

100年

《中外法学》文萃

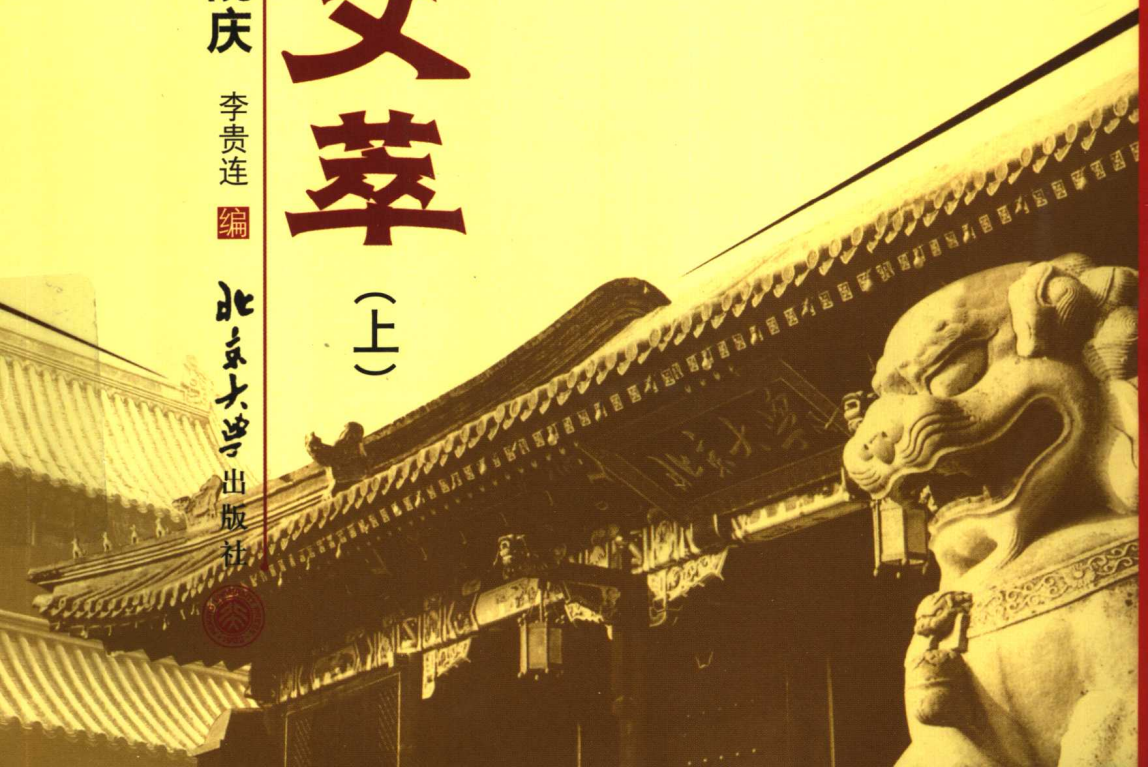
(上)

——纪念北京大学法学院百年院庆

李贵连

编

北京大学出版社



《中外法学》文萃

——纪念北京大学法学院百年院庆

李贵连 编

(上)



北京大学出版社



图书在版编目(CIP)数据

《中外法学》文萃——纪念北京大学法学院百年院庆/李贵连编. —北京:
北京大学出版社, 2004. 4

ISBN 7-301-07159-0

I. 中… II. 李… III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 028129 号

书 名:《中外法学》文萃——纪念北京大学法学院百年院庆

著作责任者:李贵连 编

责任编辑:邓丽华

标准书号:ISBN 7-301-07159-0/D·0873

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址:<http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱:zpup@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者:北京军峰公司

印 刷 者:北京大学印刷厂

经 销 者:新华书店

787mm×980mm 16开本 112.25印张 1555千字

2004年4月第1版 2004年4月第1次印刷

定 价:198.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

100年



目录

(上册)

法理学、法史学、宪法学、行政法学

认真对待宪法

- 论宪政审查的必要性与可能性…………… 张千帆(3)

自由裁量与行政正义

- 阅读戴维斯《自由裁量的正义》…………… 王锡锌(38)

- 法·正义·利益…………… 沈宗灵(54)

- 论法理学的创新…………… 沈宗灵(70)

- 中国法制四十年…………… 刘升平(83)

- 论市场经济条件下的效率与平等原则及其法律对策…………… 赵震江(96)

- 社会主义市场经济的法律思考…………… 赵震江 袁 泳(107)

- 我国科技立法概况及立法原则…………… 罗玉中(119)

- 科技进步与法制建设…………… 罗玉中(132)

无产阶级专政与社会主义法制

- 纪念巴黎公社 120 周年…………… 巩献田(159)

- 变法,法治建设及其本土资源…………… 苏 力(165)

语境论

- 一种法律制度研究的进路和方法…………… 苏 力(181)

当代中国法理的知识谱系及其缺陷

——从“黄碟案”透视	苏力(215)
法律共同体宣言	强世功(250)
继承与超越	
——二十世纪前半叶中国法理学回顾论纲	张 骝(271)
美国宪法中的宗教与上帝	赵晓力(309)
中国传统法律文化评估	张国华(317)
1925年改革与现代英国财产法	由 焯(324)
论西方法治理论的历史发展	王 哲(334)
二十世纪初期的中国法学	李贵连(346)
二十世纪初期的中国法学(续)	李贵连(368)
孙中山与中国法律近代化	李贵连(401)
二十年法制建设的美与不足	贺卫方(417)
司改:四组矛盾,八项课题	贺卫方(424)
秦令与睡虎地秦墓竹简相关问题略析	张建国(432)
魏晋律令法典比较研究	张建国(444)
名辩思潮与“成文法”的诞生	武树臣(455)
欧洲结构主义符号学法学的几个侧面	徐爱国(465)
论香港基本法对香港特别行政区法治的保障	肖蔚云(476)
平衡论:对现代行政法的一种本质思考	
——再谈现代行政法的理论基础	罗豪才 沈 岿(485)
论民族语言权	齐木德·宝音胡日雅克琪 刘景欣(497)
行政的现代化与行政程序制度	姜明安(504)
论国家侵权责任的构成	姜明安(519)
联邦德国宪法的基本原则	甘超英(526)
立法的民主合法性与立法至上	
——中国立法批评	陈端洪(537)
对峙	
——从行政诉讼看中国的宪政出路	陈端洪(556)

法治和良知自由

- 行政行为无效理论及其实践之探索 沈 岍(572)
中国加入 WTO 与行政审批制度改革 洪中乐(598)

刑事法学

- 论刑事责任的概念和根据 杨春洗 苗生明(621)
论主观恶性中的心理事实 陈兴良(631)
建立刑事一体化思想 储槐植(642)
市场经济与刑法 储槐植(651)
关于刑法因果关系几个问题的探讨 张 文(661)
我国对罪犯的劳动改造与人权 杨殿升(674)
关于完善我国司法鉴定制度的思考 张玉钺(687)
死刑存废与人权保障 杨敦先 陈兴良(694)
从“法官之上的法官”到“法官之前的法官”
——刑事法治视野中的检察权 陈兴良(706)
刑法修改的双重使命:价值转换与体例调整 陈兴良(732)
关于“97 刑法”与“79 刑法”若干问题的比较 刘守芬(749)
对刑事证据分类理论的几点思考 汪建成(762)
劳动教养的历史考察与反思 陈瑞华(769)
程序正义论
——从刑事审判角度的分析 陈瑞华(798)
论器官移植的法律问题 郭自力(813)
控制社会控制
——一种犯罪学范式的分析 白建军(822)
刑事学体系的一个侧面:定量分析 白建军(863)
美国预防行政官吏腐败的基本制度 王世洲(877)
论犯罪化及其限制 梁根林(888)
“刀把子”、“大宪章”抑或“天平”?

- 刑法价值的追问、批判与重塑 梁根林(909)
关于精神病人和醉酒人刑事责任能力的法律适用与完善 孙东东(934)
中国刑事诉讼与人权 徐友军(944)

(下册)

民商、经济法学

论民法典中的民事责任体系

- 我国民法典应建立新的民事责任体系 魏振瀛(959)
中国内地与香港代理法比较研究 魏振瀛 王小能(975)

财产所有权客体新论

- 兼论公司财产权和股东财产权的客体 杨紫烜(997)
当代市场经济与数量法学 刘瑞复(1003)

论物权的定义与本质

- 从一种方法论的角度 尹 田(1025)
国际借贷中的消极担保、浮动担保及其在中国之

- 法律效力 刘剑文(1044)
论对引人误解或误认的不正当竞争行为的法律禁止 盛杰民(1052)

- 宏观调控法的周期变易 张守文(1059)
税法的普适性及其局限 张守文(1077)

- 论用益物权的客体 钱明星(1098)
近现代物权法的发展趋势与我国物权法的制定 钱明星(1112)

- 意思自治原则的变迁及其经济分析 刘凯湘 张云平(1124)
集成电路布图设计保护法比较研究 郑胜利(1136)

- 中国民事审判的现状与未来 潘剑锋(1150)
民事诉讼法制建设四十年 潘剑锋(1159)

- 中小企业促进法实施中的法律与政策问题研究 甘培忠(1172)

商法独立性初探

- 从票据法与海商法的角度 王小能 郭瑜(1188)
- 企业法人所有权的若干问题探讨 楼建波(1208)
- 合同自由原则的限制及其与诚实
信用原则的关系 楼建波 刘燕(1223)
- 走下“自由裁量权”的神坛
——重新解读凯立案及“自由裁量权”之争 刘燕(1243)
- 代位权制度研究 佟强(1300)
- 论无权处分行为的效力
——以物权变动模式的立法选择为背景 王轶(1338)
- 略论合同行为的效力
——兼评《合同法》第三章 张谷(1359)
- 论债权让与契约与债务人保护原则 张谷(1385)
- 二十世纪之中国婚姻家庭法学 马忆南(1409)
- 欧共体计算机程序保护指令评介 韦之(1434)
- 传统财产权理论对知识产权观念之影响 曲三强(1447)
- 论全球环境立法的趋同化 汪劲(1489)
- 跨国公司法律地位探讨 王慧(1513)
- 论最高人民法院的职能 傅郁林(1528)
- 关于银行立法的几个问题 吴志攀(1572)
- 论三种金融形态和商业银行立法的任务 吴志攀(1582)

国际法学

国际海洋法法庭的创建

- 我的个人经历和感受 赵理海(1591)
- 人权的国际保护与不干涉内政 魏敏(1610)
- 新的海洋科学研究国际法制度
——专属经济区和大陆架、国际海底区域、结论 邵津(1617)

试述近代中国不平等条约体系的形成与扩展	程道德(1630)
国家管辖豁免原则的历史形成过程	龚刃初(1639)
关于人权与国际法若干问题的初步思考	龚刃初(1649)
试论国际组织与国际组织法的关系	饶戈平(1664)
国际法上的自决权与少数者权利	白桂梅(1681)
论国际法上对妇女暴力行为的责任	白桂梅(1697)
《国际技术转让行动守则》中的法律适用问题	邵景春(1715)
《联合国宪章》人权条款的法律义务问题	李 鸣(1724)
从主权平等的发展看我国四十年来国际法的 理论与实践	李 鸣(1734)
从“南联盟诉北约国家案”看人道主义干涉问题	李红云(1744)
论 GATT 及 WTO 关于豁免成员方义务的规定	张潇剑(1761)
清代人士关于国际法的评论	程 鹏(1776)

法理学 法史学
宪法学 行政法学



认真对待宪法

——论宪政审查的必要性与可行性

张千帆*

一、问题的提出

在德沃金的《认真对待权利》^[1]一书之后，“认真对待”已经成了法学界的常用词汇。“认真对待”有两种相反的含义。通常的意思是人们应该严肃与公正地考虑某些观念，尤其是不那么吸引人的观念，例如“人治”。^[2]德沃金的意思则是人们应该慎重对待像“权利”这样吸引人的概念，不要像西方20世纪60年代那样动不动就把它搬出来，以致造成了“权利的爆炸”，而“权利”本身也在“爆炸”后变成了几乎没有意义的概念。笔者认为宪法也需要受到“认真对待”，且由于“宪法”一词经常在理论上被滥用，在实践中又普遍受到忽视，这两种含义皆有之。本文主要论述“认真对待”的通常含义，即宪法必须被赋予法律的直接与实际效力。笔者将在别处讨论对宪法适用范围的适当界定，以防止它被随便“扩大化”。

“认真对待宪法”——有这个必要吗？换言之，我们难道还没有足够“认真”地对待自己的宪法？我们一直把宪法奉为统治社会的“基本法”，国家的“根本大法”。事实上，2000年通过并生效的《立法法》第78条明确规定：“宪法具有最高的法律效力，一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。”然而，一旦把注意力从书面文字转移到现

* 政府学博士，北京大学公法研究中心教授。

实生活,答案是令人失望的。且笔者相信这并不是个别人的主观臆断,而是表达了中国法学界已逐步形成的共识:中国不仅有必要,而且有迫切的需要更加认真地对待宪法这部基本法律文件。理论与实际的巨大脱节,使人们对宪法的实际效力产生质疑。《宪法》第33条规定,中国“公民在法律面前一律平等”,但在实际生活中,各种规定、文件甚至法律规章对性别、年龄乃至各种生理特征的歧视可以说是俯仰皆是,且至今仍“合法”存在着;《宪法》第37条规定“公民的人身自由不受侵犯”,但国家执法人员侵犯公民自由的事件却不时在媒体曝光,且除了法律明文提供的有限保护之外,宪法对此似乎无能为力;《宪法》第46条规定“公民有受教育的权利和义务”,但直到不久以前,宪法的这条规定仍然如同不存在,且不可否认的是,农村地区的广大学生至今仍然未能充分享受到这一宪法权利。^[3]更为严重的是,对于什么是“在法律面前人人平等”、“公民的人身自由”或“受教育的权利”等基本问题,人们从来没有获得政府的权威答复,因而也就从来不明瞭它们的确切法律含义。每当人的基本权利遭到侵犯而不能受到法律有效保护的时候,人们不禁要问,宪法究竟在哪里?它的法律效力体现在什么地方?最显著的问题是,中国宪法一方面被称为“基本法”、“根本大法”;另一方面,它却不是严格意义上的“法”——不是普通意义上的可被直接实施的“法”。中国宪法陷入了公孙龙的悖论。

对于这种状态,中国的司法部门似乎负有部分责任。在1955年对新疆高级人民法院的批示中,最高人民法院明确指出“宪法是我们国家的根本法,也是一切法律的‘母法’”,但“对刑事方面,它并不规定如何论罪科刑的问题,(因而)在刑事判决中,宪法不宜引为论罪科刑的依据”。^[4]在1986年对江苏省高级人民法院的批复中,最高人民法院再次指示法院在审理民事与经济案件中可以引用法律和行政法规,而没有提及宪法。^[5]事实上,这两个批复本身并没有错——宪法是一部授予公民权利的法,当然不能被作为定罪依据;宪法的作用是规定与限制政府行为,因而一般也不适合在普通民事诉讼中被直接引用。然而,最高法院的这两个批复被普遍(误)认为确立了一项原则,即宪法条款在任何诉讼中都不能作为法律依据而被引用——至少不能作为独一无二的判案依据。只是到了最近,在宪法效力问题引起

了人们的充分关注之后,最高人民法院才明确纠正了这一误解。在2001年8月13日生效的批复中,最高人民法院判决被告行为侵犯了原告“依据宪法规定所享有的受教育的基本权利”^[6],从而引发了关于宪法“司法化”的广泛讨论。^[7]对于实际效力长期处于“冬眠”状态的中国宪法而言,这的确是一个福音。宪法的“司法化”可能被证明是可喜的第一步,此后中国宪法有希望获得真正的法律效力,成为公民权利的可靠独立保障,成为名副其实的“根本大法”。

需要澄清的是,“宪法效力”可以有两种相关但强弱程度不同的形式。它的“弱形式”就是目前所指的宪法的“司法化”(judicialization),即宪法条文可以被当作法院判案的依据。在“弱形式”下,宪法效力的意义在于当立法未能对宪法所规定的权利提供更具体保护时,宪法条文允许法院或宪政审查机构发展案例法,对权利提供独立的宪法保护。它的“强形式”则更进一步,要求某个独立于议会的机构能够依据宪法来审查立法的合宪性,从而建立本文所指的宪政审查(constitutional review)体制。^[8]换言之,在作用最大的程度上,宪法效力的“弱形式”可以纠正立法机构的不作为,而“强形式”则要求纠正立法机构的违宪行为。在逻辑上,这两种形式其实是一致的,因为如果宪法确实是“法”,且是在效力上“更高的法”,那么就必然需要处理宪法和普通立法之间的关系问题。因此,宪法效力的最高体现是宪法对立法的实体控制。在根本上,任何国家的宪政制度都必须面临其“强形式”及其所隐含的理论与实践问题。

本文主要从三个方面来论述宪政审查制度的必要性与可行性。首先,本文追溯宪法“司法化”的最早案例——美国联邦最高法院在两百年以前作出的马伯里决定,其中马歇尔首席大法官的阐述为立法的司法审查提供了最清晰、最有力的论据。其次,本文探索了曲折的法国宪政历程,并尝试从“反面”论证宪法“司法化”与宪政审查的必要性。在历史上,法国曾最激烈地抵制过美国的宪政审查制度,但1958年的第五共和最后建立了一种独特的宪政审查形式,从而使宪法获得了政府和人民的尊重,同时证明了宪政的普遍适用性和强劲的生命力。最后,本文论证了宪政审查在中国宪法制度下的可行性。尽管宪政审查制度要求宪法作出根本的修正,它和人民代表

大会制度并不必然冲突。相反,基本的法治原则要求制定立法和审查立法的职能相分离,因而有必要建立一个独立于人大的具有司法性质的宪法审查机构。

二、马伯里的逻辑

宪政审查在西方有着漫长的思想渊源。从古雅典的斯多葛学派到阿奎那的中世纪经院哲学、霍布斯开创的近代自然法学派,西方主流思想一直坚持法律必须符合某种更高的理性。这种思想也影响了法院。早在1610年的“博纳姆医生案”^[9],英国上院的科克大法官就曾宣布,一项违背自然正义(natural justice)的议会法案是无效的。但因为种种原因——尤其是受议会至上的民主思潮的影响,宪政审查作为一种法律制度一直没有发展出来。直到1776年美国独立之后,各州开始制定州宪,情况才开始发生变化。在1780年的“刑事陪审人数案”^[10],新泽西州的法律规定刑事陪审团由6人(而非12人)组成。州的最高法院判决这项法案因违反了州宪而无效。这可能是北美法院第一个宣布立法违宪的案例。然而,宪政审查作为一项制度的起源还必须等待1803年的“马伯里诉麦迪逊”^[11]。在这个历史性的案例中,马歇尔首席大法官(C. J. Marshall)代表联邦最高法院宣布国会的一项立法条款违宪。既然这个案例被公认为世界宪政主义的起源,因而有必要在此作一番较详细的讨论。

尽管这一案例的出现带有相当大的偶然性——例如它取决于马歇尔的上任(而这又取决于原来年事已高的首席法官的退休),以及当时以杰弗逊(Thomas Jefferson)为首的反联邦党占据的总统班子与国会和联邦党的最高法院之间的政治对峙^[12],这一案例还是带有必然性。这不仅是因为美国宪法造就的三权分立体制必然隐含着政治与司法甚至不同政治机构之间的潜在对峙关系,而不同机构之间的冲突迟早将在体制上造就类似于马伯里的案例,而且更因为成文宪法——如果被“认真对待”的话——和普通立法之间所必然隐含的发生冲突的可能性。1788年,美国制定了近现代第一部联邦宪法。它规定了联邦政府的三权分立结构、每个分支的权力与义务、联邦

和各州之间的关系以及少量的公民权利保障。1790年,国会与各州又通过了麦迪逊(James Madison)所提议的《权利法案》。后者成为宪法的前十条修正案,对公民的言论与新闻自由、宗教信仰、结社与请愿以及刑事公正审判等权利规定了具体保障。问题在于,宪法所规定的公民权利和政府结构具有什么样的法律意义?它们是否仅仅是一种宣言——就像同期的法国革命之后所产生的《人权宣言》那样?如果是那样,政府对宪法的尊重就主要依靠政府的立法、执法与司法官员的自律,并且在他们明明偏离了宪法规定的时候也不存在任何法律上的救济。如果不是——有证据表明多数制宪者不认为宪法只是一种装饰,那么就需要通过某种方式依据宪法对官员的行为进行审查,并且在发现政府违宪时能够有效地撤销违宪行为。

受普通法的行政法治理论之影响,美国在当时就普遍承认宪法对行政官员的约束——这一点马歇尔法官在马伯里案中已解释得非常清楚。事实上,马伯里案首先是一个最典型的行政诉讼,其中公民要求法院命令行政官员——国务卿麦迪逊——履行其法定职责(送交前总统已经签署的委任状)。但最高法院并没有这么做,或者它没有停留于本案中的行政不作为,而是更进一步,判决授权原告直接起诉到最高法院的《司法法》条款无效。具体的案情在此并不重要,但马歇尔大法官的推理却是不朽的,且笔者认为它并不限于美国的独特经验,而是对世界宪政与法治发展具有普遍的启迪。

马歇尔法官的推理如果不是完全无懈可击的,也至少是非常清晰的。他首先论证原告马伯里对其委任状具有法律权利,其次确定国家应该对权利的侵犯提供法律救济。这两点是基于英国传统的行政法治原则,是美国当时已经普遍接受、不可质疑的。问题出在看上去不起眼的第三个问题:如果法律确实能够提供救济,它是否应该是联邦最高法院所下达的强制令?这个问题涉及纯粹是技术性的司法管辖规则:强制令本身是初审法院所颁布的一种救济手段,而1789年的《司法法》授权最高法院对本案类型的案件进行初审;然而,联邦宪法第三章明确规定了最高法院的初审与上诉管辖权,其中却没有规定最高法院可以初审马伯里类型的案件,因而《司法法》对管辖权的界定似乎不符合联邦宪法。这样,如果原告有权获得法律救济,而最高法院却不能给予救济,那一定是因为授权最高法院以司法管辖权的“法