治及宪法与政党的关系等应该加强研究。

在宪法学研究的角度与方法问题上,秦前红认为要增强宪法学研究对社会现实的适应性和协调性,与具体宪政秩序的设计结合起来。赵世义提出要综合各学科的理论方法,一是社会人文学科的大综合,二是部门法学的小综合,三是宪法学内部理论与实践的综合,而不应搞已过时的分析宪法学或者纯粹宪法学。康健认为要树立为科学发展和民主政治建设服务的治学思想,摆脱“斗争论”、“工具论”的束缚。周永坤认为在经济全球化的21世纪,中国宪法学应当成为世界宪法文化的一部分,具有学科的共同概念,起码的普适性原则、规则和研究方法。要有学术自主性,从为流行的政策辩护的宪法学转变为法理型宪法学。^[34]

简 评

从这两年来报刊文章反映的情况看,虽然我们取得了一些进展,但正如大家都承认的那样,宪法学科的总体状况仍然不很乐观。深入研究基本理论的成果没有预期的那样多,专业性很强的学术批评也没有发展起来。讨论中的热点问题如修宪、建立宪法监督机构等由于涉及制度改革,政策性强,一时不易得到解决。造成宪法学科相对比较沉闷的主要社会原因,依然如笔者以前分析过的一样:目前我国经济体制改革正处于攻坚阶段,社会生活中的问题很多,党中央对政治体制改革措施出台不能不十分谨慎,现行宪法所确立的各种制度将不会有大的变动,因而宪法学中的对策性或变革性研究就难有用武之地。在这种情况下,学者似应在基础研究上多用些心。我国的宪法是1982年制定的,现在的宪法理论也主要是那时奠立的。如今的中国社会和世界形势都发生了很大的变化,也要有适应新时代的理论出现。在这方面,只要学者们能解放思想,面对现实,还是有许多基础性的工作可做的,我们希望出现这样一个新局面。

民法学研究述评

龚 赛 红^{*} 张 新 宝

一、关于物权法

(一)关于物权法的制定

1. 物权法的现代化发展趋势

[34] 以上均引自《宪法学如何因应21世纪的挑战——中青年学者笔谈宪法的现状与前景》,《法商研究》1998年第3期。

* 中国社会科学院研究生院民法学博士研究生。