

现象,提出尖锐的质疑。同时,强调应重视和发挥基层司法制度和民间法律工作者在法治进程中的作用(如,苏力:《乡土社会中的法律人》,《法制与社会发展》2001年第2期)。这无疑提出了中国法治建设的一个重要课题。值得注意的是,在法学研究中进行实证分析及应用经验主义方法论的关键在于准确地了解、揭示和描述社会现实。在国人普遍存在“说一套、做一套、想一套”的“三面派”甚至“多面派”的行为方式的情况下,表面现象所反映的现存并不一定就是客观存在的现实,而据此提出的某些问题很可能是伪问题。错误信息所导致的伪问题与信息缺失所造成的重复研究,一直是中国法学研究的两大祸害,消耗了原本不多的人力和智力及财力资源。学界同仁应尽量避免因此而耗费宝贵的精力甚至生命。

在今后的法理学研究中,现实社会发展所带来的新问题或老问题的新表象,诸如死刑犯及其妻子的生育权问题,高科技发展与体现传统道德观念的法律制度之间的冲突及协调问题,中国加入WTO和人权两公约以后人权保护的国际化问题,以及法学研究中多种方法论融会应用问题等,将有可能成为学界关注的焦点。与此同时,部门法的发展和其他学科成果的渗透,将迫使中国现存法理学的体系和内容作出重大改变甚至结构重建,以适应与时俱进的要求。

### 宪法学研究述评

张少瑜 莫纪宏\*

2001年度,我国宪法学出现了近年来少有的活跃局面。基础理论方面推出了一批高质量的学术论著,研究内容具有创新精神;另一方面,以最高人民法院“8月13日批复”为契机,学界对宪法在司法中的适用等问题展开了深入的探讨,实证研究的气氛越来越浓,注重回应司法实践的要求。

#### 一、基础理论方面

2001年是我国宪法学基础理论有所发展的一年。在该年度,一些中青年学者推出了多年来精心研究的成果,如徐秀义、韩大元主编:《现代宪法学基本原理》、林来梵著:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》、莫纪宏著:《现代宪法的逻辑基础》以及童之伟:《法权与宪政》等著作。一些学者还在期刊上撰文对宪法学的基础理论问题进行了探讨。中国法学会宪法学研究会2001年也将宪法学的理论创新作为年会的主题之一,引起了全国法学学者的广泛关注和热情参与。

##### (一) 学科体系

有学者以专著对宪法的一些最基本的范畴作了多角度的探讨和研究,深化了宪法学的学科体系。该著作分为上下两编,上编是“宪法学基础概念”,包括宪法概念、宪法制定权、立宪

\* 中国社会科学院法学研究所研究员。  
参见陆永胜、朱中一、莫纪宏:《中国宪法学未来研究之走向》,《法制日报》2001年12月9日。

主义、宪法结构、宪法渊源、宪法关系、宪法规范、宪法原则、宪法价值、宪法作用、宪法文化、宪法解释、宪法修改、宪法惯例、宪法的司法适用性、宪法判例等；下编是“学科共同体中的宪法学”，包括宪法学的历史与未来、宪法学的方法、宪法学与民法学、宪法学与刑法学、宪法学与行政法学、宪法学与国际法学、宪法学与军事法学、宪法学与刑事诉讼法学、宪法学与劳动法学、宪法学与哲学、宪法学与政治学等。

有学者提出了建立宪法学学的观点。上述二位学者就提出应重视宪法学自身的理论问题，并划分了宪法学与宪法学学之间的界限，认为发展宪法学学对于发展宪法学有重要意义。另有学者也指出，鸟瞰式地概观 20 世纪的我国宪法学的学术状况，尤其是全面透析其所适用的根本方法，属于所谓宪法学学的课题。

有学者认为目前我国法学界把宪法视为部门法的认识有许多弊端，主张将宪法仅定位于根本法，不再视为部门法；取消我国法律体系中的宪法部门，重新划分一个新的独立的法律部门——“宪法法部门”，以规范宪法学的概念，理顺宪法与部门法的关系。

## (二) 研究方法

有学者提出，分析宪法现象的基本方法必须体现价值的基本特性，即将宪法放在手段与目的的因果关系逻辑链中，通过探讨宪法的正当性（合法性）、合理性、确定性和有效性等基本价值属性来认识宪法现象的基本特征。宪法学是历史学与逻辑学的统一，宪法逻辑学是人类理性的最高体现，因为它的方法论是采用最有效的方法来解决最复杂的社会问题。宪法逻辑学的建立对于推进道义逻辑学的逻辑形式和逻辑规律的发展具有非常重要的意义。

有学者搜集了他近年来发表的关于宪法学研究方法创新的一系列研究论文，并作了必要的补充和修改，集中推出法权分析方法。他认为，全部宪法现象都可以基于法权概念推导出来，法权概念有助于结束法学中往往不自觉地混淆权利和“广义的权利”的历史，提高法学概念的准确性和法学研究的科学性。法权这个概念或范畴，虽然会对现行法学体系中某些构成部分的内部秩序形成一定程度的冲击，但一旦在新的基础上重新理顺了关系后，新形成的体系会比现有的更有效用、更合理。

有学者进一步论证了经济宪法的分析方法，认为它以财产权为基石范畴，把公民权利与国家权力的关系理解为个人财产权与国家财产权的冲突，并把这一冲突置于产权、人权与政权的相互作用中考察。财产权在公民权利体系中处于核心地位，权利保障首先要承认和保障个人的财产权，这是国家经济权力乃至一切权力的根本。实行宪政必须建立对国家财政权力的约束。

有学者运用矛盾分析方法论证了宪法学的逻辑基础，认为宪法学的基本矛盾是公民权利与国家权力之间的关系，其道德基础在于人权保障，社会基础在于国家与社会的二元化，逻辑

徐秀义、韩大元主编：《现代宪法学基本原理》，中国人民公安大学出版社 2001 年版。

杨海坤、上官丕亮：《宪法法部门初探》，《江苏社会科学》2001 年第 1 期。

林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，法律出版社 2001 年版。

杨海坤、上官丕亮：《宪法法部门初探》，《江苏社会科学》2001 年第 1 期。

莫纪宏：《现代宪法的逻辑基础》，法律出版社 2001 年版。

参见董之伟：《法权与宪政》，山东人民出版社 2001 年版，第 29 页以下。

赵世义：《经济宪法学基本问题》，《法学研究》2001 年第 4 期。

起点在于人民主权。完整的宪法学理论体系应以解决这个基本矛盾为主线,包括宪法基础、公民权利、国家权力和宪政运行四个方面的内容。

有学者将宪法学的研究方法分为三个层次,即根本方法、普通方法和具体方法。<sup>⑩</sup>他们都突出强调应当将事实问题与价值问题分开,强化宪法学理论研究的应然性。<sup>⑪</sup>

总的说来,理论创新已成为近一段时期学界的热门话题。学者普遍认为宪法学理论应该创新,但是创新不是简单地用新的概念来取代旧的概念,不能把时髦的名词堆砌在一起。理论创新要针对具体问题的解决,应具有应用价值。在如何创新问题上,有的学者指出,应当从突破传统的研究禁区入手,强调理论的普遍价值,而不能过分地强调实用性。有的学者指出,创新应当解决宪法学理论自身的逻辑合理性问题,以研究宪法的逻辑起点为核心构建宪法学理论。还有学者指出,宪法学应当面向 21 世纪出现的新问题,而不能在传统经验中固步自封<sup>⑫</sup>。

### (三) 宪法的性质

有学者从宪法逻辑学的角度探讨了应然性的内涵,指出在价值论意义上的“应该”的逻辑形式表现为确定性和不确定性两个区域。传统法学理论的根本缺陷就是将事实问题与价值问题相混淆。应当以认识论为基础,在“事实判断”与“价值判断”之间引入“能力判断”的分析方法,实现本体论、认识论和价值论三种分析方法上的统一。民主、人权等价值都属于应然的宪法,是宪法正当性的来源,而不应当将这些价值完全从属于“合宪性”,强调现代宪法的价值核心是一种“法治法”。<sup>⑬</sup>

### (四) 宪法原则

有学者认为,可以将宪法基本原则概括为那些作为宪法规范存在之基础,尤其是宪法制度构造的根据或本源的原理和准则。宪法基本原则的作用体现于宪法运用的整个过程中,包括使存在着先天局限性的成文宪法规则具有一定的灵活性;指导对宪法的解释;补充宪法规则存在的漏洞;把宪法对普遍正义的追求与个别正义的维护有机地结合起来。宪法基本原则可以分为公理性原则和政策性原则。前者指其体现的价值具有较高程度的适应性,任何一个实行宪政的国家都必须加以遵循。人民主权原则、法治原则、基本人权原则、权力制约原则都具有公理性原则的性质。后者是特定国家或特定时期为实现某一具体目标而确认的基本原则,容易受到国家的性质及政治、经济、文化制度与政策的影响,这些原则包括公有制、社会主义、民主集中制、三权分立等。在一个国家的宪法中,公理性宪法基本原则和政策性宪法基本原则结合在一起,才能构成一个国家宪法基本原则的整体。<sup>⑭</sup>

有学者对确定宪法原则的标准作了新的探索,认为宪法原则应该是“决定宪法形式和内容的根本价值准则”。宪法的根本特征是一种“价值法”。宪法制度必须以反对特权为目的来设计相应的手段性措施。由此可以产生“目的性的宪法原则”与“手段性的宪法原则”两类原则体系。前者要求所有的宪法制度设计必须服务于“反对特殊的权力原则”、“反对特殊的权

周叶中、周佑勇:《宪法学理论体系的反思与重构》,《法学研究》2001年第4期。

<sup>⑩</sup> 参见前引,林来梵书。

<sup>⑪</sup> 参见前引,莫纪宏书;前引,林来梵书。

<sup>⑫</sup> 参见前引,陆永胜等文。

<sup>⑬</sup> 莫纪宏:《审视应然性——一种宪法逻辑学的视野》,《中国社会科学》2001年第6期。

<sup>⑭</sup> 王广辉、叶芳:《宪法基本原则论》,《法商研究》2001年第5期。

利原则”和“反对特殊的权势原则”。只要是不符合这三个“目的性的宪法原则”要求的宪法制度都不具有正当性。后者解决各种特权现象产生的制度可能性问题,它又可以分两个层次来设计,即首要性原则和辅助性原则。首要性原则是以突出宪法的权威为核心的,包括人民主权、宪法至上、剩余权力和剩余权利等原则。辅助性宪法原则以突出立法机关制定的法律的权威为核心,包括法律优先、法律保留、依宪授权、依法行政和人权的司法最终性救济等原则。<sup>⑮</sup>

#### (五) 宪法观念

有学者从历史发展的角度对宪法观念的演化进程进行了梳理和分时段论述,分析并指出宪法观念的哲学化时期是其萌芽阶段;神学化时期是其初步发展阶段;理性化时期是其重要发展阶段。英、法、美三国的宪政实践对宪法观念的发展各自做出了不同的贡献。在当代,宪法观念是以多元化的面目出现的。<sup>⑯</sup>

有学者提出,可从公民权利、社会权力和国家权力三个方面,揭示宪法价值形成的人性基础。人性综合体现为人的利益、自由、主张的需要。个体需要在相互作用过程中集合成公共需要,公共需要必然升华为共同意志,共同意志被国家以根本法的形式表现出来形成宪法价值。<sup>⑰</sup>

#### (六) 宪政

有学者指出,建立真正的宪政国家,必须深刻领会宪政的基本精神:自由、限政与法治。其内在逻辑是:保自由而立限政,立限政而行法治。这三个环节生死相关,缺失其中任何一个环节的宪政都不是、也不可能是真正的宪政。<sup>⑱</sup>

有学者指出宪政理论不同意民主理论所强调的民主制度可以防止社会分裂的论点。宪政理论认为,对经过民主选举的政府也要防范,因为它也可能产生专制。民主程序是保护民主与人权的重要手段,但不是绝对有效的手段。宪政与民主的契合在于宪政是民主的政治,民主与人权是宪政的最根本的价值追求。宪政与民主彼此需要。没有宪政,民主是无能的,因为它需要法律的保护;而没有民主,宪政便失去了它至少在当代社会合法存在的一个主要理由。<sup>⑲</sup>

有学者指出,宪政在西方文化传统中有自己的原始涵义,中国近代先进思想家在接受宪政观念时作了新的理解,这就使得西方的宪政观念在中国发生了根本的变化。西方追求的是宪政自身的价值,而在中国,宪政则变成了人们在追求国家富强时的一个工具。这种语境的置换消解了宪政本身的价值。<sup>⑳</sup>

#### (七) 宪法权利

<sup>⑮</sup> 莫纪宏:《论宪法原则》,《中国法学》2001年第4期。

<sup>⑯</sup> 程华:《略论宪法观念的历史演变与发展》,《法学评论》2001年第1期。

<sup>⑰</sup> 吴家清:《论宪法价值发生的人性基础》,《广东商学院学报》2001年第1期。

<sup>⑱</sup> 田忠:《宪政的基本精神:自由、限政、法治》,《内蒙古社会科学(汉文版)》2001年第3期。

<sup>⑲</sup> 林广华:《论宪政与民主》,《法律科学》2001年第3期。

<sup>⑳</sup> 王人博:《宪政的中国语境》,《法学研究》2001年第2期。

有学者在探讨法本位和权利本位问题时指出,权利本位只存在于权利与权力关系领域,在权利与权利、权力与权力关系中不存在法本位的问题。实际上,权利本位说已经充分关注到了权利与权力的关系问题,并且坚持在这一领域应当坚持权利本位,反对权力本位;不能认为权利本位仅存在于权利与权力关系中,而应当从三个方面来进行综合性考察。<sup>⑲</sup>

有学者在探讨具体的宪法权利时认为,沉默权应是一项宪法权利,这可从沉默权的渊源、沉默权的国际保护、沉默权与言论自由的关系以及宪法与程序法的关系等几个方面得到论证。我国宪法应明确规定沉默权,这是人权保障的要求,也是宪政实施的需要。他还设计了一套我国沉默权宪法保护的规则。<sup>⑳</sup>

有学者指出,两个人权公约在相当大的程度上可以与我国宪政制度兼容,但也存在着诸多冲突,具体表现为公约有许多与我国宪法相对应的权利,但表述上有一定差异(如宗教信仰自由),即便是相同的表述,对其理解和解释也不尽相同(如法律面前人人平等)。此外,在权利内容上,公约有规定而我国宪法没有规定的,如申诉并取得国家赔偿的权利。如何协调两者的关系是我国目前宪政体制建设所面临的最现实也是最迫切的问题。<sup>㉑</sup>

在中国法学会宪法学研究会 2001 年会上,学者对宪法与人权的关系问题,尤其是通过国内法的手段来保障两个国际人权公约的实施进行了深入的讨论。<sup>㉒</sup>许多与会者提出,学理上要解决好宪法权利与基本人权、一般权利之间关系。我国宪法中所规定的各项权利之所以长期以来没有在司法审判中得到有效地保护,主要原因是宪法学理论上没有弄清宪法权利的性质以及宪法权利与其他权利的关系。因此要通过司法途径来保护宪法权利,首先必须认真地研究宪法权利的特征、作用以及与公民自身利益的关系,然后才能教育公民自觉地利用宪法权利来维护自己的合法权益。

## 二、宪法制度建设方面

宪法基本制度的探讨具体涉及到立法法、宪法解释、宪法修改、宪法程序以及宪法的司法适用性及宪法与人权公约的关系等问题,取得了有价值的学术成果。

### (一) 立法法的探讨

对于立法法,多数学者持批评态度。有学者以法治原则为标准提出批评,认为在立法体例上,立法法规定狭义立法以外的规则制定行为、甚至规定了非制定规范的行为,故显得零乱;在立法权限的规定方面,以普通法规定立法权限问题有悖法治原则,且对立法权限的分配呈现严重的向行政权倾斜的倾向,地方立法权进一步扩张;在法律解释方面,体现了“谁立法、谁解释”的人治传统;在法律位阶方面,存在规范形式不当、位阶不确定等问题。<sup>㉓</sup>

有学者分析了在立法法中设置法律解释的不合理性,认为立法解释在本质上仍属于立法而不属于解释。根据法治的原则,权力应合理分配给不同的主体,立法机关的职责主要是向

<sup>⑲</sup> 刘旺洪:《权利本位的理论逻辑——与童之伟教授商榷》,《中国法学》2001年第2期。

<sup>⑳</sup> 殷啸虎、房保国:《我国宪法应明确规定沉默权》,《法学论坛》2001年第2期。

<sup>㉑</sup> 韩大元、王世涛:《“两个人权公约”与我国人权宪政体制的整合》,《法律科学》2001年第2期。

<sup>㉒</sup> 参见前引,陆永胜等文。

<sup>㉓</sup> 周永坤:《法治视角下的立法法——立法法若干不足之评析》,《法学评论》2001年第2期。

社会输入法律文本,法律解释的主体只能是司法机关。他提出在我国应创设专门的法律解释法。<sup>②6</sup>

有学者运用类比分析法对我国违宪审查条款进行解析并得出结论:“不适当”是“抵触”的上位概念;“决定命令”隐含抽象和具体双重涵义。他反思了法律违宪和宪法第 104 条的缺陷,认为立法法虽纠正了全国人大组织法的违宪之处但又遗留了新问题,建议一方面对现行法律违宪审查探索新的方式,另一方面适当地修正立法法有关规定。<sup>②7</sup>

## (二) 宪法解释与宪法修改

有学者认为,对宪法解释施以一定的界限是为了防止解释中可能出现的主观恣意。在宪法的产生与实现中,制宪权、修宪权与解释权分别起着不同的作用,制宪权与修宪权的作用范围就构成了宪法解释的界限。宪法解释必须在宪政的基本精神和宪法文字的可能含义的范围内进行,以调和社会现实与宪法规范之间“正常的冲突”,但制宪权与修宪权也不可侵入解释权的作用范围,避免频繁修宪。社会现实的合理要求也是宪法解释的界限所在,这体现着宪法的现实性价值的要求。<sup>②8</sup>

在中国法学会宪法学研究会 2001 年会上,有学者讨论了宪法修改的必要性问题,认为应当将“三个代表”的精神实质在合适的时机写入宪法。同时,应当在参考世界各国宪政建设的经验基础之上制定一部继往开来的新宪法。<sup>②9</sup>

## (三) 宪法程序

有学者指出,宪法、宪政本是实体和程序的结合体。宪政作为一个动态的宪法,表现为立宪、行宪和护宪三种形态。三种形态各有其程序,都存在正义问题。我国宪政程序中的辩论程序的设置、程序的运作过程与时间限制的矛盾、中共中央主导修宪工作的程序化及选举程序中的竞争性等问题都值得研究。<sup>③0</sup>

有学者研究了宪法学上的正当程序问题,指出正当程序作为宪法的一项基本原则,已经得到世界各国的普遍认可。该项原则既包含了程序性限制也包含了实质性限制的因素。正当程序运行要求程序合法、主体平等、过程公开、决策自治和结果合理。正当程序原则对于一国的宪政具有法治建构、权力控制和人权保障等功能。<sup>③1</sup>

## (四) 宪法在司法中的适用

这是 2001 年度宪法学界的一个热点问题。它主要是围绕着最高人民法院“8 月 13 日批复”进行的。就此专题,中国社会科学院法学研究所宪法室与北京市平谷县人民法院于 9 月 22 日 - 23 日在北京专门召开了“宪法司法化理论研讨会”,就宪法在司法审判中的适用性以及宪法权利对私人的效力等问题作了探讨。在宪法学研究会 2001 年会上,宪法与司法体制的改革也是大会的主要议题之一。学者对最高人民法院于 2001 年 8 月 13 日公布的法释[2001]25 号《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担

<sup>②6</sup> 陈金钊:《何谓法律解释——对〈立法法〉中设置“法律解释”一节的认识》,《法学论坛》2001 年第 1 期。

<sup>②7</sup> 涂怀艳:《论我国的违宪审查条款——兼评“立法法”第 90 条与相关法律的衔接》,《甘肃政法学院学报》2001 年第 2 期。

<sup>②8</sup> 韩大元、张翔:《试论宪法解释的界限》,《法学评论》2001 年第 1 期。

<sup>②9</sup> 参见陆永胜、朱中一、莫纪宏:《共商 21 世纪中国宪法学新方向》,《人民法院报》2001 年 11 月 19 日。

<sup>③0</sup> 刘嗣元:《宪政程序正义论略》,《法商研究》2001 年第 3 期。

<sup>③1</sup> 汪进元:《论宪法的正当程序原则》,《法学研究》2001 年第 2 期。

民事责任的批复》涉及的宪法问题进行了探讨。<sup>③②</sup>

有学者认为,该批复是我国宪法司法化的标志,它意味着宪法作为人民法院审判案件的法律依据在最高人民法院的司法解释中正式得到承认,具有里程碑的作用。但是,绝大多数与会者不同意这种看法,认为最高人民法院在现有的人民代表大会体制内能否作出关于宪法问题的司法解释有待研究,而且批复所涉及的“齐玉苓案”是普通的民事案件,并不是宪法案件,不应该适用宪法。也有学者指出,应当研究在该批复中所包含的宪法问题,特别是由此产生的全国人大及其常委会与最高人民法院在审判宪法案件中的权限之分、宪法所规定的公民受教育权的政府保证责任以及宪法权利对公民私人之间的法律效力(即“宪法权利的第三者效力”)等。之所以在该批复上出现不同的评价,一个重要原因是因为我国宪法学界长期以来对这些问题缺少最基础的理论研究,现有的宪法原理不能很好地解释这些问题。所以,宪法学界应当以该批复为契机,认真地研究一些最基础性的宪法问题,特别是应当认真研究宪法与其他法律之间的关系。

### 三、简 评

2001年,我国宪法学研究的繁荣局面具有以下特点:

首先,基础研究有了可喜的发展。宪法的理论创新必须从改进传统研究方法入手已经成为中青年学者的共识。一些学者已形成了自己独特的研究方法,出现了法权分析、逻辑研究、经济宪法学分析等独树一帜的研究方法,并且出现了基于这些不同研究方法而展开的研究思路。宪法学界开始摆脱传统法理学研究方法的影响,出现了具有独立品格的宪法学基础理论。研究范围也向深度和广度方向发展。一些问题受到关注,如宪法权利的第三者效力、宪法权利与法律权利的关系、公民权利与公民权利之间的价值冲突等。宪法学的研究内容开始走向细致化、专业化的轨道。

其次,研究成果注重与实际相结合。以往宪法学对实际问题的关注较少,社会上也没有出现需要宪法学介入的问题。而2001年的宪法学研究给人的突出印象就是与实际问题紧密联系。学界对社会上出现的有宪法意义的事件进行了比较好的跟踪研究,如对沈阳市人大未通过沈阳市中级人民法院工作报告的评析、对最高人民法院“8月13日批复”合宪性的评价、对我国加入WTO以后可能给宪法体制带来的影响的分析,都有很好的社会效果。

当然,在过去的一年中,我国宪法学理论研究仍然存在着一些问题,主要表现为在一些重大的宪法理论问题上还没有从根本上摆脱传统宪法的理论束缚;对国外宪法学理论研究的前沿问题跟踪不够,还不能很好地借鉴国外宪法的理论研究成果;在理论创新方面存在着过于混乱的局面,还没有认真地考察一些基础性的宪法理论问题,有急功近利的倾向;宪法的实证研究还没有形成规模,特别是对典型宪法案例的研究还没有形成有说服力的成果等。

总之,我国宪法学理论研究正在向一个比较好的方向发展,但是,离规范的宪法学和科学的宪法学还有一段距离,宪法的理论研究成果还不能对其他部门法的理论研究产生正面的积极的影响。因此,我国宪法的理论研究依旧任重而道远。

<sup>③②</sup> 参见前引<sup>②⑨</sup>,陆永胜等文。