

着法理学。法理学很被动,应该尽快改变这种状况,根据实践发展需要进行超前研究。比如目前人们对市场经济立法的思路、基本框架、立法进程都已有了较明确的认识,政府也已经有了的一套立法计划,法理学就应提前研究如何才能使法必行的问题了。又如,经济方面的立法问题已初步解决,法理学就应考虑这些法律付诸实施以后带来的社会关系的变化,从而统筹考虑与之相关的社会和政治方面的立法问题。再如,目前各种立法多数属实体法,程序性法律却少得多,科学性也差得多。我国有法而难行的原因恐多数不在于实体法之缺陷,而在于程序法之缺陷与受人轻视。程序法在我国的薄弱有多种原因,法理学界相当多的学者对它存在错误认识,认其为技术性的“小道”,不是正经学问,不愿意致力研究是一个重要原因。我国大规模立法完成以后,各方皆有法可依了,执法必严、违法必究将成为主要问题,那时程序法的重要性就将极为突出。法理学应该注重研究这个问题,改变脱离现实、空谈学问的毛病。

再次,新研究方法运用问题。年轻学者运用西方法理学的最新方法研究中国问题,应该注意取其精髓及与中国国情相结合,不可只因其“新”和“西”而取之。目前有些文章满篇新名词而所表达的思想依旧,逻辑上前后矛盾,且与中国社会实践相去甚远。这些作者显然没有吃透新理论、新方法的精神内涵而仅得其皮毛而已。对此,学者当慎之。我国目前正处于革故鼎新、英雄用武之时,法理学面临挑战也充满机遇。有心的学者只要紧密联系中国社会实际,悉心分析世界法学新潮,正确把握中国发展方向和进程,就一定会创造出有特色的、对改革有影响的理论成果来。

(责任校对:张少瑜)

## 宪法学研究述评

张少瑜

1994年我国宪法学研究在过去的基础上又有了进一步的发展,在一些重要的理论问题上突破性进展,也产生了激烈的争论。在四川成都召开了全国宪法学会年会,在北京召开了人民代表大会制度建立四十周年纪念大会,在广东惠州和北京先后召开了关于立法问题的全国性和国际性学术讨论会,这些学术会议都取得了丰硕的成果。对外学术交流有所扩大,许多外国学者应邀来华介绍国外研究宪政、人权和立法等方面的观点,我国学者也多次出国参加国际性学术会议。更多的实际工作者,尤其是地方人大系统的同志积极参加宪法学研究,探讨如何完善人大制度问题,这使我国宪法学理论与实际联系更加紧密。

1994年科研成果显示,学者们探讨的范围很广,包括宪法的基本理论与研究方法,社会主义市场经济的发展与宪法、坚持与完善人民代表大会制度、人权保障问题、立法分权问题、法律监督与廉政法制建设、司法体制改革、比较宪法和一国两制之下的法律问题。研究的中心是在社会主义市场经济条件下,如何加强民主宪政建设,保障公民基本权利和促进经济发展。现将学术讨论中的若干热点问题简要述评如下:

### 一、宪法的本质与作用

长期以来,我国学者都认为,根据“法是统治阶级意志”和“宪法的实质是阶级力量实际对比关系”的观点,宪法的本质是阶级性,其目的是保障统治阶级的统治权。有学者从新的角度对这种“阶级宪法”论提出异议。李龙提出三个新命题。首先,他认为宪法的实质是分权,以此调

整社会主要利益关系。在市场经济条件下,既要有政治上的阶级阶层的分权,也要有经济社会生活其他领域的分权。分权与人民代表大会制度不矛盾,因为人大是最高权力机关,可确保人民主权之完整,而治权可分也应分。事实上我国审判权、行政权、检察权已分,中央和地方的立法权、税收权也在分。其次,他提出宪法是市场经济的产物,其目的是引导、促进和保障市场经济。法治的核心是宪法,搞市场经济首先要完善宪法,而宪法的基本范畴如民主、自由、平等、人权等,也只有市场经济条件下才有实际意义。第三,他提出宪法是人权的保障书,人权是宪法的出发点与归宿。<sup>〔1〕</sup>虽然缺乏深入的阐述,但李龙提出的观点还是很有启发性的,对我们思考在市场经济条件下宪法的作用很有益处。搞市场经济自然要有一套完善的民商法和宏观调控法,但更要有切实有效的宪法保障制度,以保证经济方面法律之必能实行,保证市场经济主体不受非法权力之侵害。分权问题值得进一步研究。企业与政府之间如何分权,政府内部(中央与地方、权力机关与各种治权机关之间)如何分权,如何保证各个权力(权利)主体之间的平衡也是宪法学下一步研究的任务。在这个宪法的本质与作用问题上,学者们还要进一步解放思想,破除宪法学无所作为的错误观念,研究我国市场经济建设面临的各种现实问题。

## 二、宪法学研究对象与方法

宪法惯例问题,龚祥瑞等老一代学者曾进行过研究。近来有学者继续探讨这个问题。蒋碧昆、刘茂林认为创设宪法惯例是我国宪法发展的主要途径之一。宪法惯例是一种现实的宪法规范,是全社会普遍承认的有约束力的习惯和传统。它与成文宪法的关系是:成文宪法没有对它的禁止性规定和它不违背成文宪法的精神。<sup>〔2〕</sup>梁忠前对此问题进行了专门论述。他从字面上的宪法规范要转换成在社会生活中起实际作用的活宪法角度来研究宪法惯例。他认为宪法惯例之需要来自于宪法规范的原则性和不周密性以及宪法规范之静态与政治实践之动态诸特点。他分析了政治先例、政治惯例与宪法惯例的关系,将宪法惯例定义为在宪法实施和宪政实践过程中所创设和确立的、与宪法本身相关联、与宪法精神相一致、为宪法所默示认可为具有合宪性质的政治先例行为(大意,非原文),即合宪性政治惯例。他还指出了执政党对宪法惯例的创设和专门机构对政治活动合宪性审查的作用。<sup>〔3〕</sup>毫无疑问,宪法惯例及其与成文宪法的关系问题值得宪法学界进一步探讨。我国正处在体制改革时期,宪法的实施与演变过程中都有许多问题要研究,引进宪法惯例的研究将有助于宪法的“活化”和宪政制度的超前研究。但是,要注意我国的特定国情。我国是一个市场经济初建和法治传统薄弱的国家,以往的政治惯例有多少与民主宪政的精神相合呢?又有多少值得宪法惯例化呢?再者,我国是成文宪法的国家,宪法规范本身在社会生活中还没有得到应有的尊重与执行,宪法精神还没有成为社会大众的精神,做为其“默示”而派生的宪法惯例又怎能得到正确的理解与执行呢?再者,我国现在还没有建立有效的宪法监督审查制度,宪法本身所规定的许多重要的制度,如立法审查、政府活动等是否合宪还无法认定,那种缺乏确切规范性的宪法惯例的合宪性又怎样认定呢?因此,就我国目前宪政建设的当务之急而言,我们要把主要精力放在树立宪法的最高权威,严格依照宪法本身规定的制度办事的观念。宪法不细致,可以改得细致些或增加有权解释使其具有可操作

〔1〕 李龙:《宪法新议三则》,《法学研究》1994年第3期。

〔2〕 蒋碧昆、刘茂林:《改革与中国宪法发展》,《法商研究》1994年第2期。

〔3〕 梁忠前:《论宪法惯例》,《法律科学》1994年第2期。

性。对改革中出现的新问题,可以经过法定程序以宪法修正案的形式解决,不可期望法外解决(当然修宪的指导思想也应是超前性的、指导性的,不能只是总结性的,即将实际生活中的事实存在上升为宪法规范的承认)。在目前提倡我们也要搞宪法惯例将不利于民主与法制建设。

宪法学研究的方法,也是学界讨论的问题之一。童之伟发表三篇文章提出了新观点——社会权利分析方法,引起了学界的争论。他认为宪法学要成为专门科学,必要跳出以阶级分析和普通哲学方法为本学科专门方法的思路,建立本学科专门分析方法。他提出以社会权利为核心概念或基石范畴,以社会权利分析方法做为宪法学科专门分析方法,并对现有基础理论进行革新和完善。社会权利指一定社会一切(公民)权利和(国家)权力之和。社会权利分析方法以社会权利作为理论分析的逻辑起点,通过对社会权利进行逐层分解来展开自身体系,从分配和使用社会权利的角度看待宪法的实质和根本功能,说明各种现象和宪法规范。其理论的核心是社会权利概念和社会权利分解规律。<sup>[4]</sup>童之伟的社会权利分析方法一问世就引起争论,争论的焦点是社会权利概念之得当与否。反驳者认为社会权利既非宪法实际所有的概念,从逻辑上也无法推演出来,仅是一个空空的、作者杜撰出的概念;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>[5]</sup>围绕童之伟观点的争论可能还会进行下去,这是一个好的现象。宪法学在我国有很浓厚的政治色彩,以往学界所争者往往多在于政治问题,真正的学术之争还很少认真地进行过,希望以后能多起来。童之伟的理论观点不一定正确,但他对宪法学专门方法的探求却是极有意义的。其观点之鲜明,其用力之勤苦,其观点体系一以贯之之设计在1994年的宪法学界都是很突出的,值得嘉许。任何一种观点和方法都可能片面性。片面不一定不好,片面才能深刻。宪法学在研究方法上应该走出多条不同的路。

### 三、人民代表大会制度建设

1994年是人大制度建立四十周年。围绕着这一件事,全年发表了许多论文,内容涉及人大自身建设和人大职权的各个方面。人大制度是我国根本政治制度,对人大制度的研究几乎涉及宪法中关于国家权力的各方面问题。讨论的热点仍然主要集中在立法、监督方面。郭道晖《权威、权力还是权利——对党与人大关系的法理思考》一文由于集中论述了党与人大的关系问题而引起了普遍的社会关注,《人大研究》《人大工作文摘》等报刊作了部分转载,其观点引起了人们的争论。郭道晖对权威、权力和权利三个概念作了分析,指出中国共产党的领导权的形成与确立,经历了由取得社会权威,形成社会权力,领导人民夺取国家政权,成为执政党,使自己的领导权威,通过一定的法定程序转化为国家权力的过程。他在肯定党作为国家政权领导力量的宪法地位的前提下,指出不能把党的领导权等同于国家权力,重申“党必须在宪法和法律范围内活动(党章)”、“必须以宪法为根本的活动准则(宪法)”。他指出了党对人大的领导有多种情况和表现形式,批评了一些片面的、不准确的将党的领导权等同于国家权力的观点。他反复论证党的领导权主要是政治权威、政治影响力(或社会权利)和政治权利。它虽也是一种“潜在的政治权力”,但必须经过一个转化过程,即党的主张经过一定的法律程序变为国家意志,才成为国家权力。为了坚持与改善党的领导,党中央一再提出要使“党政分开”。郭道晖认为党政不分

[4] 童之伟:《论宪法概念的重新界定》,《法学评论》1994年第4期;《宪法学研究方法之改进》,《法学》1994年第9期;《用社会权利分析方法重构宪法学体系》,《法学研究》1994年第5期。

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

实质问题是执政党的治权(执政权)与国家主权(统治权)不分,领导权威与权利同国家权力不分。党政分开,关键是“权能分开”,而不是“职能分开”。〔6〕郭道晖的文章引起人们的争论有多种原因,文章本身也有一些模糊、不准确的提法,其论述过程也不够明确,容易引起一些误解。但其中心论点还是清楚的,在政治上与党章、宪法、党的十三大文件及邓小平等党的领导人讲话的精神一致,在学术上也基本上能自圆其说,当前,社会主义市场经济体制正在建立。随着经济体制改革的深化,人们对政治体制改革的要求也必将越来越迫切。人民代表大会制度建设中的所有重大问题几乎都与人大同党的领导的关系有关。回避对这个问题的讨论,将不利于人大制度建设,不利于加强和改善党的领导,当然也不利于社会主义市场经济的发展。正确的态度是认真学习和理解邓小平同志关于政治体制改革的思想,按照党章和宪法规定的原则,从社会主义市场经济的实际需要去思考如何理顺党与人大关系的具体方案。这是个学术问题,应该允许和鼓励争论,只有这样,宪法学研究才能真正向科学化发展。

#### 四、立法权限划分和立法解释

立法法正在起草中,因而立法问题成为一个热点,讨论的中心是解决中央和地方、权力机关和行政机关立法权限划分问题。围绕这一问题,全年发表了许多篇论文,还开了两次研讨会。〔7〕从实践的角度考虑,大家的看法基本一致,即在宪法所确定的立法体制和权限的基本框架内,以立法法的形式明确划分中央与地方、权力机关与行政机关的立法权限划分。在具体划分的方法上存在一些分歧。特别授权立法的问题主要是缺乏一些必要的规定,太笼统。对于立法权限划分的理论认识,学者们有着很大的分歧,主要反映在如何认识地方立法权的性质和地位上。蔡定剑、郭道晖认为立法权是国家的权能,是主权的表现,是相对于司法权和行政权而言的。从这种观点出发,地方和行政机关自然没有立法权了。蔡定剑将立法权分为立法所有权与立法使用权两部分,地方和行政机关所能拥有的只是立法使用权。郭道晖认为立法权包括源权和派生权,行政的、地方的、司法的立法权,只是国家立法权的派生物,从属于和受制于国家立法权,因此要防止行政和地方的越权立法侵越国家立法权而造成法制的统一。周旺生、陈端洪提出地方立法分权的观点。陈端洪认为,单一制国家也允许适当的地方立法分权;立法分权制与现行宪法精神并无抵触;立法分权的概念有重要的实践意义。我国体制改革中的恶性循环有一个观念与制度的原因:单一制下的委托权思想使人们没有把某些权力看成是地方应有的专有的权力,是中央不应管的事情。这种观念使地方长期缺乏自主性,因此造成一放权就乱,一乱就又收的恶性循环。周旺生认为,由于执行一国两制政策,特别行政区依基本法而实行高度自治,必然形成中央与地方立法并存的局面,这也需要实行立法分权制度。看来理论上的争论还会继续下去,但是人们关注的焦点还将是《立法法》最终确立的中央和地方、权力机关与行政机关之间的权限划分格局,并探讨实践中发生的权限冲突问题。

立法解释是立法问题的一个附带的问题。我国宪法规定全国人大常委会解释宪法和

〔6〕 郭道晖:《权威、权力还是权利》,《法学研究》1994年第1期。

〔7〕 代表性论文有郭道晖《论国家立法权》,《中外法学》1994年第4期;周旺生《论中国地方立法的地位》,《政治与法律》1994年第5期;黄子毅《中央地方权力配置与地方立法》,《中国法学》1994年第5期;陈端洪《划分地方立法权限几个问题的探讨》,《法商研究》1994年第3期;廖延豹《从厦门取得立法权谈特别授权地方立法》,《政治与法律》1994年第5期等。

法律,但这项工作却几乎从未开展,对此问题的研究也很少。1993年蔡定剑、刘星红曾著《论立法解释》一文论及此问题。1994年袁吉亮提出与蔡、刘相反的意见。他认为宪法规定全国人大常委会享有按一般程序来解释宪法的职权,有违立宪的初衷和宪政的一般原则,并非适宜之举;在全国人大常委会享有立法权的同时又规定其法律解释权,违背国家机构之间职能分工的一般规律,且逻辑上是多余之举。他分析道,立法机关按一般程序对宪法进行解释,如果改变宪法条文的原意实际上是修改了宪法,这与立宪修宪的绝对多数原则不相容。同时,当法律解释权是在立法意义上使用时,则立法机关已有立法权,何必又来一个解释权呢?法律执行过程中条文确切含义之解释则只能是执行机关的理解,不能再回到立法程序上来了。因此他认为,把立法解释理解为立法者的法律解释,再进一步引申为立法机关的一项专门职权是错误的。<sup>[8]</sup>袁吉亮的观点对于人们理解立法解释很有启发性。

## 五、市场经济与公民权利保障

劳动法已经生效,其他社会保障方面的法也在加紧制定,学界讨论主要围绕这方面的内容。有学者认为,宪法应当明确规定公民私有财产不可侵犯,以保护市场经济主体的利益;宪法应当规定公民有罢工权利,适应各种所有制并存的现实,且与国际惯例接轨;界定公民政治权利的概念,制止公民权利问题上的“政治化”倾向,制定有效机制保护公民人身权利等。学者还对行政相对人权利保障机制、女性权利保护、司法制度改革、民事调解、刑事被告人权利及人权意识、诉讼意识等问题进行了探讨。<sup>[9]</sup>对这个问题探讨的范围很广,涉及公民的各种权利和各种保障机制的建立和变革,涉及理论观念和技术制度各个层次。学者们的意见虽来自不同角度,但大体相同,没有什么明显冲突和分歧。预料关于这个问题的讨论将更加热烈地进行下去。我们是以公有制为基础的社会主义国家,在这样的国家里建设市场经济,在世界上是个创举,许多市场经济发达国家的经验在我们这里运用有局限性。我国的性质决定了我们在追求高生产率的同时,不能以广大劳动人民的牺牲为代价,因此我们对公民权利的保护要比资本主义国家更重视,保护得也更好,我们的权利保障机制要更完善有效。这个问题在今天市场经济初建之时就应充分意识到,不要等问题成堆、民怨沸腾时再想法解决。随着国家各项社会保障立法加快进行,这个问题的讨论将会从立法对策的角度更深入地展开。

1994年学术讨论的主要问题还有基层政权建设,“一国两制”的法律问题、人权保障和宪法监督审查等。限于篇幅,此处不做评论。

怎样评估这一年来宪法学的研究情况呢?总的说来,喜多于忧,进展较大,也有一些值得注意的问题。研究的特点有二:首先,“上得去,下得来”。宪法学理论性很强,但又有可操作性。上得去是说理论上的发展,有学者极力在创建本学科专门分析方法并初有成果,关于这些方面问题的深入讨论如能进行下去,将有望促进我国宪法学的科学性。下得来指宪法学者注意了对于实践中问题的研究,注意了国情调查,这表现在对立法权限划分、人大制度建设等问题上。第二个特点是学术争鸣开展起来了。对童之伟的社会权利分析方法和蔡定剑的立法解释观点,有学者认真地从学理上进行了反驳。这是极好的现象,值得大力提倡。

[8] 袁吉亮:《论立法解释制度之非》,《中国法学》1994年第4期。

[9] 游劝荣:《市场经济条件下公民权利及其保障几个问题探讨》,石秀印等:《“中国社会发展与权利保护”笔谈》,《法学研究》1994年第3期。

如果说有什么忧,或说宪法学应该如何进一步发展的话,那就是上述两个特点还不是特别突出,还没有形成强大的主流。宪法学应该进一步在理论上发展,要摆脱政治理论的影响,创造自己的专门理论。怎样创造呢?可以吸取外国的好的观点,也可以从部门法的理论发展中去找启示。民法学者根据我国市场经济的理论提出公法私法划分的观点,民法为私法的基本法、宪法为公法的基本法,公权与私权制衡。这种观点不一定新鲜和准确,但类似的部门法理论的进展值得宪法学家注意。宪法学家还要密切注视中国社会的变化,根据实际情况研究公民权利立法和具体制度变革。应该重视实证性的国情调查方法。宪法学界学术争鸣开展得还很不够,往往是各说各的理,缺少交锋,尤其缺少尖锐的、针锋相对的争论。宪法上的问题多数与政治有关,因此尤其要注意保护学术自由,否则不利于宪法学的繁荣。学术之争要尖锐,但也要讲道德,不要讽刺挖苦,变成人身攻击。注意了这些问题,学术争鸣就能更好地促进学术繁荣和学者的团结。

(责任校对:张少瑜)

## 行政法学研究述评

张明杰<sup>\*</sup> 林炎炎

1994年是我国行政法学理论研究蓬勃发展的一年。在这一年中,国家颁布了《中华人民共和国国家赔偿法》,使我国的行政法律体系更加完善,行政法学学术研究活动也十分活跃,理论研究成果丰硕,涉及行政立法、行政执法、行政司法、行政监督等方面。

### 一、关于行政诉讼

行政诉讼是纠正行政违法行为,保障行政相对人的合法权益,促使行政机关依法行使职权的重要救济方式,因而自行政诉讼法颁布以来,行政诉讼问题一直是行政法研究的热点。

#### (一)行政机关能否做第三人的问题

行政诉讼法从1989年颁布到1994年已五年。前两年对行政诉讼法的研究主要集中于一些基本的理论问题,如行政诉讼的基本原则,行政诉讼的司法变更权,行政诉讼的受案范围,行政诉讼的举证责任,行政诉讼的法律依据,行政诉讼的参加人等,其中一些问题的研究已达到了一定的理论深度,在学术界取得了共识。但有的问题仍有争议,行政机关能否作为行政诉讼第三人便是争论较大的问题。

曾有学者认为行政机关可以作为第三人参与行政诉讼。其理由是,能否将行政机关列为第三人,要看行政机关能否满足行政诉讼第三人的条件。行政诉讼第三人的条件之一是公民、法人或者其他组织同被诉的具体行政行为有利害关系。条件之二是公民、法人或其他组织申请或由人民法院通知其参加已成讼尚未终结的行政诉讼。其中条件之一是实质要件。依据这一条件对原告同一行为作出与被告互相矛盾决定而又与被告不存在领导关系的行政机关就应作为第三人参加行政诉讼。因为在这种情况下,不同职能的行政机关各自的职权范围不同,作出具体行政行为的法律依据也不同,法院在审查具体行政行为的合法性时,必然要否定其中一个具体行政行为的合法性,因而该行政机关就与被诉具体行政行为具有直接的利害关系,而且是独

<sup>\*</sup> 张明杰,系中国社会科学院法学研究所助理研究员。