

中国法学会宪法学研究会编

宪法研究 (第一卷)

Studies on Constitution (Volume 1)

【赵世义】

传统与革新

——制宪权规制研究

【程 华 齐小力】

百年中国宪政之路反思

【童之伟】

宪法司法适用研究中的几个问题

【王克稳】

我国违宪审查制度建立的主要法律障碍

【任 进】

立法法对宪法保障和宪法监督制度的发展

——兼谈进一步完善宪法监督制度的几点认识

【焦洪昌 姚国建】

宪政背景下中国检察权的属性定位

【王德志】

宪法在刑事审判中的价值

【吴家清 杜承铭】

论结社自由权的宪法权利属性、价值及其限制

【李元起 赵志云】

浅论我国公民宪法财产权保障制度的完善

【李步云 邓成明】

论宪法的人权保障功能

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

宪法研究. 第1卷/中国法学会宪法学研究会编.
北京:法律出版社, 2002.9
ISBN 7-5036-3949-0

I. 宪… II. 中… III. 宪法—研究—中国—学术会议—文集 IV. D921.04—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 067220 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法学学术出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京民族印刷厂	责任印制/陶松
开本/A5	印张/22 字数/587千
版本/2002年11月第1版	印次/2002年11月第1次印刷
法律出版社/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-88414121
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-88414115
法学学术出版中心/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-88414883	传真/010-88414115
中国法律图书公司/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)	
传真/010-88414897 88414899	销售热线/010-88414896
网址/www.Chinalaw-book.com	010-88414900
书号:ISBN 7-5036-3949-0/D·3666	定价:38.00元

编写说明

中国法学会宪法学研究会自 1985 年成立以来,已逾 16 个年头。在过去的 16 年中,中国法学会宪法学研究会秘书处克服种种困难,在中国人民公安大学出版社、电子科技大学出版社、群众出版社、吉林人民出版社等出版社的大力支持下,先后出版了《宪法与改革》、《保障公民基本权利与维护社会稳定》、《宪法的权威与地方立法》、《人民代表大会制度的理论与实践》、《宪法与国家机构改革》、《依宪治国,建设法治国家》等 6 期年会论文集,对于推动中国宪法学界同行之间的学术交流,及时反映中国法学会宪法学研究会年会的学术研讨成果和推动中国宪法学研究产生了重要的影响。为了更好地推动中国宪法学理论研究的发展,提高中国法学会宪法学研究会年会学术研讨水平,中国法学会宪法学研究会秘书处在征求各方面意见的基础之上,对年会论文集的编辑方针作了重大调整,决定从本期年会论文集开始,注重年会论文集编辑的规范化和科学化,主要表现在:一是从本期年会论文集开始,年会论文集的出版采取以书代刊的形式,书名为《宪法研究》,取消

以前年会论文集的具体主题,代之以编号顺序的形式,以此来保证中国法学会宪法学研究会年会论文集编辑的规范化和有效地加以保存及查询使用。二是采取比较严格的收录原则,确立了三条收录论文的标准,包括:1. 被收录的论文经中国法学会宪法学研究会秘书处集中有关专家审读后,将论文篇幅压缩在 7000—8000 字左右,以防止论文集篇幅过大;2. 凡是提交年会的已经发表过的论文不再收进论文集中;3. 凡是论文体系完整,经压缩或改动后无法保持原文的基本精神的一般不予收录。在收录论文时,研究会秘书处对有些论文内容做了删改,如有不妥之处请作者谅解。中国法学会宪法学研究会秘书处真诚地希望各位提交年会论文的理事和代表能够给予充分理解和支持,同时,在以后提交年会论文时,如果准备收录进年会论文集,务必按照年会论文集的上述编辑方针撰写和提交论文,以此保证秘书处能够及时、迅速地将年会的学术研讨成果编辑成书加以出版。

谨此,对承担本期论文集的出版工作的法律出版社表示衷心感谢。

中国法学会宪法学研究会秘书处

2001 年 12 月 26 日

目 录

宪法理论篇

- | | | |
|-----|-----|------------------------------|
| 3 | 杨海坤 | 中国走向宪政之路——兼论“三个代表”理论和我国宪法的发展 |
| 33 | 浦增元 | 三论依法治国必须确立宪法的权威 |
| 40 | 周叶中 | 潘洪祥 人民主权:宪法学的逻辑起点 |
| 59 | 丛文胜 | 试论“三个代表”对 21 世纪依法治国的重大意义 |
| 73 | 熊文钊 | 宪法是什么 |
| 85 | 胡弘弘 | 析宪法概念 |
| 93 | 赵世义 | 传统与革新——制宪权规制研究 |
| 105 | 朱 进 | 再论宪法关系 |
| 116 | 肖北庚 | 近代宪政价值及构建 |
| 125 | 邓剑光 | 宪法主治的含义及特征探讨 |
| 134 | 桂宇石 | 邓世豹 宪政与授权立法 |
| 145 | 殷啸虎 | 协商精神与宪政建设 |
| 157 | 任喜荣 | 文化多元与宪政实现——宪法发展研究的文化取向 |
| 168 | 秦前红 | 评法权宪法论之法理基础 |
| 183 | 王月明 | 对宪法限权功能的思考——制约权力还是制约权力的行使者 |

- 192 胡玉鸿 马克思主义宪政思想述略
211 程 华 齐小力 百年中国宪政之路反思
221 梁忠前 宪法学发展与宪法发展问题疏论
225 周 伟 完善全国人民代表大会专门委员会工作机构研究
235 章志远 汪秋慧 质询权初论
247 张海廷 我国中央地方关系的形式归类——单一制下中央
地方关系体制的两类划分
258 马英娟 论我国城市立法的基本原则

宪法适用篇

- 271 童之伟 宪法司法适用研究中的几个问题
285 庞 凌 我国宪法司法适用的障碍分析
297 王克稳 我国违宪审查制度建立的主要法律障碍
305 费善诚 我国公民基本权利的宪法诉讼制度探析
316 任 进 立法法对宪法保障和宪法监督制度的发展——兼
谈进一步完善宪法监督制度的几点认识
324 胡肖华 倪洪涛 宪法诉讼目的概论
332 周永坤 论人民代表大会制度下的司法规范审查制度
342 黄学贤 完善我国宪法监督机制的探讨
356 吕泰峰 中国宪政发展的新阶段——也谈我国的宪法司法
化问题
365 秦绪栋 上官丕亮 “宪法司法化第一案”质疑
372 魏兴荣 王珍行 论人大进行个案监督的现实性和必要性
380 焦洪昌 姚国建 宪政背景下中国检察权的属性定位
399 李小兵 法院在违宪审查中的角色分析——兼论中国未来
违宪审查制度的设计与构建
410 刘淑君 法官独立行使审判权探析
419 王德志 宪法在刑事审判中的价值

- 435 李小明 游文丽 建立国家官员宣誓就职制度

基本权利篇

- 449 韩大元 刘素华 通信(通讯)自由与电信网络规制
 459 朱福惠 论迁徙自由
 472 张力刚 沈晓蕾 权利法定——公民环境权的宪法学考察
 485 吴家清 杜承铭 论结社自由权的宪法权利属性、价值及其限制
 495 李 琦 论法律上的防卫权——人权角度的观察
 508 吕艳滨 章 忱 知情权若干问题研究
 519 朱中一 论私有财产权应成为我国公民的基本权利
 528 李元起 赵志云 浅论我国公民宪法财产权保障制度的完善
 537 陈宏光 论选举权的享有、限制、剥夺及其法律救济
 548 严海良 社会转型时期的公民权利及其成长——当代中国宪法及修正案解读
 566 莫纪宏 张毓华 诉权是现代法治社会第一制度性人权
 573 马 岭 试论我国民间宗教的特点、成因及其法制化管理
 583 李树忠 迁徙自由与我国户籍制度改革

人权保障篇

- 605 李步云 邓成明 论宪法的人权保障功能
 614 许元宪 宪法与人权保障
 621 温卓文 宪法对特殊群体的人权保障
 628 汪进元 论两个人权公约与中国人权立法的冲突与整合
 635 田 军 陶 蕾 宪法与《经济、社会和文化权利国际公约》的实施机制

- | | | |
|-----|-----|------------------------------|
| 646 | 田 瑶 | 从国际人权公约到我国宪法保障妇女、儿童权利的实现 |
| 661 | 林 彦 | 俞子清 我国宪法对两个人权公约的应对 |
| 672 | 傅思明 | 欧洲人权公约的实施对英国司法审查制度的影响 |
| 678 | 朱淑梯 | 王颖敏 回应“入世”挑战,强化宪法在统一国内市场中的作用 |
| 686 | 郑贤君 | 自由贸易体系及区域均衡与我国法律价值的整合 |

宪法理论篇

中国走向宪政之路

——兼论“三个代表”理论和我国宪法的发展

□杨海坤*

当新千年的钟声叩开了新世纪的大门时，人们回顾过去的 20 世纪人类所取得的文明成果，可以自豪地说，宪政的普及与宪政的进步足以成为其中的一项重要标志。植根于西方文化氛围中的宪政制度广为其文化背景下的人们所接受，而宪政理论本身经历着由旧到新的理论转变，也即从传统的控制国家权力逐步向建立理想政治秩序理论的过渡；^①以罗斯福“新

* 苏州大学王健法学院教授，博士生导师。

① 参见[美]斯蒂芬·L·埃尔金、卡罗尔·爱德华·索乌坦编：《新宪政论——为美好的社会设计政治制度》，周叶谦译，三联书店 1997 年版，第 3 页。从某种意义上说，这意味着传统的宪政理论是消极防御性的，即为国家权力划定其不得逾越的界限；而现代的宪政理论则是政治设计性的，它必须为了人民的福祉而构想出更加正义的人类秩序。因此，“当代的宪政思想是有缺陷的。它大体上由古典的宪政论形成，对其他宪政思想传统未给予充分的注意。结果是，当代的宪政论不能充分理解政治制度，而是把这些制度看成是限制滥用权力的基本上实用的手段。”同上书，第 144 页。

政”为代表的市场经济运作的国家干预模式,则从制度上对所谓“宪政”进行了重新定位。自然,特定场景下的中国问题,似乎在宪政理论与宪政制度方面都无法与发达国家相比,然而,百年来中国不断重复的立宪、修宪过程本身就是宪法观念普及、深入的过程。特别是在党中央提出“依法治国,建设社会主义法治国家”的战略目标之后,宪政的作用与功能愈益引起人们的重视,“宪法至上”也因此成为法治的基本内容。对于宪法学研究来说,关注中国如何走向宪政之路,应当是不容置疑的重要课题;而在其中,宪法的发展问题又成为最为迫切的任务。

一、宪政:民主与法治的平衡点

或许是宪法本身寄寓着人类太多的幸福憧憬与期望,因而诸如“自由”、“人权”、“平等”、“民主”、“法治”、“宪政”……这一系列名词在宪法学研究论著中频频出现,构成了这一学科特有的价值理念与人文关怀。然而,这些概念本身的定位以及概念与概念之间的关系,同时也是一个从不同角度进行观察而又众说纷纭的问题。^①在这其中,“民主”、“法治”、“宪政”这三者之间关系更是异乎寻常地密切,区分其概念或阐明其关系,成了一切宪法学研究人员首先必须面对的问题。

美国哈佛大学退休教授,1998年诺贝尔经济学奖获得者阿玛蒂亚·森曾经指出:“若要在20世纪里发生的诸多进步中选择一项最重要的,那么,我会毫无困难地指出,那就是民主的兴旺”;“到了遥远的将来,当人们回首这个世纪的历程时,他们会发现,民主制度出现后被广泛地接纳为政府的组成形式,恐怕没有比这意义更重大的事了”。的确如此,美国学者亨廷顿由此将现在的民主阶段称为民主长波中的“第三波”:“今天,千百万以前曾在独裁专制统治下受苦受难

^① 例如最近林广华副教授撰文“论宪政与民主”(载于《法律科学》2001年第3期),强调民主与宪政是两种不同的理论,二者存在着差异,也存在着契合。他甚至认为法治同民主、自由、社会公正并无必然联系。

的人生活在自由之中。……民主制度在如此短的时间内急速成长,毫无疑问,是人类历史上最壮观的、也是最重要的政治变迁。”^①那么,这一变迁又是如何实现的呢?简单地讲,自由是民主的基础。经济自由化则是政治民主化的先声,以自由为特征的市场经济是政治民主得以确立的前提。从理论上而言,人们一般认为,自由与平等之间存在着深刻的矛盾,自由竞争在一定条件下会妨碍社会平等的实现,而寻求自由与平等的契合点,就有赖于民主得以完成。在笔者看来,民主是兼顾自由与平等并使两者得以融合的机制。现代民主政治的宗旨在于:建立可以容纳各社会阶层、各利益群体代表的政治体制,既实现社会成员之间公开、理性的自由竞争,又满足他们对平等的一般期待,从而在制度方面为长期政治稳定和发展创造基本条件。至于民主制度的建立过程,按照政治学者的说法,这一过程在世界各国通常表现为三个阶段:第一个阶段是准备阶段,主要特点是非民主政权或政治架构在社会政治压力下解体;这种解体可能是迅速的,也可能是缓慢的;第二阶段是民主秩序刚开始成型,很有可能形成威权统治,因而具有过渡性;而第三阶段则是民主政治巩固的时期,其标志并非仅仅是民主制度的建立以及相应的法律统治的确立,更为主要的是使民主和法治成为全社会政治文化的重要组成部分。如果说第一阶段非民主政权的解体意味着旧制度和秩序的瓦解的话,那么第二阶段与第三阶段则是法治建设和宪政建设经历从起步到牢固确立的时期。

“法治是什么?”则是一个仁者见仁、智者见智的问题,1959年在印度新德里召开的国际法学家大会上曾经提出过一个著名的定义:“在一个自由的社会里,奉行法治(Rule of Law)的立法机构的职责是要创造和保持那些维护基于个人的人类尊严的条件,这种尊严不仅承认个人之公民权利与政治权利,而且要求促成对于充分发展其人

^① [美]亨廷顿:《第三波——20世纪后期民主化浪潮》,刘军宁译,上海三联书店1998年版,第3页。

格乃是必要的各种社会的、经济的、教育的和文化的条件。”^① 这可以说是一个经典的关于实质性法治的概念。Lon Fuller 曾列举出法律的 8 个特征：即法律具有普遍性和公开性、法律不溯及既往、法律规定清晰明了、法律不自相矛盾、法律不要求不可能之事、法律具有稳定性、官员所为与公布的规则相一致。这 8 项特征构成了富勒所谓的“法律的内在道德”；Joseph Raz 则根据“法治”概念的字面含义去推论法治的基本原则，并提出法治必须达到以下八条：1. 所有的法律都应公布于众，且应不溯及既往；2. 法律应保持相对稳定；3. 具体法律的制定应当遵循公开、稳定、清晰和普遍性的原则；4. 必须确保司法独立；5. 自然公正等原则必须得到遵守；6. 法院应对立法及行政活动拥有审查权；7. 诉讼应当易行；8. 遏止犯罪机构所拥有的自由裁量权不得侵蚀法律。^② 以上所表述的法治概念是偏重于程序性方面的，因此被称为程序性的法律概念。总的来看，法治不仅包括一套原则，以及按照这些原则建立起来的一系列制度，而且应理解为一种特殊的社会组织形式和程序模式以及更深层次的法律文化和法律信仰。

关于民主与法治的关系，学术界有着许多不同的提法。一般认为，民主与法治在本质上是相通的。法治(Rule of Law)意味着理性及法律性的统治方式，而在民主的社会，法律必须提供对所有人平等对待的社会环境与权利安排，所以在这个意义上来说，法治是民主的同义词，两者都追求国家权力与公民权利之间的平衡。实际上，没有民主的法治必然会走向独裁专制；同样，没有法治的民主不仅缺乏制度保障，容易导致涣散、无能、效率低下，而且更可能出现“多数暴政”，以至产生灾难性的后果。最近台湾地区台北市长马英九在接受记者采访时说：“法治跟民主一样重要，民主不能没有法治。台湾近

^① 转引自 Joseph Raz, *The Authority of Law*, Clarendon Press, 1983, 第 210—211 页。

^② 同上注，第 214—218 页。

几十年民主发展很快,但是品质很差,就是因为没有法治。”^①实际上,没有法治的民主是否能称得上是真正的民主,这本身就值得怀疑。因为无论何种形式的政治体制,都是以假定秩序的存在为前提的;没有法治,显然也就不会有真正的秩序,民主的基础则也随之而崩塌。这正如拉德布鲁赫所告诫的:“纵然是社会主义者,应该铭记在心的,民主主义的民族国家必须以权力分立的原理为基础,以尊重并保障基本人权为义务的法治国。”^②也就是说,民主不能失去法治的根基,否则所谓民主就会成为无政府主义的代名词。

梁治平先生则力图区分民主与法治两个概念,他认为这两者所指向的目标并不相同:“民主的要义是公民的政治参与,是自我管理 and 多数原则,而法治的基本旨趣是限制专断的权力和保障个人自由”;“法治与民主的另一区别是,法治要求国家的直接介入,民主却可以由公民自己去实行。相应地,法治的实施更具有统一性,民主的实行则更具有分散和多元的特点。”他还认为:“法治的目标可以通过渐进的改善而逐步接近,民主制度也可以不同的方式和在不同的范围内推行和发展;而当这两种制度形式在实践中结合在一起时,就会产生积极的和建设性的结果。”^③也就是说,依梁先生之见,民主与法治在目标、方式、实现过程三个维度上产生差异,因而两者不可混同。当然,梁先生所言也并非毫无可议之处。例如如果将民主确定为公民的一种政治参与方式,那么它就不可能由公民自己去实行,而同样必须借助相应的政治机构与政治设施;民主的分散性和多元性也并非就与民主的统一性相对立,因为所谓“分散”、“多元”,本身就是以形成统一的意志作为目标的。在这里,梁先生实际上混同了“民主”与“法治”的界限,因而使得这一问题的界定更趋复杂。

① 《参考消息》,2001年9月4日,第12版。

② 转引自(台)林文雄:《法实证主义》,(台)三民书局1982年增订三版,第140页。

③ 参见梁治平:《法治:社会转型时期的制度建构——对中国法律现代化的一个内在观察》一文。

我们认为,宪政是民主与法治的统一体,也是两者固有张力的平衡点:“宪法有两个(相互重叠的)重要功能:一是保护个人权利,一是为如果多数派当政便会实施的某些政治变革设置障碍。”^① 从前一个方面的功能而言,宪政以人民主权为基础,是人民权利的宣言书;从后一个方面,宪政则是防范国家权力的制度屏障。因此,宪政本身就是民主与法治的统一体。这正如美国学者莫菲所言道的:“只要一个宪法代表着民主理论,只要它是一部有权威性的宪法,它就必须保护人民参与政府的权利。只要一个宪法体现着宪政理论,只要它是一部有权威的宪法,它就必然限制一切政府权力,甚至人民自由选举出来的代表的权利,而且要以保护个人其他实质性权利的方式。”^② 在宪法或者宪政过程中,人为地强调民主与法治的分离与矛盾,实质上就会降低一个国家根本大法所应有的作用。

首先,在一定意义上来说,宪政与法治是同义语。一个真正实现法治的国家必然同时是一个实现宪政的国家,或者说“现代法治首先是‘宪治’”。^③ 法治国家的基本含义有两个方面,一是国家受法的约束的情况,二是法律秩序在社会中的实现状况。^④ 而前者更直接与宪政密切联系在一起。具体来说,宪政必须做到以下几条:1. 国家

① [美]埃尔斯特、[挪]斯莱格斯塔德编:《宪政与民主——理性与社会变迁研究》,潘勰、谢鹏程译,三联书店1997年版,第4页。

② [美]沃尔特·E·莫菲:“宪法、宪政与民主”,信春鹰译,载宪法比较研究课题组编译:《宪法比较研究文集》(3),山东人民出版社1993年版,第24页。

③ 参见莫纪宏:“论宪法原则”,《中国法学》2001年第4期。

④ 当然,这是从“法治国”最基本的含义方面来说的,更为详细的阐述还有很多。例如我国著名法学家李浩培在写于解放前的“法治实行问题”一文中就谈到,所谓法治国家,主要通过五个方面的结果体现出来:第一,统治者只能在国法所定的范围内活动,并只能依法要求人民行为或不行为;人民亦得在国法所定的范围内自由活动,且亦得对统治者依法主张其权利;第二,一切大官小吏为国家行为时,必须处处时时顾及法律,而绝不能使他们的个人意志凌驾于法律之上,致法律失其效力;第三,不但人民受法律的制裁,一切大官小吏亦受法律的制裁;第四,人民不受法外的责罚;第五,必须有独立的司法。参见李浩培:“法治实行问题”,载刘智峰主编:《中国政法体制改革问题报告》,中国电影出版社1999年版,第434—435页。

权力最终掌握在人民手中,成为宪法的最根本原则,使国家的主权置于预设的宪法控制之下,把国家的任意干预压低到最小化;2. 将具体国家权力在分离的部门进行合理的分配,它们之间的关系也由宪法具体加以规定;3. 牢固确立宪法保障下的公民权利(特别是通过正当法律程序和法律面前人人平等原则加以保护);4. 通过宪法规定的公开、公平的选举程序使国家权力有秩序地平稳地转移。可以说,上述法治内涵的界定,实际上也就是宪政的基本目标,所以说法治与宪政在本质上是一致的。但也必须注意的是,“从历史上看,宪政的产生总是基于这样的理由,即确定国家权力的边界并限制国家的管理者。宪政,是一个比法治或法治国更高的抽象概念,其含义与有限国家相当。在有限国家中,正式的政治权力受到公开的法律的控制,而对这些法律的认可又把政治权力转化成为由法律界定的合法的权威。它表明,在国家和社会之间至少存在一种区别或对立,否则,就无甚理由为国家制定规则。”^①

其次,宪政本身也承载着民主的理想。美国政治家潘恩说过:政府本身并无权力,只有义务,因此“宪法是一样先于政府的东西,而政府只是宪法的产物。一国的宪法不是政府的决议,而是建立其政府的人民的决议。”^② 也就是说,宪法坚持的首要原则是人民主权原则,人民是国家的主人。林广华先生则认为:“宪政理论,就其理论主张来看,是比民主理论更为‘自由主义’的一种理论主张。它强调个人权利的至上性,主张对政府权力进行严格的限制。”^③ 所谓宪政,简言之,就是有限政府。它是指一套确立与维持对政治行为与政治活动的有效控制的技术,旨在保障人的权利与自由。立宪政体就是保障人权的政体,就是控制权力的政体。从这个意义上来说,宪政是

① [美]丹尼尔·S·勒夫:“社会运动、宪政与人权”,姚建宗译,载宪法比较研究课题组编译:《宪法比较研究文集》(3),山东人民出版社1993年版,第274页。

② 《潘恩选集》,商务印书馆1982年版,第146页。

③ 林广华:“论宪政与民主”,《法律科学》2001年第3期。