

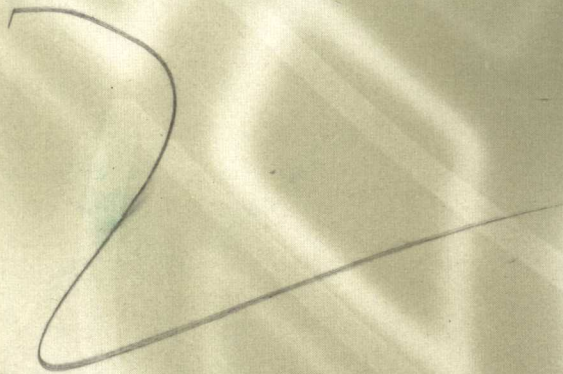
国家“十五”、“211工程”课题项目

高等法学讨论教学系列教程

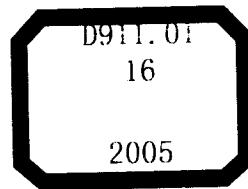
总主编 沈四宝

宪法学 讨论教学教程

李卫刚 主编 韩大元 审定



对外经济贸易大学出版社



国家“十五”、“211工程”课题项目
高等法学讨论教学系列教程

总主编 沈四宝

宪法学讨论教学教程

主 编 李卫刚 审 定 韩大元
副主编 王贵松 沈跃东
撰稿人 (以姓氏笔画为序)
王贵松 李卫刚 李忠夏
李晓兵 沈跃东 张 翔
何 辉 杜强强 姚国建
屠振宇 裴 娜

对外经济贸易大学出版社

(京)新登字 182 号

图书在版编目 (CIP) 数据

宪法学讨论教学教程/李卫刚主编. —北京:对外经济贸易大学出版社, 2005
ISBN 7-81078-539-7

I. 宪... II. 李... III. 宪法 - 法的理论 - 教材 IV. D911.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 093279 号

© 2005 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

宪法学讨论教学教程

李卫刚 主编

责任编辑: 全 静

对外经济贸易大学出版社
北京市朝阳区惠新东街 12 号 邮政编码: 100029
网址: <http://www.uibep.com>

山东省沂南县汇丰印刷有限公司印装 新华书店北京发行所发行
成品尺寸: 185mm × 230mm 30.75 印张 611 千字
2005 年 9 月北京第 1 版 2005 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 7-81078-539-7

印数: 0 001 - 5 000 册 定价: 52.00 元

总 序

对外经济贸易大学法学院，作为财经类院校中的法学院，其主要任务就是为两个市场，即国内市场和国际市场培养高级实用型的法律人才。市场和社会的需要就是我院教学的目标。财经类院校的法学专业历史短，经验少，但专业对口，置身于市场经济之中，社会需求量大，就业率高，容易办出特色，能满足市场和社会的需要，这是办好此类院校法学教学的强大动力。它们将在建立我们社会主义市场经济的过程中，为建立社会主义法治起着重要的生力军作用。

为了达此目的，即为了使财经类院校的法学教学能担负起上述任务，其教学内容和教学方法都应具有自身特点。

对外经济贸易大学法学院，自1984年建立国际法专业以来，长期坚持具有特色的教学方向和教学方法。经过近二十年的努力，已经取得了一些成果，尤其在培养适应市场要求的三会人才方面，即培养学生既懂法律，又懂经贸，还能熟练运用外语（英语）的综合性人才方面，积累了一些经验，经受住了社会和市场的验证。我院的毕业生，特别是硕士生的就业率一直居高不下。2002年，我院的国际法专业被评为全国重点学科，经过激烈的招投标竞争，该专业也荣幸地承担了欧盟法律专业人士的法律培训任务。在国际法专业的博士生中，来自美国、英国、法国、韩国、日本等国及我国香港、台湾地区的学生正在不断增加。

实践证明，在法学教学中实行案例教学和讨论教学，对于培养学生的综合分析问题能力，分清主次和识别真伪能力以及理论联系实际的能力方面起着直接的促进作用。通过案例教学和讨论教学，力求使在校的学生能有更多的机会贴近社会，接触实践，使我们的教学能够实现下述宗旨，即研究理论是为了解决实际问题，研究外国经验是为了解决中国问题。

对外经济贸易大学法学院的国际法专业有两个教学和研究方向：一个是以WTO为主的国际经济法（公法）方向；另一个是以比较商法为主的国际商法（私法）方向。现在出版的系列案例教学教材和讨论教学教材，主要就是这两个教学方向上的研究成果。

在我院编写的系列案例评析中也包括相对成熟的英文案例，目的是为了在我院的双语教学中有所依托。

最后要说明的是，本系列讨论教学教材是对外经贸大学法学院“211工程”建设的

一个组成部分，这里不仅凝结了法学院广大师生的心血，也包含了对外经贸大学从事“211 工程”建设的全体教职员工和领导们的心血，作为现任法学院院长，我在此向所有支持我院发展的同仁们表示最衷心的感谢。

对外经济贸易大学

法学院

沈四宝

关于在法学理论类课程中 进行“讨论教学”的设想（代序）

王 军*

目前，关于在我国法学教育中开展案例教学的讨论，已经有了一定程度的深入。在讨论过程中，一个引起广泛关注的问题是：在我国法学教育的某些以理论学习为主要内容的领域，比如民法领域，如何对传统的演讲式的教学方法进行改革？为此，本文提出在这类课程中进行“讨论教学”的设想，并草拟如下内容供讨论教学使用的资料作为讨论的素材，以期抛砖引玉，引发国内法律教育界的讨论。

一、“讨论教学”的含义及其与案例教学的关系

迄今为止，关于案例教学，尚没有形成严格的和得到普遍认同的定义。一般而言，案例教学指各类以法院案例为基本教材和课堂讨论对象的教学。以美国为例，该国法学院的大部分课程采用的就是这样的教学。因此，可以将案例教学的两个基本特征概括为：首先，以案例为教材；其次，以课堂讨论为主要的教学方法。

有人认为，案例教学，从方法上说，属于“苏格拉底问答法”。笔者认为，这种认识揭示了案例教学的本质。由此提出的问题是，在某些课程中，结合课程的特点和教学的目的，能否一方面采用“苏格拉底问答法”，另一方面以理论资料或包括理论资料和案例在内的综合性资料为教学的内容呢？这正是本文讨论的核心问题。在下文中，为阐述上的方便，我们姑且将这种教学称为讨论教学。

简言之，本文所谓的讨论教学，指以讨论为基本教学方法的教学。讨论的对象包括旨在表述抽象的概念、原理和原则等的理论性资料，也可以包括案例。因此，在这里，案例教学也是一种讨论教学。换言之，广义的讨论教学包括了案例教学。

* 作者系对外经济贸易大学法学院教授、博士生导师、副院长。原文载于沈四宝主编：《国际商法论丛》（第四卷），法律出版社2002年版，第671~688页，经作者同意删节后作为本书的代序。

二、讨论教学资料编辑应注意的几个问题

在教育部规定的我国大学的法律院系应开设的课程中,至少有一部分课程是理论类的,例如法理学、民法学的总论部分、刑法学的总论部分。笔者认为,对这类课程,鉴于理论的学习是教学的主要内容和目的,在编辑教学资料时应注意以下几个问题:

1. 讨论的对象应以“理论资料”为主

笔者所谓的理论资料,指各类旨在直接阐明法学的概念、原理、原则,具有较强的概括性的资料。这类资料主要为法学家著述的节选以及中国和外国制定法的规定。理论类课程主要的教学目的之一是,让学生对特定学科包涵的知识有全面系统的认识。这恰恰是单纯以案例作为教学的内容所难以实现的。

2. 可以佐以适当数量的“范例”

所谓范例(illustration),指用真实案例缩写而成的或虚拟的,旨在阐明概念、原理、原则或规则等的具体例证。范例中包含一个案例的简要事实,并明示或隐含了该案例的争议,可以包含或不包含审理结果。范例一般不包含推理过程,这部分内容可在范例的上下文中进行印证或说明。与案例相比,范例的内容十分简约,通常已压缩到了无法再压缩的程度。

将范例与法学理论、法律规则结合,是很好的兼顾“点”与“面”,“特殊”和“一般”的方法,既有助于阐明概念,又能够揭示理论和原则的实践意义。

3. 资料的选择应以“精”为原则

资料的“精”指所有的资料都是精心选择的,没有重复和多余,切忌堆砌。在讨论教学中,学生在资料中一般看不到教师关于特定问题的结论。涉及特定问题,结论性意见是讨论的止点或者是最初设计的止点。这种止点是一系列逻辑分析过程的止点,而全部的资料都是与这种分析过程相关的。也就是说,资料的取舍是围绕资料编辑者设计的推理过程的主线展开的。脱离了这一主线,单纯地以传授知识为目的而编入的资料便失去了系统性,就成了杂乱无章的资料堆砌。

4. 资料中应含有充分的信息量

在传统的教育模式下,学生通过课堂获取的信息量一般仅限于教师口授的信息量。由于口授要照顾学生记录口授内容的速度,课堂的信息量受到很大限制。采用讨论教学,由于大量信息将通过自学和课前预习而获得,学生只需要记录课堂讨论的要点,课堂进度不再受学生记录速度的限制,信息量将大大增加。

在传统的教育模式下,许多教师也要求学生课前预习教师开出的教科书或参考书,但由于课堂教学以教师讲授为主,而不是以提问和讨论为主,教师没有机会检查学生的

预习情况,致使教师要求的预习往往得不到落实。采用讨论教学,课堂教学的基本方式是提问和讨论,学生不预习就无法回答问题和参加讨论,这迫使学生在课前预习好全部有待讨论的资料,从而使教学的信息量得到了保证。

课程教学信息量的增大要求教学资料的信息量相应增加。一般来说,其信息量与案例教学的信息量相似,估计至少为传统教学中信息量的3~5倍。

5. 讨论后须辅以讨论题但并不给出答案

讨论题的设计是讨论教学的关键环节。讨论题与资料的作用相辅相成:一方面,讨论题产生于资料;另一方面,讨论题的设计决定了资料的取舍。讨论题应当是法学特定领域中的主要问题。通过讨论使这些问题得到明确,或者在暂时无法或无必要明确的情况下让学生认识到这些问题的存在和重要性,这正是法学教学的主要目的所在。

在讨论教学中,资料的编辑者只提出问题而不给出答案,是这种教学的另一个重要目的所决定的,即培养学生自己分析和解决问题的能力。

三、在施教过程中应注意的几个问题

笔者认为,我国教学改革的核心问题,是教材建设问题。有了好的教材,不同地区、不同学校的教育水平的差距会相应缩小;有了好的教材,不同教师之间施教水平的差距也会缩小。进一步说,有了好的教材和好的教学模式,学生可能会学在教师之前,迫使教师改进教学。另一方面,就教材与教师的关系来说,教材是静态的,教师是能的、活跃的因素。在案例和讨论教学的教学模式下,教学过程中“变”的因素会更多,因而对教师的要求会更高。现根据笔者近年来从事案例教学的经验和对讨论教学的认识,就讨论教学过程中可能会面临的问题谈几点粗浅的认识。

1. 组织讨论教学的一般方法

(1) 讨论从提问开始

一般地说,讨论教学与案例教学的方法是相似的。与传统的演讲式教学不同的是,在讨论教学的模式下,学生在上课前已经按照拟定的教学进度对预先设计完成的讨论题作了预习,因而学生成了课堂讨论的积极参与者,而不再是消极的受教者。在这种情况下,如果讨论的问题相对简单,答案比较清楚明了,学生预习得比较充分,教师就没有必要重复讲授学生显然已经理解的内容了。因此,在上课时,教师首先要做的是通过提问了解学生对教学内容理解的程度,从而使知识的“供”与“求”相适应。

(2) 问题的层层递进和相互间的联系

在讨论过程中,教师的问题应当是层层递进、一环扣一环的,应避免前后矛盾、支离破碎和不成体系的提问。

(3) 学生的回答与教师的解答

在讨论过程中,教师提出的问题应尽可能让学生解答。这是“苏格拉底问答法”的奥秘所在。学生在“被迫”回答问题时精力会高度集中,并且,听课的全体学生的注意力会集中到对一个问题的思考上来。此时,教师的任务并不是立即给出结论,而是归纳和评价学生的观点,给予适度的肯定、否定、反问或提出相关问题。在教师发现学生已经领悟了先前提出的问题之后,便可以进一步提出新问题,使讨论进一步深入。

教师过早给出结论的弊端是:首先,学生会依赖教师的判断,因而放弃了主动思考;其次,学生可能会视教师的结论为真理,因而使学生的创造性被扼杀;再次,当教师的看法有失于偏颇时,无法通过倾听学生的意见而得到纠正。

有人认为,在采用“苏格拉底问答法”的教学中,教师只问问题,通常不回答问题。然而,在许多情况下,学生没有能力对提出的问题形成自己的判断,或者,无法将自己的认识表述清楚让其他学生理解,而该问题的澄清是提出和解决新问题的立脚点。在这种情况下,教师实际上不得不说出自己的意见,以便使讨论继续进行。

总之,讨论教学如何进行,并没有一个固定的一成不变的模式,因材施教因人因问题施教是教师应始终坚持的原则。如果说其中有规律可循,则基本的规则是:教师是讨论的组织者和引导者,而不是演讲者。

2. 教师给出结论的必要性

如上文所述,当一个问题的解决构成讨论新问题的前提时,对前一问题的讨论通常要有一个结论。然而,当对一个主要讨论题的讨论结束时,是否一定要得出结论呢?笔者认为,当学生没有能力得出结论,或学生的结论显然错误的时候,如果只有一个结论是正确的,或比较合理的,教师应谈出自己的看法。可是,在许多情况下,教师的任务只是让学生知道问题和分歧的存在,并不是务求得出一个惟一的结论。让学生相信只有一个结论是正确的,会扼杀学生的创造性,因而不是正确的或至少不是最好的教学方法。

3. 教师传授相关知识的必要性

笔者所谓的相关知识,是指在严格意义上不属于解答讨论题必须涉及的,但与讨论的主题有关的知识。笔者认为,在进行讨论教学的过程中,教师是否应讲授有关知识,主要取决于以下几个因素:

(1) 对理解讨论的主题是否为必须了解的知识。例如,在讨论罗马法的制度时,如果学生没有系统地学习过这方面的知识,应简单介绍罗马法的概念、影响和与大陆法的渊源关系;在将德国法与我国台湾地区的法律进行比较时,应适当说明后者受前者影响的历史背景。

(2) 是否为学生起码应了解的法律基础知识。讲授这类知识是一种补课。在某些

情况下，这种补课是必需的。不这样做，进一步的讨论就无法进行。

（3）对提高学生的素质是否有益以及时间是否允许。在课堂讨论的过程中，当问题被提出而学生有了解的愿望时，回答问题的知识是最容易被理解和记忆的。因此，以提高效益为原则，教师此时应多讲授知识。如果特定的知识不属于相关知识，但知识的价值很高，对提高学生的素质很有益，讲一些当然无妨。然而，无关知识的讲授如果过多，无疑会冲淡主题，影响进度，这是务必引起注意的。

4. 讨论教学对教师的挑战

开展讨论教学的首要条件是编写出高质量的教学用书，其次就是教师要付出更多的努力组织教学。首先教师必须认真备课。由于学生从原来消极的受教育者变成了积极的参与者，在上课时，可能会提出较难的问题；由于讲课的内容和进度从以前完全由教师把握变成多变的难以把握的过程，教师必须充分熟悉授课内容，精心设计主要的讨论题和围绕主要讨论题出现的子问题，并预先想到学生在课堂上可能会提出的各种问题。其次，教师必须不断充实自己，不断学习新知识，跟踪本领域的新问题。只有这样，才能使授课内容不断充实，使课堂气氛活泼和充满生气。

笔者希望，讨论教学作为在法律理论类课程中进行素质教育的现实可行的手段，通过与案例教学相配合，将代表着我国法律教学模式改革的新方向。

目 录

导 论	(1)
-----------	-----

第一编 宪法基本原理

第一章 宪法基本概念	(7)
第一节 宪法的概念	(7)
第二节 宪法的分类	(16)
第三节 宪法的特征	(20)
本章小结	(29)
第二章 宪法的历史发展	(30)
本章小结	(42)
第三章 宪法的创制	(43)
本章小结	(53)
第四章 宪法原则	(54)
第一节 人权原则	(54)
第二节 人民主权原则	(62)
第三节 分权原则	(66)
第四节 法治原则	(71)
第五节 其他宪法原则	(74)
本章小结	(83)

第二编 公民基本权利与义务

第五章 基本权利概述	(87)
第一节 基本权利的概念	(87)
第二节 基本权利的主体	(97)
第三节 基本权利的效力	(101)
第四节 基本权利的限制	(108)
本章小结	(113)

第六章 平等权	(115)
第一节 平等权的内涵	(115)
第二节 平等与合理差别	(127)
本章小结	(135)
第七章 自由权	(137)
第一节 精神自由	(137)
第二节 人身自由	(156)
第三节 经济自由	(165)
本章小结	(172)
第八章 参政权	(175)
第一节 选举权与被选举权	(175)
第二节 其他形式的参政权	(189)
本章小结	(196)
第九章 社会经济权利	(197)
第一节 生存权	(197)
第二节 劳动权	(200)
第三节 受教育权	(204)
第四节 环境权	(210)
第五节 发展权	(214)
本章小结	(217)
第十章 基本义务	(219)
本章小结	(228)

第三编 国家基本制度

第十一章 国家权力概述	(233)
第一节 国家权力	(233)
第二节 政权组织形式	(236)
第三节 国家结构形式	(239)
本章小结	(242)
第十二章 国家元首	(243)
第一节 国家元首概述	(243)
第二节 国家元首的分类	(251)
第三节 国家元首的职权	(257)

本章小结	(260)
第十三章 立法机关	(262)
第一节 立法机关概述	(262)
第二节 立法机关的组成	(267)
第三节 立法机关的职权	(283)
本章小结	(299)
第十四章 行政机关	(300)
第一节 行政机关概述	(300)
第二节 行政机关与立法机关的关系	(305)
第三节 行政机关的职权	(312)
本章小结	(322)
第十五章 司法机关	(323)
第一节 司法权	(323)
第二节 司法机关	(337)
本章小结	(343)
第十六章 联邦制度和地方制度	(345)
第一节 联邦制度	(345)
第二节 地方制度	(356)
本章小结	(366)
第十七章 选举制度与政党制度	(367)
第一节 选举制度	(367)
第二节 政党制度	(382)
本章小结	(389)

第四编 宪法实施保障

第十八章 宪法实施保障概述	(393)
本章小结	(397)
第十九章 宪法解释	(398)
本章小结	(415)
第二十章 宪法修改	(416)
第一节 概述	(416)
第二节 宪法修改的方式	(426)
第三节 宪法修改的程序	(433)

第四节 宪法修改的界限	(440)
本章小结	(445)
第二十一章 违宪审查	(447)
第一节 违宪审查概述	(451)
第二节 违宪审查的对象、方式与效力	(463)
第三节 违宪审查的模式及发展趋势	(469)
本章小结	(477)
后记	(478)

导 论

论语式的对话，苏格拉底式的讨论，在我们的教科书中很少出现，虽然可能会在课堂上偶尔运用。人与人之间是需要交流沟通的，教师与学生之间亦是如此。随着信息时代的来临，各种信息铺天盖地席卷而来，而教师所掌握的知识，在量上可能不见得比学生多，在更新速度上也可能不见得比学生快。因此，教师若还单纯地依靠传统的灌输式、填鸭式教学方式授课就显得捉襟见肘了。其实相对于学生而言，教师掌握更多的是一种技能、思维方式和经验，而不是单纯的知识。我们组织编写这本《宪法学讨论教学教程》，其目的就在于尝试对传统的教学方式作出一点变革，促进讨论教学的推广和发展，发挥教师和学生各自的特长，真正推动教学相长的实现。

初衷虽好，但是难度很大。对教师，对学生，对我们编写者，都是一大挑战。学生由原来消极的受教育者变成了积极的参与者，各种各样的问题都得自己独立思考。教师则必须充分熟悉中国宪法、外国宪法和比较宪法学的内容，需要精心设计和组织对问题及其子问题的讨论。教师还需要摆正自己的心态，随时准备学习，更新自己的知识，随时接受各种挑战和质疑。学生面对这样的教材可能会感觉一头雾水，如何学习，如何积极地参与到讨论教学之中，都是一个没有经验的事物。编写者面对浩如烟海的资料如何提炼出问题，如何组织其间的顺序，而不是资料的堆砌，这也是一个让人费尽脑筋却又可能费力不讨好的事。

为了用好这本书，我们在导论当中需要说明几点。

一、本教程的基本框架

宪法学不是政治学，也不是国家学，它有其自身独特的研究领域，有其独特的研究路径。我们认为，宪法学主要是以国家权力与公民权利为基本研究对象，以两者的相互关系为基本线索，其核心价值就在于探讨如何保障公民权利，如何控制和规范国家权力。

基于此，本教程共分四编内容：第一编是宪法学基本原理，研究介绍宪法的概念，宪法的历史，宪法的创制，宪法的原则等；第二编是公民基本权利与义务，研究介绍公民基本权利的一般原理、平等权、自由权、参政权、社会经济权利以及公民的基本义务；第三编是国家基本制度，研究介绍国家权力的一般原理、国家元首、立法机关、行

政机关、司法机关，以及联邦制度、地方制度、选举制度和政党制度；第四编是宪法的实施保障，研究介绍宪法解释、宪法修改、违宪审查和宪法诉讼。

二、本教程的内容特点

1. 立体性。本教程力图将各阶段有代表性的立法、学说和案例呈现出来，让立法、学说、案例在历史长河中接受检验，让使用者回溯到具体的历史年代之中。

2. 全面性。本教程在各章当中列出了相关的宪法性文件，这样也方便了使用者，省去了使用者再去翻查相关立法的周折。在主体内容方面，本教程将各种学说和相关的典型案例有条理地列出，使用得当会收到价值、规范、现实三元互动的效果。

3. 层次性。本教程在主体内容当中分“基本问题”和“引申问题”两个部分，将基本的知识和理论放在基本问题当中（主要适用于本科生），将在理解上有难度的，甚至尚无定论而仍在探索之中的问题放在引申问题之中（主要适用于研究生），这样就层次分明、错落有致了。

三、本教程的使用方法

1. 对本教程可以选择适用。由于本教程将基本问题和引申问题分开，教学者可以根据自身和学生情况来选择相应的内容，因此它可同时被用作法学本科、法律硕士和法学硕士教材。当然，也可被其他读者选作学习和研究的资料。

2. 作好课前预习和课后的整理工作。预习准备的程度直接决定了课堂讨论的效果。不做好预习，课堂讨论只会是个别人之间的交流或者是既有知识的宣讲，而达不到充分沟通交流、形成某种共识、创新理论的效果。课后的观点整理、资料的再收集、研究的深化都是必需的，这是将课堂热化的讨论冷却深入所要做的工作。课堂上的讨论可能只是一种启发，激发了更多的灵感，而这些都需要在课后继续发掘、深思、锤炼。因为从某种意义上说，宪法学是一门反思的学问。

3. 用好本教程的索引功能。本教程的问题后面往往列出了古今中外名家对此问题的论断或经典案例，而下面所附的脚注又详细注明了其出处。因此，普通读者仅需通过脚注就可非常方便的检索到此问题的所有权威著述。

4. 注重参考其他比较宪法学著述。本教程主要采用的是比较研究法，但也无意于完全取代其他教材和专著，而是希望能与之在方法上和 content 上相互借鉴，相得益彰。目前，比较宪法学方面的理论著作主要有：

龚祥瑞著：《比较宪法与行政法》，法律出版社 1985 年版；

-
- 何华辉著：《比较宪法学》，武汉大学出版社 1988 年版；
王世杰、钱端升著：《比较宪法》，中国政法大学出版社 1997 年版；
王广辉著：《比较宪法学》，武汉水利电力大学出版社 1998 年版；
李步云主编：《宪法比较研究》，法律出版社 1998 年版；
赵树民著：《比较宪法学新论》，中国社会科学出版社 2000 年版；
沈宗灵著：《比较宪法》，北京大学出版社 2002 年版；
韩大元主编：《比较宪法学》，高等教育出版社 2003 年版。