

Jingshi Law Review

京师法律评论

第九卷

主 编 赵秉志



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

Journal of Law and Economics

京師法律評論

第三卷

第一輯

中國政法大學
法律經濟學研究中心

Jingshi Law Review

京师法律评论

第九卷

主 编 赵秉志



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

京师法律评论. 第九卷/赵秉志主编. —北京: 北京师范大学出版社, 2013.12

ISBN 978-7-303-17307-5

I. ①京… II. ①赵… III. ①法律—文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 273518 号

营销中心电话 010-58802181 58805532

北师大出版社高等教育分社网 <http://gaojiao.bnup.com>

电子邮箱 gaojiao@bnupg.com

出版发行: 北京师范大学出版社 www.bnup.com

北京新街口外大街 19 号

邮政编码: 100875

印刷: 北京京师印务有限公司

经销: 全国新华书店

开本: 155 mm × 235 mm

印张: 29.5

字数: 516 千字

版次: 2013 年 12 月第 1 版

印次: 2013 年 12 月第 1 次印刷

定价: 98.00 元

策划编辑: 李洪波

责任编辑: 李洪波

美术编辑: 王齐云

装帧设计: 天泽润

责任校对: 李 茵

责任印制: 陈 涛

版权所有 侵权必究

反盗版、侵权举报电话: 010-58800697

北京读者服务部电话: 010-58808104

外埠邮购电话: 010-58808083

本书如有印装质量问题, 请与印制管理部联系调换。

印制管理部电话: 010-58800825

编辑委员会

学术顾问

江 平 高铭暄

主 任

赵秉志

委 员

(按姓氏音序排列)

柴 荣 韩赤风 黄 风 冷罗生

李 滨 李希慧 刘荣军 卢建平

宋英辉 吴宗宪 夏利民 熊跃敏

徐胜萍 薛 虹 张桂红 张远煌

左坚卫

主 编

赵秉志

本卷执行主编

郭 殊

前言

正逢 2013 年以来新一届政府深化改革之际,《京师法律评论》第九卷与读者见面了。过去的 2012 年是 1982 年宪法实施三十周年,故此本卷《京师法律评论》汇集了宪法及相关公法学领域的诸多研究佳作,作为宪法专号出现,以示纪念。到本卷出版,《京师法律评论》已经集成九卷了。本卷依然继承并发扬《京师法律评论》素来的精神,立足国内法治现实,放眼国际宪法理论前沿;坚持实证研究与理论研究并重,希望能够对我国宪法理论研究和国家法治实践敬献绵薄之力。

当下,改革开放事业进入到“深水区”,社会矛盾日益复杂,社会治理面临严峻形势。对于宪法学研究而言,要求其理论须与实证相结合,“接地气”,解决中国问题、现实问题,通过宪法实施加强法治的要求愈加突出。本卷宪法专号成书,前有宪法实施三十周年及相关纪念活动,后有 2013 年 5 月开始的宪政之辩,也可谓是应时而成。本卷宪法专号卷首以“现行《宪法》实施三十周年”为研讨主题,由著名宪法学家陈云生教授约请相关专家的特稿组成。在一系列的文章中,首先是引起我们对于法治变革的思考,继而读者会看到对现行宪法中的政治逻辑深刻探讨,在此之后是关于辛亥革命的宪法学探索。接下来是一系列以宪法文化为主题的论文,有讨论中西方宪法文化的精彩佳作;有基于宪法文化对中央与地方关系的新思考;有对中央与地方国家机构职权的细致分析,以及从宪法文化的视角探索军事法规范。然后是对现行宪法中的国家机构和公民基本权利的讨论,有的深入探讨代表制度的理论;有的提出了政协宪法化问题;有的探讨公民的学习自由这一受教育权的组成部分;还有的为民族经济获得帮助权寻找宪法基础。最后呈现了一份北京市立法工作的实证研究报告,由实务专家总结改革开放三十多年以来首都的立法状况,十分珍贵。

在“学术专论”中作者们有的面向现实,构建突发事件的问责制;有的对政府监管进行了理性分析;还有对药品经营监管做了专门研究;有的从实证出发分析信访与司法的关系;还有的纵论历史,观察我国改革开放之后的慈善事业发展;或是聚焦社会热点问题,对非政府组织参与立法问题进行细致的实

证考察；最后是与大学工作紧密结合，研究如何完善高校应急预案中的大学生权利保障机制。

“学术争鸣”中的文章大多关注公法学研究的现实问题和前沿问题。有的立足基层，讨论了农村基层社会管理体制创新问题；另有作者从实务工作出发讨论民事诉讼监督范围的拓展。还有文章对商业银行破产制度组织机构设置的法价值基础进行分析。还有对大学生诚信教育的法治保障进行探索；也有的从理论出发，分析礼治和法治的异同；还有的从务实立场出发，关注国内公共文化设施发展；或是从跨学科角度探究正义问题。如此众多的新视角、新观点，正所谓百花争妍。

通过接下来的“域外宪制”四篇佳作，读者可以看到对美国司法审查在引起宪法对话中的作用分析；独到深入地介绍俄罗斯的违宪审查制度；从著名的磨坊案出发，能够看到德国司法独立的漫长道路；还可以纵览基本权利保护义务理论在德国的产生与发展的历史脉络。这些都会引起读者关于中国宪法相关问题的思考。“他山之石，可以攻玉。”本栏目中的文章以广阔的对外视野，为国内宪法研究视野的拓展提供了镜鉴。

“名著鉴赏”虽然只有一篇文章，但是作者将韦伯关于社会行为和法律理想类型的理论作了清晰的梳理，供读者参考。

在这里，我们要衷心感谢所有向《京师法律评论》赐稿的作者，正是有了学界前辈和同仁的鼎力支持，本卷才得以顺利成书，为此我们表示深深的谢意。在追寻“中国梦”、“法治梦”的道路上，我们将沉着坚定，默默耕耘，尽最大的努力为社会主义法治建设和中国宪法理论研究事业贡献自己的力量和智慧。对本卷的不足，也欢迎广大读者提出宝贵意见和建议。

编委会

2013年9月

目录

主题研讨：现行《宪法》实施三十周年

3	从原则和理论出发，推动法治变革 ——纪念现行宪法颁布三十周年	周汉华
10	辛亥革命对中国社会主义宪政的影响与启示	张宝贵
16	论中西方宪法文化的发展路径	傅思明
36	中央与地方关系新视野：基于宪法文化的思考	任进
47	论中央和地方国家机构职权的划分	万利平
70	宪法文化与军事法规范	丛文胜 冯江峰
82	试论代表理论与代表组成结构	崔英楠
93	浅议人民政协的宪法化问题 ——从宪法史与比较法两个维度的论说	王中伟
114	学习自由：作为基本权利的受教育权	王柱国
137	论宪法视野下的民族经济获得帮助权	翟东堂
147	北京市地方立法工作的实践与思考	李正斌

学术专论

163	构建突发事件应对问责制	马怀德 周慧
182	政府监管的理性选择 ——以“电子监管网事件”为中心	马英娟
197	完善我国药品经营监管的法律制度	高江瑜
216	信访与司法关系之实证考察	李勇
225	改革开放后中国慈善事业的发展	刘培峰
248	非政府组织参与立法的规范化研究	唐立君
276	论高校应急预案中大学生权利保障机制的完善	郭殊

学术争鸣

- 291 试论我国现阶段的农村基层社会管理体制创新
——以农村非政府组织为路径 唐 璨 王庆燕
- 302 论民事诉讼监督范围的拓展 蒋剑华
- 312 比较视野下商业银行破产制度组织机构设置的
法价值基础分析 朱绍明
- 329 大学生诚信教育的法治保障
——大学生诚信档案制度设计 张 宁
- 338 传统礼治与近现代法治
——以《乡土中国》角度探析 梁岩妍
- 348 国内公共文化设施发展现状研究 王小芳
- 362 接近正义的测量指标 郭 辉

域外宪制

- 381 美国藉司法审查挑起宪法对话 黄凤兰
- 394 俄罗斯违宪审查制度及对我国的启示 崔皓旭 张德瑞
- 408 德国通向司法独立之路的里程碑：磨坊案 袁治杰
- 436 基本权利保护义务理论在德国的产生与发展 陈 征

名著鉴赏

- 451 简论社会行为和法律理想类型 马 军

主题研讨： 现行《宪法》实施三十周年



周汉华*

从原则和理论出发，推动法治变革

——纪念现行宪法颁布三十周年

【内容提要】

层层递进关系决定了法学研究实际处于某种被动的附属地位，处于传导链条的最末端。要继续坚持以经济建设为中心的基本原则，从实际出发，缩短经济建设、法治实践与法学理论研究之间的距离，加强实证研究和对重大现实问题的研究。要在关键领域、重点环节超越经济建设、法治实践与法学理论之间的单向递进线性关系，更多地从事物的普遍规律和基本原则出发，从理论本身出发，发挥法学理论与法治实践对经济基础的反作用，规范和引导经济改革与法治建设。

【关键词】

• 法学研究 • 法治实践 • 法学理论 • 经济建设

现行宪法颁布三十周年，既取得了很大的成绩，为建设社会主义法治国家奠定了坚实的基础，同时也面临很多困惑、问题和挑战。正如同整个中国改革开放事业一样，中国的公法与宪政下一步究竟应该往哪个方向走，如何走，值得理论界与实务部门严肃思考。一种比较常见的思路是继续“摸着石头过河”，走一步是一步，一些人甚至把这种策略归纳为从实际出发，是“中国模式”的一个组成部分。应该承认，这种渐进方式在过去确实发挥了很大的作用，避免了改革的阻力和很多无谓的争论，但是，在改革进入到根本利益结构调整和法治权威建立的攻坚阶段，继续采用这种策略就面临着目标不明确、推动力匮乏、阻力增大等一系列问题，甚至只能处处迁就现实，丧失进一步推进改革的大好时机。

* 周汉华，中国社会科学院法学研究所研究员，法学博士。

一个时期以来，很多专家非常敏锐地指出，法学研究缺乏问题意识，是当前学术研究的病灶，因此要加强法学研究的问题导向，增强针对性和现实关怀。这种观点，非常有见地，应该说它指明了我国法学研究与公法未来的发展方向。不过，对问题原因的分析可能要更深入些、细致些，认识才能更为深刻，对未来的研究转型和宪政方向才能提供更为明确的指引。

法学不同于其他社会科学部门，其研究对象之一是现实的社会交往、社会行为与社会关系，核心是权利义务关系，这些本身都是客观的，本不应该出现与现实脱节的现象。法学研究的对象之二是法律规范与其他社会规范，也有自身的二元化特性。一方面，它们是立法者制定或者社会接受的产物，是主观的；另一方面，这些规范作为人们行为的指引，又是社会交往赖以存在的基础，是客观的。正是因为法学研究对象的这种现实性、实践性，使其与研究超验的客观规律的社会科学不太一样，西方学者一般不认为法学属于应该更为纯粹的“社会科学”。

认识了法学研究的特点，再来分析我国法学研究缺乏问题意识的现象，就比较耐人寻味，需要去追问现象的实质以及现象背后的成因。从认识论来看，主体与客体的脱节，不外乎两种原因或者表现形式，一是认识主体闭门造车，无的放矢，空发议论，生搬硬套，脱离现实；二是认识主体过于靠近、迁就现实，只埋头拉车，不抬头看路，只见树木，不见森林，失去了主体独立性和对现实的客观评价与批判能力。原因与表现形式不一样，其实解决方案也大不一样。前者要求认识主体更多地贴近实际，贴近生活，从实际出发；后者要求保持主体独立性和主、客体之间适当的距离，更多地从原则和理论出发，发挥理论的引领作用。

目前，由于法学的显学地位和社会各方面对于法律专家的迫切需求，就学者自身而言，闭门造车的情况已经不太多见，学者们面临的更大问题是难得有时间沉潜下来，甘愿坐冷板凳。就外部环境而言，现行的学术成果评价标准、学者评价机制、课题组织形式、资源分配方式、学术组织形式、实践与学术的互动形式等，使法学研究出现了比较明显的行政化、功利化、短视化倾向，这与整个社会的行政化、功利化趋势完全相符。一段时期以来引起大家共鸣的立法建议型学术研究现象，其实只是这种现状的一个方面而已。这种学术研究的直接后果是学术与实践的重合与错位，学术行政化，行政学术化，学者失去独立性与对重大方向性问题的洞察与把握能力。可见，当下学术研究缺乏问题意识的真正原因，其实在于认识主体与认识对象边界的消失。不识庐山真面目，实质是独立主体的缺位，是靠得太近，而不是太远。独立主体的缺位，不仅使学者难以全面认识客观

实际，也使一线实务工作者同样认识不清楚现实，同样缺乏问题意识。

导致学术与实践重合与错位的原因比较复杂，其中一个重要方面在于我国法治现代化实现路径的特殊性。在我国，可以看到，改革开放以来，法治建设始终围绕经济建设大局进行，为经济建设保驾护航；同时，我国法学研究紧紧跟随我国法治建设的步调，法治建设与法学研究均有非常强的现实关系，不务虚，不空谈。考察我国改革开放的过程可以发现，不论是农村改革、国企改革还是市场体系建设，渐进性都是其中最为重要的特点。与经济改革的这一特点相适应，我国的法治建设也体现出了非常明显的阶段性特征，往往是一个时期集中解决某一个重点问题，实现制度的渐进优化。以行政法为例，我们1990年出台了《行政复议条例》，1994年制定《国家赔偿法》，1996年制定《行政处罚法》，1999年制定《行政复议法》，2000年制定《立法法》，几乎每两年都有一次行政法的重大立法活动。深入观察可以发现，20世纪90年代之所以成为行政法立法的高峰期，完全是因为经济改革发展达到一定阶段以后，亟须从制度上保证市场主体的合法权益，制约行政主体的权力行使，可以说行政法是经济改革的必然产物。90年代同时也是我国行政法研究的第一个发展高峰，发表了大量与立法紧密相关的成果，成就了学术研究上的“立法推动模式”。经济改革、法治建设、法学研究这种层层递进的关系，保证了法治建设与法学研究的正确方向，是新时期我国法治建设与法学研究短时间内取得长足进展的一条重要经验。可以说，改革开放的时代需要，既塑造了我国的法治，也催生了我国的法学。

然而，层层递进关系同时也决定了法学研究实际处于某种被动的附属地位，处于传导链条的最末端。法学研究的这种附属性特点，使得法学理论落后于法治实践，法治实践落后于经济发展实践的差序发展现象特别明显，甚至会出现理论与实践两张皮，法治建设与经济建设两张皮的现象。作为上层建筑的法律制度反过来引导、推动经济基础的作用并未得到充分的发挥，始终处于“二线”；法学理论大多数情况下只能为法律条文作注解，甚至陷入法律形式主义的窠臼。法学理论对于法治实践提出来的很多问题并没有做好充分的准备，更不用说去发挥引领作用，法治实践也难以以为经济建设发挥更为积极、主动的作用，结果必然出现大家普遍诟病的法学研究缺乏问题意识的现象。这是我国经济发展模式与法治现代化路径给法学研究带来的最大挑战。

要解决上述问题，一是要继续坚持以经济建设为中心的基本原则，从实际出发，缩短经济建设、法治实践与法学理论研究之间的距离，加强实证研究和对重大现实问题的研究，消除两张皮、多张皮的现象，使理论与

法律制度更为准确地反映客观现实，为经济建设服务；二是要在关键领域、重点环节超越经济建设、法治实践与法学理论之间的单向递进线性关系，更多地从事物的普遍规律和基本原则出发，从理论本身出发，发挥法学理论与法治实践对经济基础的反作用，规范和引导经济改革与法治建设，实现体制、机制创新，使三者之间相互促进，相互依存，互为基础。为此，必须借助于更具有指导性的科学研究方法和理论成果，实现法治推动方式与实现路径的根本性变革，丰富经济改革与发展的内涵。

首先，当前中国既处于发展的重要战略机遇期，又处于社会矛盾凸显期，社会管理领域存在的问题还不少，这是中国经济社会发展水准和阶段性特征的集中反映。实践中，为了化解社会矛盾，维护社会稳定，各种形式的管理创新举措层出不穷，涉及社会动员、集中整治、创新管理、运动执法、科技应用、市场机制、绩效考核、连带追责、信息披露、行政指导、行政奖励、柔性执法、行业自律、和解调解、严管重罚等方面。这些创新举措的涉及面非常广，既有市场手段，又有行政手段，还有技术手段；既有授益行政，也有规制行政；既有直接行政，也有间接行政。同时，这些创新举措往往是实践中的自发创造，成文法中一般没有明确的规定或者依据。从结果看，有些创新举措取得了很好的社会效果和法律效果，社会各界普遍欢迎；有些创新举措难以达到预期的目的，只会叠床架屋，使制度更为复杂，问题更为隐蔽；还有一些所谓创新举措只会破坏政府形象和法治权威，导致严重的官民矛盾等负面后果。因此，在成文法不完备，社会管理压力加大的背景下，高扬理论与原则大旗，加强理论本身研究，可以为社会管理创新提供一个指导和评价标准，对各种形式的管理创新进行科学的评价、甄别与治理，引导、推动符合法治原则与精神的社会管理创新，并使之逐步制度化，防范、制止以社会管理创新为名侵害公民权利，破坏市场秩序与法治权威的行为。

其次，经过三十多年的改革，不论是经济体制改革还是法治建设，能改的、好改的基本都已经改完了，剩下的都是硬骨头。改革进入到了深水区，难度和阻力比任何时候都要大，继续依靠“摸着石头过河”的方式已经很难推进，必须发挥原则与理论的指引作用，顶层设计、系统规划，方能为改革描绘进一步前进的方向，推进制度的整体跃升。同时，经过这些年的发展，我国的物质财富与人民生活水平有了实质性的提高，综合国力大幅增强，完全摆脱了改革开放之初一穷二白的困境。相应的，改革的动力在逐步衰减，各个方面的改革热情也在消退，求稳怕变的想法越来越明显。并且，由于改革成果并未能够公平惠及所有群体，尤其是因为分配不公与贫富差距的拉大，使弱势群体与普通公众对于一些权势集团借改革为

名掠夺、攫取社会资源的现象深恶痛绝，也间接影响了公众对改革的社会认同。凡此种种，导致近几年来实质性的改革举措并不多，对于已有成绩沾沾自喜，一些方面甚至出现了停滞、倒退的现象。这种局面如果继续下去，改革开放事业肯定会半途而废，已经取得的成绩可能丧失殆尽。在需要改革事业“过大关”的特定历史时刻，高扬原则与理论的大旗，可以进一步解放思想，提高改革决策的科学性、改革措施的协调性、改革程序的规范性、改革成果的普惠性以及各方面推进改革的积极性，更好更快地推进体制变革和创新。

最后，在一个提倡多元价值的实证主义时代，在法学与公法领域强调原则与理论的重要性，确实需要非常慎重，要准确厘清各种关系，避免认识混乱。首要的是，明确什么是原则？需要什么样的理论？

一方面，法学不同于自然科学，有放之四海而皆准的公理、定律，即使类似于合同自由、所有权绝对、过错责任这样的传统民法三大原则，在福利国家出现以后都不再永恒，也被无所不在的国家干预主义所修正。即使在一个国家内部，法律制度也需要随着社会、经济的发展而不断变化，这一点，在2008年发生的全球金融风暴中表现得非常明显。同样，法学也不同于经济学、社会学、公共管理学等社会科学学科，它们有更多的普遍性和共同规律，比较容易进行国际接轨。一个国家的法律制度与规范，一定是该国历史文化传统与现实国情的综合体现，因此，法学研究必须立足于本国国情，不能动辄简单照搬照抄发达国家的做法，食洋不化，误国误民。易言之，法学研究切忌教条主义、本本主义。

另一方面，又要看到，尽管各国国情与法律传统不同，但法律制度与规范还是有很多的共同性与普遍性，可以相互借鉴甚至移植。因为法律制度调整的都是个人、社会与国家之间的权利义务关系，都是为了实现安全、平等、自由、民主等共同价值。尤其在全球化和国际合作与竞争进一步加剧的背景下，法律融合与行为规范的国际化已经成为一种大趋势。如同市场经济体制一样，人类法律文明的共同成果并无国界之分，是人类的共同创造。如果坚持抱残守缺、得过且过，或者骄傲自满、拒绝变革，最终都必然会为时代所抛弃。可见，法学研究同样要避免经验主义、机会主义。

以上所述，并不是什么新东西，其实是矛盾普遍性和特殊性相统一的哲学原理在法学领域的引申。这一原理是坚持马克思主义普遍原理与各国具体实践相结合的哲学基础，也是建设中国特色社会主义的哲学依据，当然适用于法学研究。在这里重新强调这一原理，其实是痛感于近年来的法学研究较之经济学、公共管理学等学科，距离国际主流学术理论更远（这

种差别的一个重要原因在于法律实务对高端法律人才所产生的磁场效应),加之我国部门法学划分过于细碎,使法律人难以具备认识事物普遍规律的能力,法学理论本身缺乏理论性。正是因为对普遍规律的一知半解,才会陷入教条主义,对发达国家的经验顶礼膜拜,简单照搬照抄的结果必然是东施效颦,南辕北辙,在实践中必然会走入另一个极端,陷入经验主义,闭门造车,排斥外来先进经验和普遍原理;闭门造车也许能够应付一时,但长期的结果一定是制度失去竞争力和活力,按下葫芦浮起瓢,最后病急乱投医,再次去照搬照抄其他国家的做法,陷入新一轮的恶性循环。观念是一切制度的基础,要跳出这种循环,除了提高认识事物普遍规律的能力以外,别无他途。从原则和理论出发,加强理论本身的科学性和国际对话能力,可以说是整个法律制度良性循环的起点。

强调理论与原则的重要性,并不是不切实际的凭空想象。人类发展史上,每一次重大的理论突破与创新,都会带来巨大的社会变革与进步。恩格斯有句名言,“一个民族想要站在科学的最高峰,就一刻也不能没有理论思维。”列宁在论述理论与实践的关系时,非常精炼地指出,“没有革命的理论,就不会有革命的运动。”美国著名的大法官霍姆斯也曾经对美国法学的发展大声疾呼,“我们不是有太多,而是太少的理论。”我国近代以来的几次重大变革与进步,包括五四运动提出“德先生”、“赛先生”,马列主义传入中国,改革开放之初确立实事求是的思想路线,明确提出社会主义市场经济体制的改革目标,人权入宪,确立建设社会主义法治国家的治国方略,等等,无一不是从理论与原则出发,进而开创新局面的典型范例。经过改革开放三十多年的积累,我国法律制度发展再次面临历史性选择的机会,能否顺利实现制度跨越,根本上取决于原则与理论的成熟程度。