

实产生指导作用;二是跨学科研究问题。跨学科研究包括法学学科内部的跨学科研究和法学与其他社会科学、自然科学知识的结合。跨学科研究目前在世界各国已成为一种趋势,这也是时代对我国法理学研究者的要求;三是社会科学共同研究方法问题。社会科学的基本研究方法是实证方法,我国法学是建立在合法性的基础上,这虽然也是一种实证方法,但其标准不是实践而是法律。法学家不仅要关心合法性问题,更要关心法律本身的真理性问题,把法学作为一门科学,走所有社会科学共同的发展道路。<sup>[19]</sup>

有学者在对中国法理学危机的学科内原因和学科外原因进行分析之后指出,中国法理学要度过青春期危机,应当在新方法论的指引下实现理论创新的同时进行结构重组,这需要在8个方面实行变革,即从规律学走向规则学,即解决法理学的学科定位问题;调整同意识形态的关系,中国法理学的许多内容至今仍是高度意识形态化而非法理学的;从解释性、证成性法理学到解释性、评价性法理学;从中国的国家法理学到一般法理学,一般法理学应尽量关注外国法律和国家法以外的法律;从封闭的法理学到开放的法理学;从主客体思维到主体际思维;从法学方法论到法律方法论;从一元法学到多元法学。总之,中国法理学的角色定位应是规则学;法理学的方法包括研究方法和法律方法两部分,而从主客体思维到主体际思维的变革则是法理学方法首先要解决的问题。<sup>[20]</sup>

以上所有对于法理学存在问题、改革方向的见解,将会对我们产生一定的启迪作用,使法理学研究在学科体系上、思维方法和研究方法上、研究领域上将更符合法理学自身的规律和要求。我们相信,经过我们的共同努力,一个法理学界、部门法学界以及法律实践部门都比较满意的法哲学、法理学一定会呈现在我们面前。

## 宪法学研究述评

张少瑜

2000年是我国宪法学在相对平静中发展的一年。报刊上发表的有关宪法方面的文章数量不多,除少数热点以外,学界探讨的问题多属近年来一直在研究的老问题。现对报刊文章讨论的主要问题和观点作一简要述评。述评仍以介绍性内容为主,间参己见。

### 一、宪法学一般理论问题

#### 1. 宪政

这是近年来学者讨论得较多的问题,认为它是依法治国的核心。有学者考察了宪政的内涵和意义、起源和特征,认为宪政是宪法逻辑运动的状态,是法治存在的核心要素。宪政运作的过程本身就是法治的体现,可以说,讲法治离开了宪法是一事无成的。<sup>[1]</sup>有学者提出,实行宪政必须对权力进行三个层次的制约,即规范制约、权力制约和权利制约。宪政就是一种政府权力受到约束,公民权利受到保障的政治制度。为了实现权利对权力的制约,就要实行国家与

[19] 朱景文:《关于法理学向何处去的一点看法》,《法学》2000年第2期。

[20] 周永坤:《理论创新与结构重组》,《法学》2000年第3期。

[1] 莫纪宏:《宪政是宪法逻辑运动的状态》,《法律科学》2000年第5期。

社会的二元化。<sup>[2]</sup>但也有学者提出应该全面理解宪政的意义,即宪政应是保障公民权利与维护国家权力的统一,而不只是限制政府权力、保障公民权利,因为在现代市场经济条件下不应否定政府的积极作用,而要求强调整体权利。<sup>[3]</sup>有学者提出建设法治国家重点应当放在依法治权上,关键是建立权力制约机制。我们曾提出过用权利制约权力、用法律制约权力和用监督来制约权力三种办法,但效果都不理想,用什么制约权力还需要研究。<sup>[4]</sup>

学者们很注重西方宪政文化与本土国情的结合。有人指出东西方之间存在巨大的差异。一是宪政的人性基础不同,即对于领导者的看法,在西方是性恶论,而中国则是性善论。二是宪政理念不同,西方建立在自由主义之上,强调的是维护和保障个人的权利,而中国建立在集体主义之上,强调的是维护国家政权的稳定。三是宪政演进的方式不同,西方以制度推进为主,注重制度的完善,而中国是以政策引导为主,注重执政党的政策对修宪的指导作用。在对待本土文化传统问题上,要防止极端化倾向,处理好移植与改造的关系。<sup>[5]</sup>

也有学者从语境转换的角度分析了中国近代宪政现代化的困境,指出西方宪政的民主语境被置换为中国的富强语境,实质上是消解了宪政本身的价值。中国人总是越出宪政的原生价值去寻找实用的功效,把宪政看作是达到民族主义目标最重要的器具,这就决定了他们既不能为国家富强提供可靠的途径,也无法建构起结构性法律空间。<sup>[6]</sup>

## 2. 宪法观念

有学者探讨了社会转型期中国宪法理念的重构问题,认为建立在计划经济、社会国家化和对人性与公共权力本质的不合实际之假定基础上的传统的宪法理论,已经成为实现中国宪政现代化的严重障碍,应当从对政府权力的规定和对公民权利的保障这个中心出发来反思传统理念,根据市场经济所还要求的社会与国家二元化的基础来建构宪法的新理念,包括宪法的权力制约(如法治限制国家权力、社会权利制约国家权力、分权与制衡等)、私域保障(如确立国家与社会的界限以建构社会自治、保护私有财产权、公民权利本位)和宪法的实证性等内容。<sup>[7]</sup>

有学者从宪法演进角度提出改变观念问题,认为宪法所涉及到的根本问题不是固定不变的,而是随着人类社会的发展和政治文明的进步在不断地发生着变化,经历了一个由政治领域扩大到经济领域,并进一步扩大到文化领域的过程。早期宪法以国家的政权结构为核心,以构成国家政权的各要素之间的互相关系为关键,反映了当时历史条件下的人们对公共生活有序化的追求。近代社会出现的成文宪法所规定者也主要是国家的政权结构,以解决公民同国家的关系。19世纪末和20世纪以来,宪法中大量加进经济和文化的制度性规定。对宪法的根本性质应作较宽泛的理解,明确宪法内容的多样性和发展性,不能简单地说它产生于近代,是资产阶级革命的产物,而要深对宪法内涵的认识。<sup>[8]</sup>

## 3. 宪法与社会改革

宪法的稳定性与社会的变动性是近年来我国学者议论较多的话题之一。有学者以各国宪政实践的经验为基础探讨了宪法规范与社会现实发生冲突的原因、表现与解决机制等问题,并

[2] 邓世豹:《宪政:依法治国的核心》,《法律科学》2000年第4期。

[3] 蒋伟:《宪政之维——关于宪政内涵的新思考》,《河北法学》2000年第6期。

[4] 赵世义:《九九修宪与依法治国》,《法律科学》2000年第1期。

[5] 殷啸虎:《论宪政模式选择中的本土文化传统因素》,《政法论坛》2000年第5期。

[6] 《20世纪中国法制回顾与前瞻研讨会综述》,《政法论坛》2000年第3期。

[7] 杜承铭:《社会转型与中国宪法理念的重构》,《法学评论》2000年第3期。

[8] 王广辉:《宪法为根本法之演进》,《法学研究》2000年第3期。

对如何有效地控制规范与现实冲突提出了对策。规范与现实的冲突是正常的现象,这是因为规范具有高度概括性,而社会生活却是丰富多彩的,在发展中国家,移植的宪法理论与本国政治现实更是经常处于矛盾之中。从当前宪法理论发展的实际情况看,在规范与现实冲突中适当地强调规范的价值是必要的,特别是建立新的宪政秩序时更有必要从规范的角度审视社会改革中出现的各种新的问题。在改革与宪法的关系上片面强调改革实践的价值,要求宪法无条件地为改革让路的主张是极端错误的,它不仅会带来宪法危机,而且对整个改革进程带来消极的影响。<sup>[9]</sup>

#### 4. 学科体系建设

许多学者都提出要面向 21 世纪创建新的宪法学体系。有学者认为应以权利和权力为中心重建体系,并把监督国家权力、限制政党权利和宪法实施监督列为重要部分。<sup>[10]</sup>有学者认为目前最大的缺陷是理论化程度偏低,基本只适于注释宪法典和宪法性法律,因而革新应以基本理论研究为基础。<sup>[11]</sup>有学者认为目前的宪法学研究对象仅限于静态的规范,其基本范畴缺乏法学意味,应以整体利益与整体利益关系为逻辑起点,以法学的上的主体—行为—责任为基本思路确立宪法学的新框架。<sup>[12]</sup>有学者分析了当代中国社会的政治经济状况,认为用自由主义和后现代主义思路研究中国问题都不适合,提出探讨中国特色宪法理论。<sup>[13]</sup>

有学者提出我国的宪法应仅指作为根本法的宪法典,而不应同时又指部门法。在我国法律体系中应专门划分一个与宪法典相对独立的法律部门——宪法法部门,同其他部门法相并列。这个部门由众多不同的宪法性法律组成,即英文的 Constitutional Law,指国家立法机关制定的,内容涉及某一方面的国家根本问题,但又不具有宪法典最高法律效力及严格的制定和修改程序的法律规范的总称,包括组织法、职权法、选举法、代表法、议事程序法、立法法、监督法、公民权利法、地方自治法和国家标志法等。<sup>[14]</sup>

此外,学者们还对其他宪法理论问题进行了研究。有学者对宪法惯例的效力进行了探讨。<sup>[15]</sup>有学者从民主的层面入手,对宪法诉讼进行了综合的考查。<sup>[16]</sup>还有学者对孙中山先生五权宪法思想体系的构成要素进行了分析。<sup>[17]</sup>

## 二、我国宪政制度建设中的若干问题

### 1. 宪法修改

有学者将现行的修宪模式概括为“政策性修宪”,认为它虽有好处,但也有局限性,其最大缺陷在于宪法的发展完全受制于政策的规定。他提出完善政策性修宪应注意明确修宪的目的,在技术上注意条款的适应性,并把重点转移到公民权利的保障和国家政治制度的完善上

[9] 韩大元:《论宪法规范与社会现实的冲突》,《中国法学》2000年第5期。

[10] 吕秦峰,见《“21世纪的中国宪法学”笔谈》,《法学家》2000年第3期。

[11] 董之伟,同上。

[12] 叶必丰:《论依法治国与宪法学的新体系》,《法学评论》2000年第6期。

[13] 郑贤君,见《“21世纪的中国宪法学”笔谈》,《法学家》2000年第3期。

[14] 杨海坤等:《论宪法法部门》,《政治与法律》2000年第4期。

[15] 郭春涛:《试论宪法惯例的效力》,《法律科学》2000年第3期。

[16] 韩大元等:《宪法诉讼的民主价值》,《法商研究》2000年第4期。

[17] 王祖志:《试论孙中山先生五权宪法思想体系的构成要素》,《政法论坛》2000年第5期。

来。<sup>[18]</sup>

为避免宪法过于频繁改变,有学者认为经济政策可以不在宪法中规定,以免使之凝固化。绝大多数经济规范应当放到公民基本权利和国家机构等有关章节中去。他反对强行冻结修宪程序的僵硬看法,认为从根本上解决宪法修改过繁的问题,应当考虑通过少数几次修改,消除宪法本身存在的某些不稳定因素。<sup>[19]</sup>

有学者提出了完善修宪程序的一些设想。如改进党对修宪工作的领导方式,以政治原则、政治方向的领导为主,只向全国人大常委会提出修宪建议,而不宜细致入微地拟定具体条文。修宪机关应真正享有修宪的权力。要完善修宪过程中的公众参与制度,如将草案提交全民讨论、修宪会议公开举行、公众有权旁听会议、舆论机构可通过各种方式报道修宪的情况等。<sup>[20]</sup>

有学者探讨了宪法典结构的完善问题。宪法典结构既体现一个国家的立宪技术水平,更反映着统治者治理国家的经验和理想。我国虽然数次对宪法进行过修改,但都是为了解决在改革开放中所面临的问题,政策性比较强,没有认识到宪法典结构的重要性。他从公民基本权利与义务、国家机构、自治制度和特别行政区等基本制度方面提出了许多建议。<sup>[21]</sup>

有学者提出建立忠于宪法的宣誓制度。他比较了世界上大多数国家的宪法规定,建议在适当时候通过宪法修正案,将这一制度写进宪法。<sup>[22]</sup>

## 2. 法律体系建构

这是学界讨论的热点,主要涉及四个方面的问题,既构建体系的基本思路、体系的主要内容、中央立法与地方立法的关系、国际条约与国内法的关系。<sup>[23]</sup>

多数学者赞成建构法律体系,指出一个好的法律体系是法治的前提条件,是依法治国的必要要求。关于法律体系的概念有几种看法。有学者概括为一国全部法律规范依照一定的原则组成的整体,将其概括为部门齐全、结构严密、内部和谐、体例科学、协调发展 20 个字。有学者表述为:以宪法为基础的、以宪政法律体系为核心内容的、由实体法和程序法以及公法和私法的各法律部门有机构成的内部层次分明、协调一致的科学体系。有学者概括为:以宪法为统帅,以基本法律为主干,由法律、行政性法规、地方性法规和特别行政区法律为内容构成的部门齐全、结构严谨、内容完善、关系和谐的科学体系。这些概念涵盖了法律体系的内容和形式,还对法律体系的技术方面提出了要求。

许多学者提出以权利为标准来建构法律体系,改变原来的具有强烈的国家主义色彩的“调整社会关系”的标准。有学者提出以权利自治为出发点构建法律体系:属于公民自己的权利,公民应当有权自己决定如何处置;国家作为公共权力的行使者对于公民权利只是提供一种解决纠纷的途径,至于公民是否采纳,应当允许其自由选择;国家对公民的权利在特定情况下要进行干预,但这种干预的范围应该有严格的限定。

关于法律体系的总体构成,多数学者都赞成用公私两分法对其进行划分,认为这样做简便

[18] 殷啸虎:《论“政策性修宪”及其完善》,《法学研究》2000 年第 1 期。

[19] 赵世义:《九九修宪与依法治国》,《法律科学》2000 年第 1 期。

[20] 苗连营:《进一步完善修宪程序》,《法商研究》2000 年第 1 期。

[21] 王广辉:《论我国宪法典结构的完善》,《法学研究》2000 年第 5 期。

[22] 蒋伟:《论建立忠于宪法的宣誓制度》,《法商研究》2000 年第 5 期。

[23] 参见《法学研究》2000 年第 5 期专题述评。

而清晰。在新中国前三十年的时间里,国家和社会是同一的,近二十年改革努力的方向一直是使二者分开。也有学者提出公私法的区分不应绝对化,如劳动法、环境保护法等,不是绝对的公法或私法,要重视它们在法律体系中的位置。他们认为应是公法、私法和社会法三种划分。

法律体系应该怎样安排公私法和社会法的比重?意见不一。有学者提出要重视公法问题。因为私法的混乱只会造成民事交易秩序的混乱,而公法的丧失或混乱则会造成整个法律体系的混乱。还有学者指出,依法治国的根本目的是对公权力的限制和对私权利的保障。在构建法律体系的过程中,要紧紧围绕这一着眼点和根本目的。我国私法领域只有民法通则,还没有实现法典化。无论是与我国公法体系相对完善相适应还是与特别民法初具规模相适应,在建构法律体系时,制定一部适合国情的、与国际接轨的市民社会的大宪章即民法典,都是势在必行、十分重要的。

关于法律体系的主要内容。有人认为宪政立法应该先行,因当前公民权利专项立法拖延不决,宪法上的规定几乎成了空头支票。这使得我国在扼制腐败、监督滥用权力方面缺乏力量。也有学者提出,将宪法权利的实现寄托在民权法规或具体法律部门的完善上是错误的,应该从根本上解决问题,即要以宪法诉讼制度等来保障宪法上公民权利的落实。有学者提出民法的完善是中国立法面临的一个最紧迫的任务。现在物权立法中遇到若干关键问题,如所有制怎样确定,全体劳动人民对国家财产有没有所有权以及这种权利如何来表现,集体所有权尤其是城镇集体所有权怎样进行界定等都应明确。其他学者提出要加快发展经济法、环境资源法、社会保障法等,刑法和刑事诉讼法等也都有待完善。

有学者指出,法律体系应包括哪些门类,如何划分并不重要,重要的是部门法体系的价值取向、基本原则、规范内容是否成系统,互相之间是否协调。因此,转变观念、提高立法技术等问题必须引起重视。另外,也有学者指出,在重视立法的同时,还应重视通过司法程序和法律解释的形式来填补法律的缺陷。

中央立法与地方立法的关系是我国法律体系中最重要纵向关系。多数学者认为,地方立法仍有存在和发展的必要,因其可以作为完善中央立法的实施细则、具有试点和探索性、可以解决地方的特有等问题。有学者认为,地方性法规应该有自己的体系,它是国家法律体系中的一个子系统,其原因在于中国各地发展的差异越来越大。有的学者强调国家法律体系的统一性,认为地方行政区域不应存在自己的法律体系,它必须以国家法律为依据和基础,不能直接根据宪法来制定地方性法规。

如何协调我国法律与国际公约间的关系是目前法学界十分关注的问题。有学者指出,我国法律制度存在的一个大问题是对待国际条约没有一个统一的立场和规定。如何解释条约也很重要,但我国法律也没有明确规定。在实践中,司法人员甚至不知道我国究竟缔结和参加了哪些条约。建议中国批准条约的部门按照法定程序,及时将已批准的条约公之于众。国际条约一旦批准就和国内法律一样,直接关涉到公民的权利和义务,因此有必要让所有的公民都知晓。有学者指出,中国参加的国际条约是中国法律体系不可或缺的一部分。国际条约的批准是国家的一项立法活动,因为待批准的条约议案与制定法律的议案要经同样的审批程序、经同一立法机关审议进行。为数不少的现行法律和行政法规中载有国际条约可在国内直接适用的规定。

学者们都认识到,为了有利于条约的执行,在我国法律体系中应明确规定条约的地位。怎样规定?大家提出的方案基本一致,即一是修改宪法,确定国际条约在我国法律体系中的地位

和适用原则;二是修改现行法律规定中与国际条约不一致或相抵触之处。有学者认为也可以在宪法性法律中加以规定,如可以在修改立法法时规定,也可以在修改《缔结条约程序法》时加入这一内容,使之成为《条约缔结与适用法》;可在宪法或立法法中规定“对中国生效的条约是中国法律体系的组成部分”,也可以在《条约缔结与适用法》中规定“对中国生效的条约直接具有国内法律效力”。在效力上,同一等级之中,条约要高于国内法,以避免出现违反国际义务的情况。<sup>[24]</sup> 学者们还对如何处理加入 WTO 和两个人权公约的具体宪法问题发表了看法。

### 3. 宪法解释

有学者不同意把立法也说成是宪法解释的观点,认为宪法解释是指全国人大及其常委会对宪法典的条文、语句和文字的含义进行的解释。他列举大量的事实和资料论证了我国不仅存在着宪法解释,而且全国人大及其常委会确实进行了一些有价值的宪法解释的实践。但全国人大及其常委会在运用宪法解释权的过程中也存在着有待改进之处,今后应注重宪法解释理论的研究,宪法解释名称要统一化,还建议成立由宪法专家组成的宪法解释咨询委员会,并以宪法解释为确立和完善我国宪法监督制度的切入点,逐步使宪法解释走向制度化和规范化。<sup>[25]</sup> 另有学者建议在全国人大常委会下设宪法解释委员会,充分发挥专家的作用,制定宪法解释程序法等,规范宪法解释工作。<sup>[26]</sup>

### 4. 宪法监督与违宪审查

有学者提出在我国建立立法监督委员会,完善立法监督程序,并改革和完善授权立法、备案、法规清理和各种责任制度等。<sup>[27]</sup> 有学者对我国授权立法的监督控制制度提出了改革的意见,如明确规定授权立法的备案期限,规定授权机关负责备案的工作部门,保留批准制度,规定程序保障,审查授权立法的内容和形式,在全国人大之下设立立法监督委员会。<sup>[28]</sup> 对“人大个案监督”问题,《政治与法律》2000 年第 2 期还组织了专题笔谈。

有学者探讨了专门委员会的地位和作用,反对赋予专门委员会以直接和独立的监督权,认为这样有违当时在宪法中增设专门委员会的初衷,应审慎而行。加强专门委员会的作用在于充分行使已有的法定职权而不是扩展权限。<sup>[29]</sup> 有学者从比较的角度对各国的授权立法进行了考察,认为要提高授权立法的社会效益,不只对受权方要有控制,对授权行为也要进行适当的审查控制。在这方面,以前我国学者注意很少。<sup>[30]</sup>

有学者从分析立法法的规定出发,揭示了我国宪法的内在矛盾,认为违宪审查制度和我国现行宪法原则存在着根本矛盾,立法法对法律是否应当受到审查避而不谈,就是因为我国法律实际上无所谓合不合宪法。造成这一事实的原因是中国宪法采用的民主集中制原则,若在我国设立对法律作违宪审查的制度无异于推翻现行宪法的基本架构与原则。违宪审查制度的理论认为人民的立法主权不是绝对的,而应该受约于作为根本法的宪法,而民主集中制理论则既不容忍也不需要法律作合宪性审查。违宪审查的特征是以宪法限制立法者的立法权,而我们的立法不机关不但实质上有不受宪法限制的权力,而且该权力恰恰来自宪法。违宪审查的

[24] 陈寒枫等:《国际条约与国内法的关系及中国的实践》,《政法论坛》2000 年第 2 期。

[25] 胡锦涛等:《论我国宪法解释的实践》,《法商研究》2000 年第 2 期。

[26] 韩大元:《论宪法规范与社会现实的冲突》,《中国法学》2000 年第 5 期。

[27] 李长喜:《完善我国的立法监督制度》,《政治与法律》2000 年第 1 期。

[28] 陈伯礼:《论权力机关对授权立法的监督控制》,《法商研究》2000 年第 1 期。

[29] 刘松山:《专门委员会为何不能行使立法权和监督权》,《法学评论》2000 年第 4 期。

[30] 范忠信等:《论对授权立法中授权行为的监控——各国现制比较及我国现制之反省》,《法律科学》2000 年第 1 期。

主导心理是不信任代议机关,而我国宪法对全国人大则给予绝对信任。怎么解决这个矛盾?他认为,在不突破民主集中制的前提下,可以符合宪法地丰富民主集中制,一方面进一步坚定对民主的承诺,另一方面使得宪法在实质上高于法律。<sup>[31]</sup>

此外,还有学者提出建立宪法控诉制度。公民认为国家机关制定的法律或命令违宪而侵害其权利时,可以向特定的国家机关申请进行审查(即公民提起违宪审查)。<sup>[32]</sup>

### 5. 特别行政区法

香港特别行政区1997年成立后,一国两制开始实施。基本法在实施过程中产生了不少宪法问题。许多学者对这些问题及解决问题的方法和途径进行了探讨,涉及的问题有法律解释、违宪审查和宪法在特区的适用等。

在法律解释问题上如何把一国和两制结合起来是一个难题。有学者通过对“6.26解释”的个案分析,认为全国人大常委会对基本法的解释是正常现象,是一种特殊的立法行为,符合基本法第158条的规定,特区法院不可以审查全国人大常委会是否违反基本法。他强调宪法的效力及于特别行政区,基本法实际上是中国的宪法性特别法。在“一国两制”方针下,宪法和基本法中对国体、公民的权利和义务、政体、国家结构形式、司法制度、选举和政党制度等方面都存在许多不同的规定,这里的冲突很多,仅有宪法第31条不能从根本上解决问题。<sup>[33]</sup>

有学者认为全国人大常委会‘99香港特别行政区基本法释法例是我国宪法解释技术的发展,协调香港特区的普通法解释传统与大陆立法解释制度之间的差异是今后应该解决的问题之一。基于国家主权和我国立法解释体制所隐含的释法程序上的主动性,全国人大常委会应进行主动解释,纠正判例法中可能出现的违反基本法的原则和规定,改变全国人大常委会释法的被动局面。<sup>[34]</sup>

有学者论及基本法模式下的中央与特别行政区的司法关系,认为现在的关系实际上仅仅是以国防、外交等国家行为为分界的权限划分,规定过于原则、抽象甚至模糊不清,有待通过修改或解释基本法及制定相关法律等方式加以完善。“在一个国家之内的中央与地方司法权威之间,或者说在一国之内的不同法域的司法权威之间,其司法权的关系仅仅靠‘独立的司法权和终审权’及‘国家行为无管辖权’两条规则是远远不够的。这两个原则需要引申、补充、完善,需要我们据以探讨出落实此种关系的一系列法律规范和实施细则。”<sup>[35]</sup>他对案件管辖划分、国家行为豁免、国事罪管辖、驻军案件管辖、特区官员职务案件管辖、特区法院对基本法的解释与中央复审等问题的实质进行了分析,并就解决问题的具体规则作了简单的勾划。“基本法因其本身的法律属性所限,只能就中央与特区的司法关系作一些原则性、概括性的规定,不可能很具体而详细。那么,中央与特区之间上述司法关系问题的解决,不能不在基本法之外另有规定。<sup>[36]</sup>这说明由于实践的需要,我们在一国两制框架下解决法域冲突,还有许多问题要去探讨。

除了上述问题外,关于公民权利立法、人大制度建设、宪法审查机构设置等也都有学者

[31] 洪世宏:《无所谓不合宪法——论民主集中制与违宪审查制的矛盾及解决》,《中外法学》2000年第5期。

[32] 邝少明:《论建立宪法控诉制度的必要性》,《法律科学》2000年第3期。

[33] 王振民:《“一国两制”实施中的若干宪法问题浅析》,《法商研究》2000年第4期。

[34] 郑贤君:《我国宪法解释技术的发展》,《中国法学》2000年第4期。

[35][36] 范忠信:《“基本法”模式下的中央与特区司法关系》,《法商研究》2000年第5期。

进行讨论。<sup>[37]</sup>

### 三、简 评

以上简要回顾了宪法学近来讨论的一些热点问题及主要观点。应该说,宪法学还是有发展的,既有原理上的新探索,也有对实践中新问题的思考。这些成就表明宪法学界的学人们在殷殷不辍地从事着艰苦的工作,表明我国宪法学还是大有希望的。但也应看到,与法理学、民商法学等其他学科相比,宪法学还显得比较沉闷,理论创新不足,结合实践也不够深入细致。相当多的一些论文或书籍还在不上不下地空发议论,读者看后得不到深刻印象,也解决不了实际问题。

20 世纪已经成为过去,新的世纪正在到来。在此时刻,许多学者都在深深地思考中国宪法学向何处去的问题。《法学家》杂志召开了“21 世纪的中国宪法学”笔谈会,中国宪法学会也以此为题进行了热烈地讨论。关注社会现实,让宪法真正发挥作用;提升理论层次,使宪法学真正能脱离政治学成为法学的一部分,已经成为大多数学者的共识。这预示着这门学科的良好前景。

从目前形势来看,宪法学面临着进一步发展的机遇。在制度建设方面,现行宪法在最近十年左右时间里将会发生较大的变化。宪法条文的部分修改不可避免,大部分条文修改甚或主要结构变化也不是不可能的。这些修改将会给宪法学研究以极大的推动力。在理论建设方面,传统宪法观念有可能全面刷新。因为这些观念建立在 82 宪法基础之上,其中相当一部分已经落伍,与今日社会主义市场经济体制、社会主义法治国家方略,以至进一步同与世界各国法制接轨的、开放型的中国法律体系都有不融合之处,需要改变了。为了适应新形势,宪法学研究思路和方法都应当有所改进。现在大家都提出了很多有益的想法和建议。我个人的看法可以概括为三句话:上得去,下得来,讲学问。

上得去是指学理性要增强。现在已有学者提出构建中国特色宪法理论,许多学者也在尝试用自己独特的方法分析中国宪法现象,这是可喜的。中国的事情有自己的特殊性,简单搬用欧美或苏联的学说不能解决问题,简单搬用自由主义或后现代的学说也不能适应今日国情。这就要求我们创建自己的宪法学理论。与此相关,学理研究的思路应再开阔一些。价值分析、规范分析、事实分析、纵向发展、横向比较,各种角度都应该有专人研究。现在法理学、刑法学等学科都开始初步出现多学派的发展势头,宪法学在这方面应跟上。

下得来是指密切结合变化中的实际情况,多做调查研究,掌握真实材料。迁徙权、罢工权等公民权利立法势在必行,研究工作自当未雨绸缪,早做准备。这种对策研究最好多用比较和实证的方法,看看外国是怎样规定的,什么原因,实行得怎么样。尤其应仔细分析我国目前的社会状况,看看社会变动到底提出了什么样的要求和条件,法案立成什么样最好。切忌只从一般原理和美好理想出发。

判例研究是规范结合事实的一种好方法。许崇德老师指出,中国不存在宪法判例,不等于中国不存在违宪的事例。学者可以迈开双脚,深入实际中去寻找、搜集那些违宪的事例以及情况复杂、有可能违宪而值得研究的事例。对于这些事例,学者自己来担任“宪法法官”,写“学术

[37] 如周伟:《保护人身自由条款比较研究——兼论宪法第 37 条之修改》,《法学评论》2000 年第 4 期;朱蔚平:《简论全国人大及其常委会的表决制度》,《现代法学》2000 年第 5 期。

判决书”。这样做可以训练学者的思维,适应未来制度变革的需要。

讲学问指的是重视学术积累。我国宪法学经历了最近20年的发展,已经积累了一大批学术成果,许多问题都有人研究过。年轻学者应在自己的研究中重视这些成果,充分阅读已有的成果,再去思考理论和实践中的问题。现在对人大制度、监督制度、司法改革等问题的研究中,存在大量的重复研究,浪费了宝贵的资源,应引起人们的重视。

## 行政法学研究述评

冯 军\* 刘翠霄

时光飞逝,转眼又到回顾、收获和评点一年间行政法学研究成果的时候了。在这新旧世纪之交的2000年里,行政法学研究的状况如何?重点研究了哪些问题?有何新的突破?存在哪些缺憾?未来一年将如何发展?这些自然是撰写这篇述评时必须思考并尝试给予回答的问题。去年,中国法学会行政法研究会总干事长罗豪才教授在总结1999年我国行政法学研究时说道:“在过去一年中,行政法学研究的范围有新的扩展,学者们围绕行政管理方式、机制的革新、费改税、中介组织、公民参与、公共行政行为、司法审查机制的完善等方面进行了积极而有益的探索;对行政法交叉学科的研究正全面展开,如公法、行政法与国际公法的关系、加入WTO对我国行政法制的挑战,等等;对比较行政法和外国行政法的研究有新的进展。此外在行政法历史、行政法理论基础,以及一些传统的行政法研究领域,我们都取得了一批新的研究成果。”<sup>[1]</sup>2000年的行政法学研究在这一基础上取得了新的进展,涉及行政法的适用、行政公开原则、现代行政权的概念与属性、行政行为及其特征的再探讨、行政作为与不作为义务、行政征用、即时强制、行政主体的法律责任,以及电子商务的政府管理等众多范围广泛的问题,其中尤以行政法基础理论方面的新探索,围绕《立法法》的颁布进行的行政立法研究、关于行政合同的新见解,对最高法院2000年3月8日公布的《关于执行中华人民共和国行政诉讼法若干问题的解释》所作的研究,以及采用个案分析法对行政诉讼和国家赔偿制度所作的反思等最为突出。

### 一、平衡论的再证明

自1993年北京大学的罗豪才教授提出现代行政法的理论基础是平衡论的观点以后,<sup>[2]</sup>为扩大平衡论的影响,北京大学行政学术群体几乎每年都要推出一些研究和推崇平衡论的文章,从各种不同的视角论证平衡论的正确性、合理性,以致平衡论及其所拉动的行政法理论基础研究成为近年来我国行政法学研究的一个不可忽视的亮点。今年平衡论的新作是《现代行政法学与制约、激励机制》,<sup>[3]</sup>在这篇论文中,作者提出:“现代行政法机制,乃由制约机制与激励机制整合而成。其中,制约机制是指既制约行政权非理性膨胀、保护相对方合法权益,又制约

\* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

[1] 罗豪才:《在中国法学会行政法研究会2000年年会上的讲话》,《行政法学研究》2000年3期。

[2] 参见罗豪才等:《现代行政法的理论基础——论行政机关与相对一方的权利义务平衡》,《中国法学》1993年第1期。

[3] [4] 罗豪才、宋功德:《现代行政法学与制约、激励机制》,《中国法学》2000年第3期。