

中国宪法年刊

CHINESE YEARBOOK OF CONSTITUTIONAL LAW

2007

中国法学会宪法学研究会 主办

张庆福 韩大元 主编

胡锦涛 执行主编




法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国宪法年刊

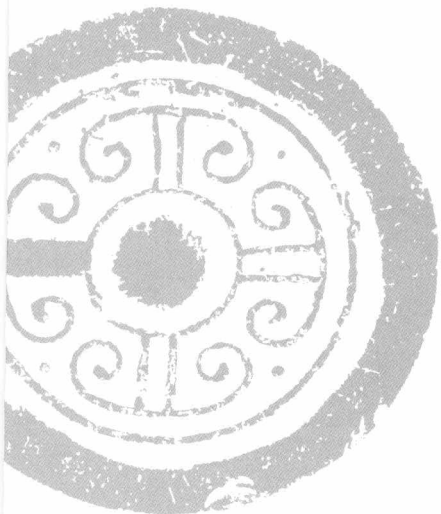
CHINESE YEARBOOK OF CONSTITUTIONAL LAW

中国法学会宪法学研究会 主办

张庆福 韩大元 主编

胡锦涛 执行主编

2007



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国宪法年刊. 2007 / 韩大元主编. —北京: 法律出版社, 2008. 10
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8796 - 9

I. 中… II. 韩… III. 宪法—中国—2007—年刊 IV.
D921 - 54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 139984 号

©法律出版社·中国

责任编辑/沈小英

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社

编辑统筹/期刊出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/22.75 字数/447 千

版本/2008 年10月第1版

印次/2008 年10月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 8796 - 9

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

编辑说明

《中国宪法年刊》(2007)经过数月的工作已经编辑完成。作为受中国法学会宪法学研究会委托进行具体编辑工作的人员,在本年刊编辑完成之际,对年刊编辑过程中的以下事项需要作出说明。

第一,本年刊第一部分为“年会论文选编”,此部分选择了8篇中国法学会宪法学研究会2007年度年会研讨会之论文。从年会论文中选择一部分论文载入本年刊之中,这是延续了往年编辑年刊的做法。本部分的论文先由作为中国法学会宪法学研究会2007年年会承办者厦门大学法学院组织专家从提供给年会的论文中,按照一定标准选择10篇论文供编辑部参考;编辑部经与论文作者联系,征询作者本人的意见;在征得作者同意的情况下,论文编辑委员会最终决定采用其中的8篇论文。

第二,本年刊第二部分为“年度论文精粹”,共8篇论文。此部分论文是从2007年度国内公开出版发行的学术刊物中选择而形成的。需要说明的是,此部分论文发表于2007年,其中数篇论文探讨了当时公布的法律草案中的问题,这些法律现已正式通过,但为尊重论文发表时的基本观点,年刊在转载时未作修改。选择该8篇论文的原则是:(1)考虑本年刊可容纳的篇幅;(2)已有年会论文入选的作者于2007年度发表的论文在此部分不作考虑;(3)原则上一名作者只能有一篇论文入选;(4)在选取论文时从宪法学体系出发,力图使每一部分均有代表性的论文入选;(5)在选取论文时,主要本着“以文取文”的原则。

此部分论文确定程序是:(1)先由编辑部从2007年度发表的全部论文中按照一定的标准选择30篇论文;(2)再由编辑部和秘书处从不同版本的30篇论文中选择20篇论文;(3)最后由论文编辑委员会最终确定8篇论文。

第三,本年刊第三部分为“年度重大学术研讨会综述”。此部分选取了三部分内容:(1)中国法学会宪法学研究会年会学术研讨会综述;(2)第七届世界宪法大会学术研讨会综述;(3)重大国际国内学术会议综述,此部分主要从公开发表的报刊杂志和网络上收集所能够收集到的关于宪法学学术研讨会综述。第三部分本来还考虑收入2007年度宪法学研究状况的综述,但本年刊第二部分已经收入韩大元教授在《中国法学》上发表的文章,该文章既有学术研究的蕴意,也有对2007年度中国宪法学研究状况的综述,因此,在此部分就未再考虑收入其他类似内容的文章。

第四,本年刊第四部分为“年度国外宪法学研究综述”,此部分是本年刊在前两年出版的年刊内容基础上新增加的部分。增加此部分内容的用意在于:通过此部分内容使国

内学者能够尽可能了解其他国家宪法学者在 2007 年度的宪法学研究的基本状况。本年刊是增加此部分内容的第一年,编辑部约请了部分国家的学者撰写。在此,也特别感谢给此部分提供稿件的各位作者。

第五,本年刊最后部分为“附录:年度宪法学研究相关参考资料”。此部分也是本年刊今年新增加的部分。增加此部分的用意是为了让广大宪法学研究者了解我国宪法学界在 2007 年度的基本状况,掌握我国宪法学研究的一些基本资料。需要说明的是:(1)2007 年度出版著作、教材和发表论文的目录收集工作,采用了两种方法:一是按照 2007 年中国法学会宪法学研究会年会发布的理事通讯录的电子邮箱,给每位理事发出了收集此部分资料的通知;二是从国家图书馆收集,然后将两部分资料汇集而成。其中,当然可能有遗漏的部分,希望作者能够谅解,同时在此也特别希望各位理事和会员在来年能够配合编辑部做好这项工作。(2)2007 年度博士论文目录是由各博士学位授予单位提供给编辑部的,本学科为“宪法学与行政法学”,既有宪法学方向的博士学位论文,也有行政法学方向的博士学位论文,因本年刊为“中国宪法年刊”,故只收集了宪法学方向的博士学位论文目录。(3)著作、教材、论文因均为 2007 年出版和发表,故作者排名不分先后。(4)因论文太多,为方便读者阅读,编辑部根据宪法学的一般体系作了基本分类。

我们在着手进行本年刊编辑工作之初,对于本年刊的基本功能,主要定位于两个方面:一是展示 2007 年度我国宪法学研究的成果;二是为宪法学研究者提供比较详尽的资料索引。本年刊的第一、二部分主要完成第一项功能,第三、四、五部分主要完成第二项功能。

这里,要特别感谢中国法学会宪法学研究会的各位理事对本年刊的大力配合;衷心感谢法律出版社对出版本年刊的热忱,同时也十分感谢本研究会理事沈小英副编审为本年刊付出的辛勤劳动!

本年刊在编辑过程中一定还存在着这样或者那样的问题或者不足,在参考资料的收集方面,亦可能存在不够详尽周全之缺陷,期盼各位读者能够给我们提出批评性意见和建议,以使本年刊在未来能够日臻完善。

《中国宪法年刊》编辑部

2008 年 5 月

编辑委员会

主任 许崇德
副主任 张庆福 廉希圣 韩大元
委员 莫纪宏 周叶中 焦洪昌 刘茂林 童之伟
林来梵 董和平 张千帆 胡锦涛 朱福惠
吴家清 陈斯喜 王振民 苗连营 齐小力

编辑部

主任 胡锦涛
编辑人员 刘飞宇 张翔 王书成 冯家亮 胡超宏

目 录

一、年会论文选编

简论宪法学与若干相关学科的关系	莫纪宏(3)
关于宪法与行政法的关系	秦前红 涂四益(14)
论以人为本的“人”	胡锦涛(29)
中国宪法文本中的“个人”	胡弘弘 陈 毓(40)
宪法学的文本分析与理论导向	张 翔(53)
宪法变通与地方试验	
——再论良性违法(宪)的界定及其超越	张千帆(60)
权利义务相一致原理的宪法释义	
——以社会基本权为例	郑贤君(75)
府际关系法治化:原因、障碍与路径选择	
——以我国政府间财政关系为分析视角	周刚志(87)

二、年度论文精粹

关于中国共产党运用宪法思维执政的思考	周叶中(101)
宪法是组织共同体的规则	刘茂林 仪喜峰(112)
错位与暗合	
——试论我国当下有关宪法与民法关系的四种思维倾向	林来梵 朱玉霞(124)
基本权利冲突认识的几个误区	
——兼与张翔博士、马岭教授商榷	徐振东(135)
全国人大调查权研究	朱福惠(148)
中国宪法学方法论的学术倾向与问题意识	韩大元(160)
中国 30 年来的宪法学教学与研究	童之伟(177)
论宪法的调整对象和宪法学的学理体系	王广辉(193)

三、年度重大学术研讨会综述

中国法学会宪法学研究会年会学术研讨会综述	莫纪宏(205)
第七届世界宪法大会学术研讨会综述	莫纪宏(214)
重大国际国内学术会议综述	柳建龙(231)

四、年度国外宪法学研究综述

英国宪法学研究综述	杨伟东(247)
法国宪法学研究综述	王 蔚(259)
德国国家法学研究综述	李忠夏(267)
日本宪法学研究综述	洪 英(276)
俄罗斯联邦宪法学研究综述	刘向文 T. A. 科洛麦伊采娃(291)
韩国宪法学研究综述	郑二根(302)

附录:年度宪法学研究相关参考资料

(一)学术著作目录	(311)
(二)教材目录	(311)
(三)论文目录	(312)
(四)博士论文目录	(350)
(五)博士后出站报告目录	(351)
(六)中国宪法学研究会学术活动	(351)
(七)地方宪法学研究会学术活动	(353)
(八)其他重大学术活动	(354)
(九)中国十大宪法事例(2007)	(355)

一、年会论文选编

简论宪法学与若干相关学科的关系

莫纪宏*

宪法学与其他学科,特别是与其他法学学科的关系是长期以来被宪法学界乃至整个法学界所忽视的基础理论问题。由于这个问题没有得到充分的讨论,因此,导致了宪法学与其他法学学科在研究方法、内容体系上各自为政,不仅降低了人们对宪法学学科重要的认识,也由于宪法学对实际生活的指导作用滞后,导致了宪法学成为法学学科中的“二流学科”或“非主流学科”。学习法学的学生往往只是注重对民法学、刑法学、诉讼法学和法理学等法学学科的学习,而不重视对宪法学知识的学习和掌握,其结果就是法学教育只是简单地教给受教育者一堆相互之间缺少有机联系的法学知识,而对整个法学学科理论体系和基本原理的把握却远远没有能够达到教育者所期望的目标。为此,必须对与宪法学密切相关的法学学科进行学科知识体系之间的整体研究,进一步明确宪法学研究的特色,区分宪法学与其他法学学科之间的学科功能。

一、宪法学与法理学的关系

毋庸置疑,法理学的研究方法作为法学学科的基础方法,是宪法学理论研究必须加以关注的。问题的关键是,法理学的研究方法和研究范畴到底在多大程度上能够被宪法学理论研究所借鉴,这些问题长期以来并没有在法理学界和宪法学界得到严肃的学术探讨。一个突出的问题就是,我国传统法理学对法学的一些基本范畴的研究基本上是不连贯的,没有形成一套具有内在逻辑联系的法学范畴体系。但由于法理学在一些重要的法学范畴上已经展开了比较深入的探讨,因此,对于宪法学理论研究而言,又无法回避法理学在自身发展过程中所积累的一些理论成果。^①

* 中国社会科学院法学研究所研究员、法学博士、博士生导师。

① 近年来,我国的法理学研究范畴已经得到了拓展。以李步云先生最近主编的《法理学》为例,该书共28章,涉及法学与法理学、法的概念、法的价值、法的作用、法的分类、法的发展、权利与义务、法律关系、法的渊源、法律规范、法的体系、法律效力、法的责任、法律意识、法制与法治、法与经济、法与政治、法与文化、法与人权、法与道德、法的制定、法律解释、法的执行与遵守、法的适用、法实施的保障、中国法理学的历史发展、西方法理学的发展、法理学发展的一般规律等。但其中也有一些重大的法理问题是遗漏的,如权利与权力的关系、原则与规范的关系、民主与法治的关系、法治与人权的关系、法治与自由的关系等都没有得到有效的安排。而在宪法学的理论研究中,恰恰是这些复杂的价值关系左右了宪法学理论研究的方向,单个的价值概念并不占据学术研究的核心地位。参见李步云主编:《法理学》,经济科学出版社2000年版。

以法理学界对“法的本位”的探讨为例,这个问题在20世纪80年代末90年代初成为法理学界关注的焦点之一。它是1988年6月在吉林长春召开的“关于法学基本范畴”研讨会上最早提起的。当时,吉林大学法学院张光博、张文显两教授领头提出了“权利义务是法的核心”,倡导“以权利义务为法的基本范畴,重构法学理论”,会上就提出了“法要以权利为本位”的观点。随后,在上海《法学》和《政治与法律》以及其他一些法学期刊上陆续对此问题展开了讨论,发表了一些不同观点的文章。1989年张光博、张文显两教授联合发表了《以权利和义务为基本范畴重构法学理论》一文,文中指出“在商品经济和民主政治发达的现代社会,法是以权利为本位的”,认为我国改革开放后的法制结构,也是“以权利为本位的新结构”取代过去以义务为本位和以刑为主的旧结构。其后,张光博教授在《论法制模式的转换——建立民主——商品经济的法制模式》一文中指出:“概言之,法律规范结构体系的调整,要遵循以易官权(权力)为本位为以民权(权利)为本位,以易义务为本位为以权利为本位的精神。”

主张“权利是法的本位”的学术观点在20世纪90年代初曾遭到了某些非学术因素的干扰。1990年第4期《中国法学》在“法学争鸣”一栏发表了张文显的论文《“权利本位”之语义和意义分析——兼论社会主义法是新型的权利本位法》。该文从语义和意义上论述了“权利本位”概念的内涵。其后,法理学界又恢复了对这个问题的学术层面上的探讨。出现了从学术观点上不同意“权利本位说”的观点和主张。如张恒山在《论法以义务为重心》的论文中,提出了与“权利本位论”不同的“义务本位论”;陈云生则在《权利相对论》一书中主张,权利和义务在本质上都有其存在的社会价值,它们之间并不存在互不相容的价值。未来社会的权利和义务观,将是一种权利和义务并重或者说是权利义务相对论的价值观。它是一种两优相兼、两害相逐的新价值观,是一种理想价值观,是人类最终能使自身走出权利和义务价值认定、评价和选择悖论的怪圈,实现至善的社会理想的全新价值观。^①

从法理学界关于“法的本位”问题所作的学术探讨过程来看,可以发现以下两个方面的可喜的现象:一是法理学界开始注重从哲学层面来探讨与我国社会主义法治建设密切相关的理论问题,法理学的理论研究开始走向规范化发展的阶段;二是尽管在“权利本位说”问题的探讨上出现了非学术性的干扰,但总的来说,将“权利本位说”限定在学术争鸣的范围,体现了我国法理学研究的理性化倾向,同时也反映了20世纪90年代以来我国法学理论研究的外部制度环境的宽松。目前,关于“法的本位”问题,法理学界的专家们仍然在不断地发表自己的不同的观点,可以预见,随着这个学术问题的争鸣不断引向深入,我国的法理学的基础理论研究水平将会进一步大大提高。

但是,将法理学界关于“法的本位”的探讨方法沿用到宪法学研究领域,就不难发现

^① 郭道晖、陶威著:“‘权利本位’的曲折经历”,载郭道晖、李步云、郝铁川主编:《中国当代法学争鸣实录》,湖南人民出版社1998年版,第369~374页。

这种理论探讨在方法论意义上的局限性。在宪法学理论研究中,权利义务问题主要是合宪性、合法性范畴下的价值属性,而合宪性、合法性本身的正当性必须来自于民主价值、人权价值和自由价值,依据宪法所确立的权利义务制度不可能是其他宪法价值的核心或者说是出发点。宪法制度下的权利义务制度首先应当服从法治价值,也就是说,权利义务制度的价值不可能超越于人治与法治价值的区分。在人治理念支配下的法律制度,尽管权利义务制度规定得很完善,也不可能造就真正的法治精神;而只有在法治理念的支配下,以宪法为基础的法律制度所确立的权利义务制度才能具有最低限度的合法性和合理性。所以,“法治高于权利”,在宪法学的理论研究体系下,应当是一个最基本的价值命题。^①由此可见,脱离具体的法律制度来探讨“法的本位”不可能辩证地来分析法现象的基本特征。在关于“法的本位”问题的探讨上,传统法理学的研究方法和研究结论对宪法学理论研究来说并不具有实质性的借鉴意义。

从本质上来说,宪法学应当属于现代法理学的范畴,换句话说,现代法理学与宪法学是基本范畴相通的法律科学。因为宪法学要能够准确地解释各种宪法现象,对法现象产生、发展的一般规律必须加以深入的研究,所以,宪法学的研究任务已经涵盖了法理学的研究范围。传统法理学所要解决的基本问题对于宪法学来说都是必须回答的,而宪法学所拓展的特殊的法理问题却是传统法理学无法囊括的。对于现代法理学而言,它首先应当解决的是各个部门法学的法理的科学性问题,而宪法学的法理则必须能够有效地整合各个部门法学的法理,否则,宪法学就无法有效地界定宪法区别于其他法形式的价值特征。由此可见,不能很好地解释宪法现象的法理是不科学的,至少可以说不是一种严格的法治意义上的法理。近年来,我国法理学界虽然在一些基本命题和基本概念上产生了许多值得研究的问题,但是,对于整个法学学科的基础性理论指导地位来说,法理学仍然处于边缘化的状态,其中最重要的表现形式就是法理的“要素化”,提出了许多相互缺少内在联系的概念和范畴,不能为其他法学学科借用来解决本学科需要解决的特殊的法理问题。所以,打通法理学与宪法学的研究界限,用宪法学的研究方法和研究范围来吸收传统的法理学是21世纪初我国宪法学界和法理学界面临的巨大任务,也是理论法学与实用法学紧密结合的必要要求。^②

^① 在英美宪法传统下,权利与法治有时是混同的,也就是说,法治概念中的“法”与权利同义。不过,这只是自然权利和自然法思想的一种表现形式,而不能解决宪法学自身的逻辑合理性问题。

^② 由于在我国法理学界有些学者缺少批判精神,导致了法理学在介绍和移植西方法理学的过程中一度具有强势的话语权,如罗尔斯、德沃金、波斯纳、科斯等人的学术观念直接被作为学术证据来作为法理学界批评的工具,甚至连自身都没有任何逻辑体系的“后现代法学”也被抬到了前所未有的学术高度。但是,近两年来,随着西方法理学新的学术资源的匮乏,导致了介绍和移植浪潮的降温。法理学可以说很快就要进入真正的学术严冬。要摆脱这种困境,必须要重新认识法理学在法学学科中的地位,要真正地有所创造,而不是简单地移植或者是孤立地发展一些与其他法学学科相脱节的概念。

二、宪法学与政治学的学科分工

我国传统的宪法学在研究方法上具有两个明显的特征:一是宪法学的学科体系基本上是按照宪法典的内容结构来安排的,宪法学的主要内容是围绕着宪法典所规定的内容展开的,因此,宪法学在某种程度上具有“宪法典解释学”的味道;二是宪法学中的主体内容主要是关于国家的政治制度的,缺少“法的特征”,特别是缺少对“宪法问题”、“宪法争议”以及对处理“宪法问题”和“宪法争议”法律机制的关注。宪法学与政治学的学科体系重叠部分较为明显。

以吴家麟先生主编的高等学校法学试用教材《宪法学》^①为例,该教材曾在20世纪80年代和90年代初作为我国高等院校中宪法学的主要教材。该教材是在我国现行宪法(1982年宪法)颁布后出版的,其体系基本上反映了我国现行宪法的内容安排,包括绪论、国家制度、经济制度、公民的基本权利和义务和国家机构五章。该教材对于宪法自身作为一种根本法的法律问题基本上没有涉及,至于说宪法争议如何处理更是没有进入该教材的研究视野。因此,可以说,该教材内容的基本特点是现行宪法的内容加上科学社会主义原理的政治学,而不是严格意义上的以解决宪法问题和宪法争议为核心的宪法学。许崇德先生在20世纪80年代末主编的高等学校文科教材《中国宪法》^②在突破宪法典的解释模式上作出了不少努力。该教材共分11章,包括《中国宪法》导言、宪法的基本理论、宪法的历史发展、国家性质、国家形式、中央国家机关、地方制度、审判制度和检察制度、选举制度、政党制度以及公民的基本权利和义务等。很显然,该教材已经注重从宪法所确立的基本制度入手来安排自身的逻辑体系,而不是拘泥于现行宪法典的内容体系。不过,该教材仍然没有摆脱“政治学”的影响,其基本的内容与中国政治制度的内容相近或相同。该教材仍然没有完成宪法学与政治学的学科功能划分问题。

近年来出版的一些宪法学著作开始注重对宪法自身问题的研究,宪法学的学科体系和研究方法逐渐从传统的“泛政治学”中摆脱出来,具有了自身独立的价值判断体系。以周叶中主编的《宪法》(面向21世纪课程教材)^③为例,该教材比较突出地强调了对宪法问题的研究。该教材共3编25章,其中第1编是“宪法基本理论”,涉及宪法的概念、宪法的历史发展、宪法的制定、宪法的基本原则、宪法形式与宪法结构、宪法规范、宪法关系、宪法的价值与作用、宪法观念与宪法文化、宪法与宪政;第2编是“宪法基本制度”,包括国家性质、国家形式、公民的基本权利和义务、选举制度、国家机关、政党制度;第3编是“宪法实施”,包括宪法实施的条件、宪法实施过程、宪法解释、宪法修改、宪法实施评价与违宪审查、宪法秩序等。很显然,该教材的最大特点就是在安排宪法学自身体系时始终注意以“宪法”为线索,紧紧地扣住了宪法这个研究对象。但是,也应当看到,尽管该教

① 吴家麟主编:《宪法学》,群众出版社1983年版。

② 许崇德主编:《中国宪法》,中国人民大学出版社1989年版。

③ 周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版。

材扩大了对宪法基本理论以及宪法实施的研究,但作为主体部分的“宪法基本制度”仍然没有摆脱传统的政治学研究方法的束缚,具有“缩小主义”的色彩。例如,在公民的基本权利和义务问题上,并没有从法律权利的一般特征出发来区分宪法权利与普通法律权利,而是基于宪法规定的公民基本权利与义务来进行的“政治性阐述”,所以,该教材在研究方法上仍然存在着巨大的可以不断发展的空间。

值得注意的是由徐秀义、韩大元教授主编的《现代宪法学基本原理》^①一书一改以往宪法学理论研究的范式,采取了独特的研究方法,其中最重要的特色就是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。该著作不仅着重探讨了宪法的理论问题,而且还研究了宪法学自身的理论问题,已经开始注重划分“宪法学”与“宪法学学”之间的界限,认识到了发展“宪法学学”对于发展“宪法学”的重要意义。

当然,要使宪法学真正摆脱政治学的影响,必须要以宪法问题为核心。此外,宪法学的学科层次也必须清晰,目前的宪法学基本上是介于第一代宪法学与第二代宪法学之间,对近代宪法的基本原理关注得比较多,对现代宪法学的知识体系也开始加以介绍;但是,对于反映当代世界各国宪法学发展趋势的第三代宪法学的学科内容和研究方法涉及得很少。所以,我国宪法学理论研究的发展,必须要从解决宪法问题的角度出发,才能真正地在概念和范畴上摆脱传统宪法学受政治学束缚的不良影响,真正地具有宪法学自身的理论特色。

三、宪法学与民法学的功能划分

宪法学与民法学的学科功能划分长期以来并没有得到严格和规范意义上的讨论。围绕着宪法学与民法学学科功能区分存在着许多似是而非、容易望文生义的问题,如宪法与民法的关系、公法与私法的关系、公权与私权的关系、宪法是否是公法等。区分这些概念所使用的方法也会直接影响到对宪法学与民法学功能的认识。民法学者徐国栋认为,民法是与宪法相并列的存在,高于其他部门法,乃为根本法之一。^②这种论断是将民法与宪法等同视之,基于此,民法学与宪法学也就是平等的法律科学了。

^① 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。

^② 徐国栋:“市民社会与市民法”,载《法学研究》1994年第4期。

不过,如果对徐国栋提出的“民法宪法同位论”^①作一些简单的逻辑分析,就会很容易发现其中包含着深层次的命题矛盾和强迫逻辑问题。其实,民法与宪法概念内涵不可能等位。两者不可能进行位阶之间的比较。在现代法治社会中,法律规范的存在形式主要有两种,一种是以法律规范的正当性来源将法律规范的效力划分为不同的层级,如通过特殊程序制定的宪法、议会制定的法律和行政机关制定的政府规章等。在这种法律规范体系中,上位法的效力绝对高于下位法,上位法与下位法界定的标准是按照制定法律规范的主体的权威大小确定的。在上位法与下位法的关系中,法律规范与法律规范之间的关系实际上是法律规范制定主体之间的关系。宪法在法律规范的位阶体系中居于最高的位置,它的最高性是由其人民性决定的。也就是说,宪法是人民制定的法律,它理所当然地是人民的代表机构或代议机构所制定的法律的基础和依据。在法律位阶关系上不可能出现宪法与民法之间的比较关系。民法的概念不是从法律位阶的角度来阐述的。另一种是以法律规范所调整的社会关系的性质将法律规范的内容划分为不同层级,如政治法律规范、经济法律规范、文化法律规范和社会法律规范等。在这种法律规范体系中,不存在上位法与下位法之间的效力差异问题,只存在界定法律规范所调整的社会关系的性质的标准是什么。宪法规范与普通法律规范在规范对象上的划分不是通过彼此相斥的内涵来界定的,而是由各自的重要性程度加以处分的。从逻辑上来看,普通法律规范所调整的社会关系的域值应当与宪法规范所调整的社会关系的域值相同。否则就会出现普通法律规范所调整的社会关系的某些领域不在宪法规范的调整范围之间的逻辑结论。果真如此,那么,宪法规范对于不受其调整的社会关系就无法发挥根本法的作用。所以,宪法规范所调整的社会关系的域值在逻辑上应当涵盖一切性质的社会关系。从调整社会关系的域值大小来看,宪法规范应当是任何以社会关系的不同性质的分类作为调整对象的普通法律规范的“属概念”,宪法规范在调整社会关系的范围上与普通法律规范是包容关系,而不是交叉关系或者相斥关系。所以,如果民法是在以法律规范所调整的社会关系的属性为标准而存在的法律形式,那么,民法的调整范围不可能超越宪法,也不可能平起平坐。但也可能存在“民法宪法”的情形,也就是说,宪法中的规定直接地为民法提供法律依据。在此层次上,宪法实际上是为民法提供必要的法律原则和合宪性。

就“民法宪法同位论”的理论基础来看,实质上离不开市民社会与政治国家之间的关系,而且也与民法早于宪法的历史相关。不过,如果从合法性的角度来看,这些问题就会迎刃而解。民法的存在是解决平等主体之间的法律关系的,突出的是法律规范在平等保护方面的作用;宪法的出现是为了解决法律规范自身正当性的。因此,民法法律规范强调的是法律规范的合理性,宪法规范强调的是法律规范的正当性,两者的价值功能既有

^① 参见宪法学者林来梵对徐国栋观点的概括。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,第475~476页。

联系,又有差异,不可能出现同位比较的问题。所谓的民法,更多意义上是一个理论性的概念,是对一个国家法律体系中涉及平等主体之间人身和财产关系的法律规范所作出的一种归类,在宪法规范中也存在着相当数量的民法规范,所谓“民法宪法同位论”不过是虚假的命题。从法理上来看,没有宪法对平等主体之间人身和财产关系的确认,没有宪法上的人身自由权和财产自由权,就不可能有现代意义上的民法概念。宪法上的人身自由权和财产自由权是立法机关制定民事法律规范的合法依据。即便是传统社会遗留下来的民事习惯法,如果与宪法所提倡的人身自由和财产自由的人权保障理念相违背,那么,这样的民事习惯法也不具有法律效力。

以宪法与民法的关系为核心,宪法学需要为划分宪法学与民法学的意义提供最基本的方法。在传统的宪法学中,由于宪法学理论研究的重点侧重于国家机构,忽视了对宪法所具有的法律功能的研究,结果使得宪法学失去了本来应当具有的对部门法学的指导作用。在今后的宪法学和民法学理论研究中,必须将两者的基础性原理有效地结合起来,否则,就会因为法学理论上的隔阂而导致了法律制度上的偏差和失范。

四、宪法学与公法学的关系

近年来,在我国宪法学理论不断发展,宪法学学科体系得到不断完善的过程中,出现了与宪法学学科并行发展,并且具有包含宪法学学科价值的“公法学”学科崛起的倾向,甚至还出现了试图从理论上建构“公法学”原理的专门学术著作。^①面对公法学在法理上咄咄逼人的攻势,尽管宪法学的学科基础价值尚未受到实质性的挑战,但是,宪法学要不断地向前发展,特别是要建立一套科学的宪法学理论体系,对于公法学在法理上提出的挑战是无法回避的,必须要运用宪法学的语言来给予公法学的崛起以法理上的合理定位,否则,宪法学的法理体系很容易受到公法学学科发展的干扰,甚至对宪法制度的发展产生诸多负面的影响。

(一)公法学目前的存在状况及学术上的缺陷

考察任何一门法学学科,首先必须确立其学科的基本性质。而学科的性质是与该学科的特殊问题领域以及该学科所提供的特殊的知识体系密切相关的。目前,不论是在国际学术界,还是在我国法学界,从学科的角度来谈论“公法学”的性质的著作并不多见,一般情况下都是立足于作为“前科学”的“公法研究”等学术研究专题。例如,从国际社会来看,已有的常见的公法学相关文献包括:狄骥的《公法的变迁》,^②讨论的主要是宪法、行政法的基础理论问题;马丁·洛克林的《公法与政治理论》^③主要涉及的是宪法、行政

^① 袁曙宏发表在2003年第5期《中国法学》杂志上的论文“论建立统一的公法学”,在反思部门公法学“诸侯割据”式研究弊端的基础上,首次明确提出了应当建立统一的公法学的理论主张,以试图填补世界各国无公法而无公法学这一最大的法学学科空白。

^② [法]莱昂·狄骥著:《公法的变迁》,郑戈、冷静译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版。

^③ [英]马丁·洛克林著:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版。