

主 编 陈金钊  
副 主 编 左 峰 吴文新

# 黄海学术论坛

HUANGHAI XUESHU LUNTAN

第五辑



上海三联书店

编委会：周世明  
编委：王 强 王 强 王 强

# 黄海学术论坛

（此处为模糊不清的副标题或编者信息）

（此处为模糊不清的日期或期号）

（此处为模糊不清的出版信息）

山东大学威海分校主办

主 编 陈金钊  
副 主 编 左 峰 吴文新  
执行主编 吴文新

# 黄海学术论坛

HUANGHAI XUESHU LUNTAN

第五辑



上海三联书店

**图书在版编目(CIP)数据**

黄海学术论坛. 第五辑 / 陈金钊主编. —上海:  
上海三联书店, 2005. 3  
ISBN 7-5426-2059-2

I. 黄… II. 陈… III. 社会科学—文集  
IV. C53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 021203 号

**黄海学术论坛(第五辑)**

---

主 编/陈金钊

责任编辑/刘宏伟

装帧设计/范桥青

责任制作/林信忠

责任校对/张大伟

出版发行/上海三联书店

(200031) 中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

<http://www.sanlianc.com>

E-mail: [sanlianc@online.sh.cn](mailto:sanlianc@online.sh.cn)

印 刷/上海惠顾实业公司印刷

版 次/2005 年 4 月第 1 版

印 次/2005 年 4 月第 1 次印刷

开 本/787×1092 1/16

字 数/40 千字

印 张/23.5

印 数/1—1500

---

**ISBN7-5426-2059-2**

**C·90 定价 46.00 元**

## 编辑委员会

主 任 李建军

副 主 任 陈金钊

## 成员（按姓氏笔画排序）

王国和 牛林杰 孙武安 孙迎春

孙翠兰 仵从巨 张 平 张东辉

梁文玲 姜爱丽

# 目 录

## 法律研究

### “活的”宪法解释

#### ——以宪法解释明确宪法及其与法律的界限之实证问题研究

- ..... 周 伟(1)
- 概念与制度:中世纪西欧城市法架构的宪政意义 ..... 季金华(19)
- 法理学学科的性质及功能 ..... 苗金春(38)
- 法院可以直接变更指控罪名 ..... 阮竹君(49)
- 浅谈高校国有资产管理的法制化 ..... 周建新(57)

## 哲学研究

- 析精神生产的特点 ..... 马捷莎(61)
- 略论消费的本土化 ..... 胡金凤 李延军(69)
- SARS危机的生态伦理启示 ..... 龙 鸣(79)
- 对实事求是及其方法的再认识 ..... 刘玉殿(88)
- 马克思主义哲学批判精神论析 ..... 王成华(93)
- 李二曲的学术同异辨及其意义 ..... 朱康有(101)

## 文学艺术研究

### 改造生活的虚构艺术

——论王尔德的艺术逻辑 ..... 张介明(108)

精神分析理论在当代中国的复兴与发展 ..... 周 怡(113)

《家》的再解读:觉慧的精神分析 ..... 刘复生(125)

### 论叙述技巧和怪诞意象的效用

——重读凯瑟琳·曼斯菲尔德《已故上校的女儿》

..... 蒋 虹(131)

### 偶然的王国与可能的选择

——解读《生命中不能承受之轻》的一个视角 ..... 谢炜如(140)

## 政治与与社会发展研究

### 科学发展观:全面建设小康社会阶段马克思主义

发展观的创新理论 ..... 李建宁(149)

抗日战争与中国共产党的民族主义 ..... 卫金桂(156)

从“三农”问题看全面建设小康社会 ..... 陈永刚(165)

新时代认识社会主义的新视角 ..... 赵 焱(175)

单亲家庭:社会工作的介入模式 ..... 张 乐(182)

再论社会主义市场经济与功利主义 ..... 管 华 杨晓文(190)

## 东北亚文化研究

### 试谈朝鲜诗人朴齐家对清代现实的认识

——以“燕京杂绝”为中心 ..... 金 哲(197)

|                        |          |
|------------------------|----------|
| 日文汉字词对翻译的负面影响 .....    | 孙玉林(206) |
| “绿色现代化”的一种选择           |          |
| ——从岸根卓郎的观点看 .....      | 夏卫国(211) |
| 韩非论君主与法的关系探析           |          |
| ——兼与儒、道、墨、前期法家比较 ..... | 邓 玲(220) |

## 东北亚政治经济研究

|                            |              |
|----------------------------|--------------|
| 陈兆锵与甲午战争 .....             | 沈 骏 沈 织(227) |
| 试论王莽代汉的社会基础 .....          | 赵 沛 胡启超(238) |
| 朝鲜核危机下的俄罗斯                 |              |
| ——解读俄罗斯的朝鲜半岛与东北亚安全政策 ..... | 焦 佩(247)     |
| 日韩产业转移对威海的影响分析 .....       | 左 峰(256)     |
| 日韩对华直接投资比较研究 .....         | 周宏燕(262)     |
| 中韩无形资产及其会计核算比较研究 .....     | 杨 雯(269)     |

## 语言、文化研究

|                   |          |
|-------------------|----------|
| 略论儒家文化的感恩意识 ..... | 任现品(274) |
| 叠字格的构成与性质 .....   | 刘静敏(283) |
| 现代大学校园规划理念 .....  | 王桂芬(292) |

## 经济研究

|                             |              |
|-----------------------------|--------------|
| 以科学的发展观为指导促进人力资源管理的创新 ..... | 黄建军(297)     |
| 基于人力资源管理系统的企业持续发展能力分析 ..... | 单丙波(307)     |
| 对劳动力价格决定问题的理论思考 .....       | 岳 军 杜宏宇(315) |



- 对国际收支中错误与遗漏项目监控与管理的探讨 ..... 孙 恒(321)  
企业文化对企业竞争力的影响方式探讨 ..... 李保珍(328)

## 研究生论坛

### 结构、解构与重建

- 香港近二十年黑帮电影叙事语言的转变 ..... 刘小磊(335)  
“趋同论”的研究述评 ..... 朱 萌(343)  
简论全球化与我们的对策 ..... 任现辉(352)  
何思源的教育思想与教育实践 ..... 陈 枫(361)

## “活的”宪法解释

——以宪法解释明确宪法及其与法律的界限之实证问题研究

周 伟\*

### 一、问题的提出

在中国法律解释的实践中,“全国人大常委会工作机构每年都进行一些法律解释,主要采用法律询问答复的形式。一般情况是,国务院及有关部门、最高人民法院、最高人民检察院或各省、自治区、直辖市人大常委会在具体应用法律时,对立法原意的理解没有把握或者对立法原意的理解有分歧意见时,往往会向全国人大常委会工作机构提出询问,由工作机构进行研究提出意见,报经常委会秘书长同意后,向有关机关作出答复。常委会工作机构所作的法律询问的答复,一部分是属于法律如何具体应用的解释,也有一部分是法律常识性的解释。”<sup>[1](P. 219-220)]</sup>

在这些解释案例中,有的是针对某一类情况做出的抽象的、普遍适用的规则;有的是针对具体案件与事实,为了解决特定案件进行的法律解释,再由有关的国家机关遵守和执行,它所体现和包含的法律原则,对国家机关处理其他类似案件,具有参照适用的效力。就解释内容的性质而言,包括宪法

---

\* 周伟,法学博士,上海交通大学法学院教授,耶鲁大学法学院中国法中心、德国马克斯普兰克比较公法与国际法研究所访问学者,中国人民大学法学院宪政与行政法治中心特聘研究员,研究方向:宪法学。

解释、宪法性法律解释,刑法解释、民法解释或诉讼法解释。在全国人大常委会很少行使法律解释权的情况下,它的工作机构以法律解答形式出现的法律解释现象,成为中国法律解释制度中“不得已而为之的做法”<sup>[2]</sup>。为了研究的便利,本文称之为活的宪法解释案例,以区别于宪法规定的全国人大常委会有权做出而事实上没有以宪法解释的程序与形式做出的宪法解释。

就这类法律解释的内容涉及宪法解释的事项来看,有的涉及到宪法具体规定,也有的涉及宪法条文的具体含义,还有的涉及宪法的理解及其适用的范围,不仅为中国执行宪法和宪法性法律所必须,弥补了全国人大常委会在宪法执行过程中事实上没有开展解释宪法之不足,适应了国家机关执行宪法和宪法性法律的实际需要,而且也是实施普通法律所不可缺少的。其正当性、合法性得到实际执法部门的普遍认可与遵循,并作为法律渊源予以执行,成为宪法解释惯例。透过这些活生生的宪法解释案例,我们可以看到,在没有启动法律解释制度与程序的情况下,法律解释的实际运作过程起到了拾遗补缺的作用,构成实质意义上的法律解释的一部分。本文选择这些解释中明确法律界限的部分案例进行研究,透过这些案例可以看到:在中国法律解释实际运作中,法律询问答复如何在创设新的法律规范,起到事实上的立法解释之作用。

## 二、明确宪法规定的具体界限

宪法的具体界限,是指宪法规定的含义与使用范围等宪法本身的问题。从宪法解释的权限说,是一项只能由宪法解释机关即全国人大常委会依照宪法解释和法律解释法程序进行解释的事项,即使全国人大常委会,也不能依照解释普通法律的程序和方式,来解释宪法上的问题。在中国实际的宪法解释中,一些法律答复询问,构成了这类严格意义上宪法解释的案例,值得认真研究与思考。

### 1. 宪法第 60、61、64 条法定人数包括本数的界限

宪法第 61 条规定:“全国人民代表大会会议每年举行一次,由全国人民代表大会常务委员会召集。如果全国人民代表大会常务委员会认为必要,或者有五分之一以上的全国人民代表大会代表。”第 60 条规定:“全国人民代表大会每届任期五年。全国人民代表大会任期届满的两个月以前,全国人

民代表大会常务委员会必须完成下届全国人民代表大会代表的选举。如果遇到不能进行选举的非常情况,由全国人民代表大会常务委员会以全体组成人员的三分之二以上的多数通过,可以推迟选举,延长本届全国人民代表大会的任期。在非常情况结束后一年内,必须完成下届全国人民代表大会代表的选举。”第64条规定:“宪法的修改,由全国人民代表大会常务委员会或者五分之一以上的全国人民代表大会代表提议,并由全国人民代表大会以全体代表的三分之二以上的多数通过。法律和其他议案由全国人民代表大会以全体代表的过半数通过。”宪法在这4条规定的全国人民代表大会表决的法定人数,究竟包括本数,还是不包括本数,是应当由立宪者予以明确规定的事项。例如,《民法通则》第155条规定:“本法所称的‘以上’、‘以下’、‘以内’、‘满’,包括本数;所称的‘不满’、‘以外’,不包括本数。”《刑法》第99条规定:“本法所称以上、以下、以内,包括本数”。即使宪法本身没有规定,对于这样涉及到宪法本身适用的界限与范围的问题,也应当由宪法解释机关——全国人大常委会做出解释,而不应属于询问答复的范围。

但事实上,宪法规定的这些法定表决人数的含义与范围,并不是由宪法本身来予以明确的,也不是由全国人大常委会予以解释的,而是通过法律答复这种法律解释的形式来明确的。在1985年10月10日答复1985年10月8日关于《宪法中的“三分之二”是否包括本数》中,就对宪法规定的法定人数的具体含义予以说明。这个答复的全文如下(案例一:宪法60、61、64条法定人数包括本数):

“问:宪法第60条、第61条、第64条中的‘三分之二以上’、‘五分之一以上’是否包括本数在内?(1985年10月8日)

答:三分之二以上包含三分之二(1985年10月10日)。”<sup>[3](P.281)</sup>

这个答复,显然是以宪法解释机关,并且以有权解释宪法的身份,对宪法第60、61、64条中的“三分之二”、“五分之一”以上的界限,即是包括,还是不包括本数这个核心问题做出解答的。宪法这三条所涉及到的数字,并不是普通的、界限清楚的。一般情况下,可以理解为包括本数,也可以理解为不包括本数。这可以从1954年宪法的有关规定,以及1982年修改宪法的考虑得以说明。1954年宪法第29条规定宪法修改通过的法定人数为三分之二的多数,无“以上”二字。修宪者认为“这是不够严谨的,容易引起误解,如可能误解为全国人大代表的四分之三就不能通过宪法修改”<sup>[4](P.204)</sup>。

特别需要指出的是,在法制工作委员会的其他答复中,都是根据特定的部门机关提出的专门的询问,并结合具体的事实予以法律解释的。而这些法律解释涉及的内容,基本上是地方在执行宪法、宪法性法律方面所涉及的问题。而该答复涉及的宪法条款,其内容完全与地方执行宪法、宪法性法律没有任何直接的关系,也无间接的联系,而主要是与全国人民代表大会代表行使表决权相联系。

从上面列举的宪法第 60、61、64 条规定的内容来看,都属于全国人民代表大会代表或常务委员会组成人员行使权力方面的问题。提出这些问题的人,要么是全国人民代表大会代表,要么是全国人民代表大会常务委员会组成人员,而不可能像其他答复,是由其他国家机关和省、自治区、直辖市人大常委会提出的。这个法律解释未指明请求答复的机关或者部门,而是采取规范性文件的形式,通过问答这种答复,对宪法第 60、61、64 条规定的三分之二以上、五分之一以上法定人数的计算方式,明确界限,而这一界限的确定,无疑属于宪法制定机关的权限,本来应当在制定宪法时就做出明确的规定,以增强宪法规定的可操作性。从这个答复的实际作用看,没有它关于宪法第 60、61、64 条法定人数的解释,全国人民代表大会代表,全国人民代表大会常务委员会组成人员在依照宪法这三条规定行使权力,将在法定人数的计算方式上无法统一。

此外,全国人大常委会法制工作委员会还做出了关于宪法 113 条第 2 款关于民族自治地方人大常委会主任或者副主任是否由实行区域自治的民族公民担任的界限、宪法第 100 条规定的地方性法规与宪法第 116 条规定的自治条例与单行条例是两种不同形式的法律渊源、宪法第 116 条关于制定自治条例和单行条例的权限、宪法第 113 条第 2 款关于担任民族自治地方人大常委会主任、副主任人员的民族资格、宪法第 115 条关于民族自治地方变通权等宪法条文的解释案例。

### 三、明确宪法性法律规定的界限

宪法性法律是不成文宪法国家宪法的主要渊源。其含义是指具有宪法效力的法律文件<sup>[5](P.8)</sup>,即法律规则的总称。“它规定某特别政治团体的法律结构的基本和根本成分,他们之间的关系,权利分配及其职能”<sup>[6](P.202)</sup>。在

成文宪法国家,宪法性法律的范围与内容被一部成文的宪法典所包括,但仍然存在宪法典不能全部涉及到的宪法性法律。在不成文宪法国家,没有统一的成文宪法典,关于国家权力与公民基本权利的规定,分别规定在一些单行的宪法性法律之中,所以,宪法性法律构成宪法最重要的法律渊源。在我国,宪法性法律包括:关于国家及其权力的法律,例如,国旗法、国徽法、国籍法、领海及毗连区法、立法法等;关于国家机构的法律,例如,全国人民代表大会组织法、国务院组织法、人民法院组织法、法官法、人民检察院组织法、检察官法、代表法、全国人大议事规则、全国人大常委会会议事规则等;关于公民基本权利的法律,例如,选举法、游行集会结社示威法、工会法、妇女权益保障法、国家赔偿法、归侨侨眷权益保护法、宗教活动场所条例、残疾人保障法、未成年人保护法、戒严法等;关于中央与地方关系的法律,例如,香港特别行政区基本法、澳门特别行政区基本法、民族区域自治法、地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法、居民委员会组织法、村民委员会组织法等。在“活的”法律解释中,绝大部分解释所涉事项,都属于宪法性法律方面的内容。

### 1. 选举法法定人数的计算方式

1983年11月11日发布关于选举法法定人数的计算方式的法律解答,起到了明确法律界限的作用。1979年7月1日通过的《选举法》第38条规定:“各级人民代表大会的代表候选人,获得选区全体选民或者选举单位的代表过半数的选票时,始得当选。”该解答指出,该法规定的全体选民或代表数,不是指投票的选民或到会代表数,而是指全体选民或代表数。该答复指出(案例二:选举法法定人数计算方式):

“《选举法》第38条所说‘获得选区全体选民或者选举单位的代表过半数的选票时,始得当选’。第三款所说‘……但是得票数不得少于选票的三分之一’。这里所说‘过半数’和‘三分之一’是指全体选民或代表的‘过半数’和‘三分之一’还是指到会选民或代表数?”

答:这两处都是指全体选民或代表数,而不是指投票的选民或到会代表数”[7](P. 801)。

### 2. 选举法关于聚居的少数民族多的界限与人大代表名额另加百分之五的适用范围

《选举法》第9条第3款规定:“聚居的少数民族多或者人口居住分散的

县、自治县、乡、民族乡,经省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会决定,代表名额可以另加百分之五。”这里所规定的“多”是指聚居的少数民族的人口多,还是种类多,并不明确。此外,在中国地方行政区划中,乡和镇属于同一行政级别的行政区划,此款规定未提到镇,是否可以比照乡的规定办理,也存有不同的看法。天津市北辰区天穆镇常住人口 5.2 万,其中回族人口 1.7 万,占 32%。该镇的人大代表名额能否按照选举法第 9 条第 3 款之规定,另加百分之五?在选举过程中,有关方面向北辰区人大常委会选举办公室提出了这一问题。在 1995 年 6 月答复天津市人大常委会关于《少数民族人口较多的镇的人大代表名额能否另加百分之五》的询问中,明确了选举法本条规定的“聚居的少数民族多”中的“多”,不是指聚居的少数民族的人口数多,而是指“种类”多,从而明确了法律本身的界限。同时,也明确了选举法规定的人大代表名额另加百分之五,只限于县、自治县、乡、民族乡,不包括镇的适用范围。据此确定,天津市北辰区天穆镇,由于不是选举法规定的乡,镇人民代表大会代表的名额不能另加百分之五。该答复指出(案例三:《选举法》第 9 条第 3 款关于“聚居的少数民族多”的含义和人大代表名额“另加百分之五”的适用范围):

选举法第九条第三款规定:“聚居的少数民族多或者人口居住分散的县、自治县、乡、民族乡,经省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会决定,代表额可以另加百分之五。”其中“聚居的少数民族多”是指聚居的少数民族种类多,不是指人口数多,并且代表名额另加百分之五,只限于县、自治县、乡、民族乡,不包括镇。因此,天穆镇的人大代表名额不能另加百分之五<sup>[3](P. 206)]</sup>。

比较全国人大常委会做出的法律解释的内容与形式,可以清楚地说明,该答复为实质上的法律解释。在 2000 年 4 月 29 日第九届全国人大常委会第十五次会议通过的《中华人民共和国刑法第九十三条第二款的解释》中,对刑法第 93 条第 2 款规定的“其他依照法律从事公务的人员”进行的解释,可以发现,该答复就是一个标准的法律解释。

### 3. 人大代表非经人大常委会同意,不受“审判”的含义

在 1985 年发布的《关于执行地方组织法中一些问题的解答》规定(案例四:人大代表不受逮捕或审判中“审判”的含义与类型):

“《地方组织法》第 19 条规定:‘县级以上地方各级人民代表大会代表,

非经本级人民代表大会常务委员会同意,不受逮捕或审判’。这里的‘审判’,指的是刑事审判,不包括民事审判;第19条规定的‘如果因为是现行犯被拘留’指的是‘刑事拘留’”<sup>[7]</sup>(P.813)。

在这个解释中,具体地明确了地方组织法关于“审判”和“拘留”的含义,弥补了立法上的漏洞。在修改地方组织法之前,各地就是按照该解释界定的“审判”与“拘留”的范围,执行地方组织法的有关规定的。该解释在后来法律修改时,被1986年修改地方组织法时直接吸收在立法之中。对此,直接参与修改该法的立法专家陈斯喜先生评论说,“1986年12月全国人大常委会修改法律时,按照解释对组织法的这一规定进行了修改”<sup>[1]</sup>(P.231)。

#### 4. 检察院组织法中“下级检察院”的界限

在2000年6月27日答复湖南省人大常委会关于《检察院组织法第26条中‘下级检察院’是指下一级还是下两级》中,明确了全国人大常委会可以撤销的‘下级检察院’,只是下一级,即省、自治区、直辖市检察院;而省、自治区、直辖市检察院可以撤销的‘下级检察院’,则包括其下属的各级,即设区的市、设区的市所辖的区、县的检察院两级。指出(案例五:检察院组织法第26条中‘下级检察院’的界限与含义):

“检察院组织法第二十六条规定:‘全国和省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会根据本级人民检察院检察长的建议,可以撤换下级人民检察院检察长、副检察长和检察委员会委员’。根据这一规定,全国人大常委会根据最高人民检察院检察长的建议,可以撤换省、自治区、直辖市检察院检察长、副检察长、检察委员会委员;省、自治区的人大常委会根据本级人民检察院检察长的建议,可以撤换它以下的各级检察院检察长、副检察长、检察委员会委员的职务”<sup>[8]</sup>(P.478)。

#### 5. 检察院组织法“重大问题”是否包括“重大案件”

《检察院组织法》第3条第2款规定:“各级人民检察院设立检察委员会。检察委员会实行民主集中制,在检察长主持下,讨论决定重大案件和其他重大问题。如果检察长在重大问题上不同意多数人的决定,可以报请本级人民代表大会常务委员会决定”。此处规定的“其他重大问题”,是否包括本条所指的“重大案件”,无疑属于法律界限的问题。在1986年1月25日答复浙江省人大常委会的请示中指出(案例六:检察院组织法“重大问题”是否包括“重大案件”):



“检察院组织法第 3 条第 2 款中的‘重大问题’包括重大案件。但在工作中,对具体刑事案件处理,似以由检察院与上级检察院和有关部门研究处理为好”<sup>[9]</sup>(P. 451)。

6. 强制集中教育、强制检查治疗、留置盘问是否属于代表法规定的“其他限制人身自由措施”,地方组织法第 35 条中规定的“拘留”是否包括行政拘留、司法拘留、留置盘问,对两级人大代表会议代表采取限制人身自由措施是否须报经两级人大许可?代表法第 30 条第 2 款规定:“对县级以上的各级人民代表大会代表,如果采取法律规定的其他限制人身自由的措施,应当经该级人民代表大会主席团或者人民代表大会常务委员会许可。”地方组织法第 30 条规定:“县级以上的地方各级人民代表大会代表,非经本级人民代表大会主席团许可,在大会闭会期间,非经本级人民代表常务委员会许可,不受逮捕或者刑事审判。如果因为现行犯被拘留,执行拘留的公安机关应当立即向该级人民代表大会主席团或者常务委员会报告。”在 1998 年 11 月 26 日答复江西省人大常委会的请示中指出(案例七:强制集中教育、强制检查治疗、留置盘问是否属于代表法规定的“其他限制人身自由措施”,地方组织法第 35 条中规定的“拘留”是否包括行政拘留、司法拘留、留置盘问,对两级人大代表会议代表采取限制人身自由措施是否应报经两级人大许可):

“一、代表法第三十条规定,对县级以上地方各级人大代表采取法律规定的其他限制人身自由的措施,应报经同级人大主席团或常委会许可。强制检查不属于法律规定的其他限制人身自由的措施。强制治疗是否属于法律规定的其他限制人身自由的措施,需要研究,对人大代表采取这一措施,建议向同级人大主席团或常委会报告。留置盘问在短时间内限制了人身自由,对人大代表采取这一措施,应向人大主席团或常委会报告。

二、地方组织法第三十五条规定,如果因为现行犯被拘留,执行拘留的公安机关应当立即向该级人民代表大会主席团或者常务委员会报告。这里的‘拘留’不包括行政拘留、司法拘留。行政拘留、司法拘留属于代表法第三十条规定的‘其他限制人身自由的措施’,对县级以上人大代表采取行政拘留或司法拘留措施,应报同级人大主席团或常委会许可。

三、对同时担任两级的人大代表采取限制人身自由的措施,是否需分别报两级人大许可,法律没有明确规定,建议分别报经两级人大常委会许可。”<sup>[8]</sup>(P. 364—365)