

中国法学精萃系列丛书



中国宪法学精萃

(2002年卷)

法苑精萃编辑委员会 编

01-53



机械工业出版社
CHINA MACHINE PRESS



中国法学精萃系列丛书

中国宪法学精萃

(2002 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



机械工业出版社

本书精选 2001 年度全国报刊公开发表的有代表性的优秀宪法学论文编辑而成。主要包括：“因特网时代的宪法学研究新课题”、“宪政与中国”等。涵盖学科论要、基础理论研究、基本权利研究、宪政制度研究、比较宪政研究几个方面。这些论文代表了 2001 年度我国宪法学的发展水平，可供法律专业高年级本科生、法律硕士研究生、准备考研的人士以及法学教研人员和法律工作者阅读参考，也可作为年鉴由图书馆资料室收藏。

图书在版编目 (CIP) 数据

中国宪法学精萃. 2002 年卷/法苑精萃编辑委员会
编. —北京: 机械工业出版社, 2002. 9
(中国法学精萃系列丛书)
ISBN 7-111-10766-7

I. 中… II. 法… III. 宪法—法的理论—研究—中国
IV. D921. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 058119 号

机械工业出版社(北京市百万庄大街 22 号 邮政编码 100037)
责任编辑:梁代军 封面设计:耿金云 饶 薇
责任印制:闫 焱
北京京丰印刷厂印刷·新华书店北京发行所发行
2002 年 9 月第 1 版·第 1 次印刷
1000mm×1400mm B5·9.5 印张·2 插页·315 千字
印数:0 001—4 000 册
定价:26.00 元

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社发行部调换
本社购书热线电话(010)68993821、68326677-2527
封面无防伪标均为盗版

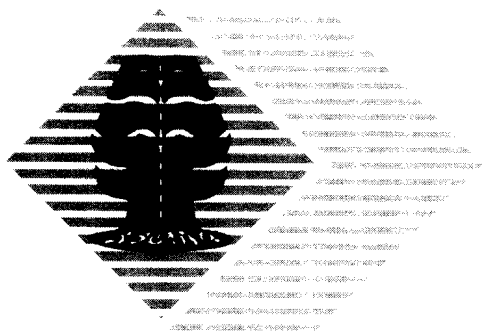
法苑精萃编辑委员会

编委会人员组成：(以下按姓氏笔划排序)

- 王保树 清华大学法学院院长、教授、博导
王家福 中国社会科学院法学所研究员、博导
王利明 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
公丕祥 江苏省高级人民法院常务副院长，南京师范大学教授、博导
石少侠 国家检察官学院副院长，吉林大学法学院教授、博导
付子堂 西南政法大学副校长、教授
龙宗智 西南政法大学校长、教授、博导
田平安 西南政法大学教授、博导
石泰峰 中共中央党校副校长、教授、博导
江 平 中国政法大学终身教授、博导
李 龙 浙江大学法学院院长、教授、博导
李昌道 复旦大学法学院院长、教授
朱景文 中国人民大学法学院教授、博导
孙宪忠 中国社会科学院法学所研究员、博导
张文显 教育部人文社会科学重点研究基地——吉林大学理论法学研究中心主任，吉林大学副校长、教授、博导
张晋藩 中国政法大学终身教授、博导
陈卫东 中国人民大学法学院教授、博导

- 陈光中 中国政法大学终身教授、博导
- 陈兴良 北京大学法学院副院长、教授、博导
- 陈明华 西北政法学院院长、教授、博导
- 吴汉东 中南财经政法大学校长、教授、博导
- 吴志攀 北京大学副校长、教授、博导
- 何勤华 华东政法学院院长、教授、博导
- 郑成良 国家法官学院常务副院长、教授、博导
- 郑成思 中国社会科学院法学所研究员、博导
- 郝铁川 中共上海市委宣传部副部长，华东政法学院教授、博导
- 赵秉志 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
- 胡建森 浙江大学副校长、教授、博导
- 徐显明 中国政法大学校长、教授、博导
- 高鸿钧 清华大学法学院副院长、教授、博导
- 梁慧星 中国社会科学院法学所研究员、博导
- 黄 进 武汉大学教务长、教授、博导
- 崔建远 清华大学法学院教授、博导
- 曹建明 最高人民法院副院长、教授、博导
- 曾宪义 中国人民大学法学院院长、教授、博导
- 曾令良 武汉大学法学院院长、教授、博导
- 霍存福 吉林大学法学院院长、教授、博导
- 总 主 编
- 张文显 教育部人文社会科学重点研究基地——吉林大学理论法学研究中心主任，吉林大学副校长、教授、博导

总策划 法苑精萃创作中心



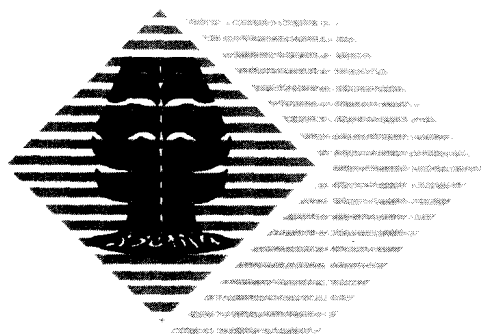
法苑精萃编辑部

主 任 刘保文

委 员 (按姓氏拼音排序)

常淑茶 梁代军

孙森林 肖振生



序

当今是知识爆炸的时代，又是时间四分五裂的时代，这就形成了无限的知识与有限的时间之间的矛盾。其实这也是人生的矛盾，求知的本性与短促的人生的矛盾，这一矛盾深深地困扰着人类。

解决这一矛盾的努力无非有两种。第一种是充分利用时间。但会受到人的生理因素的制约，加上人生必要时间的支付，即使再充分利用时间，每人每天也只有24小时，因而这种努力未必真正有效。看来比较有效的是第二种，即对爆炸的知识进行甄别、挑选，取其精华，弃其糟粕。众所周知，著作虽多，但真正有永久价值的经典之作总是少数。择善而从，是人生的原则，自然也是读书求知的原则。读书求知的有效方法是取精用宏、含英咀华，读精品之作、经典之作。经典著作是知识的浓缩、思想的精华，读经典著作是纲举目张、事半功倍，恰似“与君一席谈，胜读十年书”，可以说，不读经典著作就谈不上真

正的读书求知。

法治是治国安邦的大政国是，是全球大势和时代主题，也是人类智慧聚焦之所在。在步入法治社会的当代中国，法学日益成为一门显学，每年发表的法学作品数以万计。法律是时代精神精华的确认，法治是时代精神精华的贯彻，法学是时代精神精华的写照。法学必须是精华，只有精华才配称为法学，只有法学经典著作才是值得供人解读的真正的法学文本。人们希望快捷地找到其中那些真正有价值、有影响、堪称经典的作品。编选《中国法学精萃》系列丛书即是出于此种考虑。

考量著作是否精品、经典有以下标准：

一是思路新奇。学术的生命在于创新，学术的发展新新不已，学术创新之处正是学术精华所在。那些筚路蓝缕、独辟蹊径、开天辟地、振聋发聩之作当属精品、经典之作。

二是资料详实。思想没有全新的，学术是承先启后和不断推陈出新的，对大量的已有资料的搜集、占有、爬梳、概括、提炼本身就是十分重要的学术工作，而在这个基础上的研究才不是无源之水、无本之木。那些钩沉发隐、洞烛幽微、经纬百家、茹古涵今、集大成者当属精品、经典之作。

三是思想深刻。学术的使命是求真，追求真理。但真理作为规律是内在的、深刻的，这就决定了学术思想必须深刻，不深刻不足以入理。思想深刻是学术的价值所在、尊严所在，也是精华所在。那些体大思精、高瞻远瞩、笔扫千军、慎思明辨、警世谕人之作当属精品、经典之作。

四是传世之作。在所有的批判中，最伟大、最正确、最天才的是时间。精品、经典之作不仅是时代精神的精华，而且是时代精神的超越，是经得起时间批判的传世之作。那些与时俱进、雄视百代、历久弥新、嘉惠新学、启迪后人之作当属精品、经典之作。

当然，上述标准是很高的，也许身不能至，但心向往之。我们把

它们作为行动的旗帜和追求的目标，并为此而与人们一道不懈努力。

对于本系列丛书来说，我们希望达到以下目标：

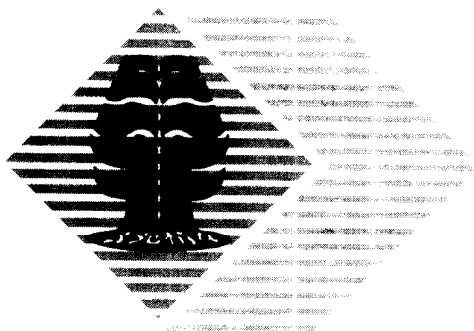
一是起到年鉴的作用。从每年公开发表的法学文章中精选出有代表性、权威性、经典性的文章，铭记法学各学科每年的发展状况和学术进展，以供图书馆、资料室收藏。

二是具有教研资料的作用。资料是教研的基础，了解把握研究动态是为教为研之始，本套丛书可以成为教研人员床头案前之必备。

三是具有考试指南的作用。近几年法学硕士、博士考试愈来愈热、人数愈来愈多，每个考生在复习过程中，都要查找、复印、装订相关的有代表性、权威性、经典性的文章仔细研读，极其烦难不便，本系列丛书恰能予以弥补，提供方便。

我们的工作把我们推到了审判官的位置，但我们没有火眼金睛，或许有时还有眼无珠，难免良莠不分，取舍不当。我们在提请公众批判理解的同时，也虔诚地希望公众热情参与，把自己所认为的精品、经典之作推荐给我们。俟条件允许，我们也会敬请有关专家、学者进行评选，以求名至实归、不负众望。

总主编 张文显

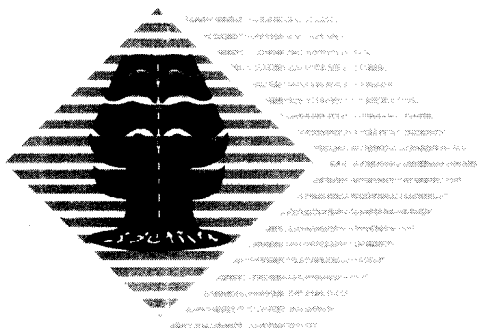


目 录

序

第一部分 学科论要	1
韩大元 因特网时代的宪法学研究新课题	3
周叶中 周佑勇 宪法学理论体系的反思与重构	12
杨海坤 上官丕亮 宪法法部门初探	30
赵世义 经济宪法学基本问题	39
第二部分 基础理论研究	53
李步云 宪政与中国	55
林广华 论宪政与民主	79
莫纪宏 论宪法原则	92

汪进元	论宪法的正当程序原则	103
洪世宏	知行合一的法律：正名、宪政及法律理性	115
殷啸虎	宪法的根本法特征问题新探	147
张海延	法律应合乎宪法 ——就“无所谓合不合宪法”的质疑	157
第三部分 基本权利研究		167
杜承铭	论表达自由	169
第四部分 宪政制度研究		181
郭道晖	建构我国宪政立法体系策议	183
崔智友	中国村民自治的法学思考	195
第五部分 比较宪政研究		213
(俄) B·马乌著 阎洪菊译	论宪法对社会经济的调控作用	215
张千帆	论美国总统大选中的宪政问题	229
汉斯·凯尔森 张千帆译	立法的司法审查 ——奥地利和美国宪法的比较研究	277
附录 2001 年度全国主要报刊宪法学论文索引		289



第一部 分 学 科 论 要

因特网时代的宪法学研究新课题

韩大元

因特网技术的迅速发展与在社会生活中的广泛运用给现代宪法学的研究带来了新的课题,同时提供了宪法学发展的机遇。由于因特网技术的广泛运用,传统宪法的理论体系、调整范围与调整方式、研究方法等需要更新与发展。在宪法学发展的历史上,每次重大的科学技术的发明都在不同程度上影响宪法理论的发展进程,推动宪法学从不成熟逐步走向成熟。本文主要探讨因特网技术给现代宪法学研究带来的新课题与宪法学的对应措施。

一、因特网技术的宪法学意义

网络技术是继报纸、广播电台、电视台之后出现的重要的传播手段,广泛影响着社会结构与人们的生活方式。根据国际电信联盟的统计,截至1999年3月,全球互联网络用户已经突破了1.67亿,联入网络的国家和地区已有187个,预计到2002年,用户将增加到3~10亿^①。网络技术的发展已经形成了一种特殊的现象,即出现了“在线空间”(Cyberspace),扩大了人类生活的领域。在30年以前,因特网刚刚被发明时,只有两台计算机互相交换非常简单的信息,但到了20世纪90年代,因特网运用范围得到扩大,从非营利目的的运用发展到企业经营活动的重要形式,为电子商务的发展提供了现实的基础。随着因特网时代的到来,出现了现实空间与在线空间并存的局面,法律的现实在两个空间之中既要相互交流,同时又要各自形成自己的理论结构与体系。在线空间中存在的各种法律现象尽管同现实空间的法律现实保持必要的联系,但新的空间领域需要新的调整方式与调整规则,不能简单地以传统的现实空间中采用的法律调整方式解决问题。由于因特网技术的发展而形成的在线空间中存在的法律现实具有自身的特

^① 李永纲:《互联网络与民主的前景》,载《江海学刊》,1999年第4期。

点,将出现新的行为主体与行为模式。正如有的企业家所说,因特网技术出现,使得“因特网出现之前的所有社会机制都将面临生存危机,企业、国家、社会、个人,都需要适应新的生存环境”。

由于宪法体制在整个国家体制中居于重要地位,宪法价值构成政治共同体的基础,因此宪法学及其宪法体制在因特网技术的发展过程中将面临新的挑战。因特网技术本身具有的特点赋予宪法学新的内涵。从宪法的角度看,因特网技术具有如下特点:①双向性功能的强化。随着因特网技术的发展,信息社会主体地位发生了变化,个人通过因特网可以自主地搜集信息,从享有信息资源的被动地位转变为主体地位,改变了信息传播的基本格局。②通过因特网的技术传播与信息交流是自由的,一般不受特定国家和权力的控制,具有分散的结构。③因特网是一种开放的结构,架起了人们之间相互交流的纽带,其交流不受交流者条件的限制。④因特网给人们的社会关系带来新的变化。由于因特网技术给人们提供资源共享的极其广泛的领域,人们在相互的交流中需要建立新型的关系。据美国 CNN 的民意调查,66%的人认为,使用 E-mail 同家人和朋友们交谈后感到人际关系得到了加强,24%的人平均每天发 5~10 次的 E-mail。社会性的加强实际上扩大了宪法的调整领域,丰富了宪法调整的方式。由此可见,因特网技术与宪法发展是一种互动的关系。当然,在因特网的发展进程中我们既要看到因特网技术给宪法学发展所带来的机遇,同时也要看到可能造成的负面影响,特别是注意宪法理论的构成与面临的课题积极寻求对应措施。

二、因特网技术的价值与宪法价值的冲突

因特网技术的出现给宪法体制与宪法理论带来的影响是极其深刻的。新的社会生活的出现可能导致与传统宪法理论之间的矛盾与冲突,使两者在新的层次上达到融合。

(一) 宪法学基本范畴与因特网

因特网技术的发展首先在宪法学的基本范畴领域产生重要的影响,推进宪法学理论推陈出新的局面。一方面,因特网技术的成果直接成为宪法的调整对象,或者直接影响宪法学研究方法、研究内容及其原则的发展与变化。另一方面,由于在线空间的出现,传统宪法学理论中的主权观念面临新的挑战,使构成国家主权的各种要素发生相应的变化。有的学者认为,高科技发展对当代国际关系的影

响体现在能制约国家主权行使的范围、改变各个国家政府议事日程,并加速国际结构的革新和变迁,使其具有面向全球的功能^①。主权概念面临的新课题深刻地影响传统宪法理论的结构与范畴体系,要求建立新的理论体系。因为传统的宪法学范畴是以现实空间的法律关系的调整为出发点而建立的,对在线空间的各种宪法现象的调整缺乏必要的理论准备与认识工具。宪法的基本功能是协调国家权力与公民权利之间的相互关系,形成社会的政治共同体的基础。在反映、协调民意的过程中,宪法学所确立的范畴体系是非常重要的,范畴与实际调整的社会现实之间应保持内在统一性。在因特网时代,人们普遍公认的宪法概念、宪法功能、宪法调整方式等都会发生变化,需要在实践中逐步确立适合现实需求的理论体系。

(二) 宪法体制与因特网

因特网技术的迅速发展对现代宪政体制的结构与运行产生重要影响。

1. 政治参与方式发生变化

由于因特网技术的发展,公众参与政治的热情得到提高,参与方式日益多样化。随着信息的大最获取,公众对宪政体制运行的评价标准与方式也发生相应的变化,不断寻求新的未来政治参与的结构与模式。在我国,网民已超过1 000万人,预计三五年后会有更大的发展。网络的信息容量大,传播速度快,在客观上要求宪政体制在更大的范围内反映民意,依照民意的需求调整运行机制。如果宪政体制的运行与民意之间缺乏协调的话,宪政体制的运行就会遇到障碍,宪法体制就会失去必要的社会基础。

2. 民主政体在因特网技术的影响下表现出新的特点

有的学者从三个方面探讨了网络发展对民主的积极作用:①网络发展削弱了集权控制的能力;②网络发展改善了民主参与的技术手段;③网络发展凸现了少数派权力^②。由于获得信息的方便与数量的增加,按照传统宪法理念建立的民主政体面临新的课题,理念与实际体制之间发生新的冲突与矛盾。学者们普遍认为,伴随着因特网时代的到来出现了电子民主主义的新现象,它作为代议民主主义的补充,有助于发展直接民主主义。代议政体的基础是民意的集中与提炼,民意的变化不断影响政体本身的变革与变迁。传统的代议政体是以民意的相对集中

① 冯江源:高科技发展与国际政治的改组,载《欧洲》1995年第2期。

② 李永纲:互联网络与民主的前景,载《江海学刊》1999年第4期。

为其存在条件的，而因特网时代信息的大量增加使民意的集中与提炼具有广泛性与直接性，推动代议政体向直接民主政体的转变。这种转变的主要表现是：国会的运作方式的变化，即国民与选民的自由委任关系实际上变为羁束委任关系，议员（代表）们对通过因特网而表现的选民的意志与要求必须予以高度重视，以选民意志作为履行职责的基础；议员（代表）活动的透明度的提高推动代议政体的公开化，甚至在不远的将来可能出现议员活动实名制，为选民提供评价议政活动的指标，以实现选民的了解权。这种趋势与传统政体下的投票秘密保护原则发生矛盾。

3. 因特网技术的发展正在改变传统的权力结构与分配机制

因特网时代出现的直接民主的价值透过现代权力结构与运行机制赋予其新的内容意义。随着在线空间的出现，现行权力结构内部与外部关系都会发生相应的变化。从总的发展趋势看，未来的权力调整机制运作中出现权力结构内部与外部关系并存的两元化的框架，只靠传统的内部关系的规则无法有效地调整在线空间的社会现实。如何把制度内的调整和制度外的调整合理地结合起来是因特网时代宪法学研究面临的重要课题。在立法权的构成与活动方面，公开性、民主性、协调性与生活化始终贯穿在立法权运作过程之中，使立法权更加贴近百姓的生活，增加社会成员参与立法过程的现实可能性与多样化的途径。因特网技术对行政权的运作带来的冲击与挑战是十分明显的。利用信息技术调整行政组织结构与履行的职责，为国民提供完善的行政服务的“电子政府”的出现将代表未来政府组织的变化趋势，主要表现在：通过信息公开推进参与民主主义理念的实现；传统行政组织体制下存在的行政秘密主义转变为行政公开主义体制，扩大行政的民主基础；因特网技术推动以管理为主的管理型行政体制向以服务型为主的行政组织的转变，扩大行政的民意基础；政府工作的透明度进一步得到提高等。因特网技术对司法权产生的影响是学者们普遍关注的问题，在司法权领域，传统理论与实际生活之间的矛盾比较突出。尽管目前在体制上还看不出因特网技术的直接影响，但可以预料不久的将来我们可能面临因特网法庭，陪审制度向通过因特网的国民审判或因特网法庭发展。在司法民主主义的发展中，国民的法律意识将得到普遍提高，司法不再成为远离国民的权力系统，国民的了解权在司法活动中得到充分反映。因此，以公正、公开与民主为目标的司法改革将在因特网时代具有特别重要的意义。

由此可见，在因特网时代，传统的权力结构与功能将会发生深刻变化，需要