

## 宪法学主要论文简介（2012年1-2月）

2012年1-2月，15种主要法学期刊上共发表宪法学论文21篇，其中，宪法基础理论16篇，基本权利2篇，国家机构3篇。

本简介还选取了15种刊物之外具有代表性的宪法学论文5篇，涉及宪法基础理论3篇，基本权利2篇，国家机构0篇。

两部分相加，本简介共包括2012年1-2月发表的宪法学论文26篇，其中，宪法基础理论19篇，基本权利4篇，国家机构3篇。

欢迎提出补充建议。如对本栏目有任何意见或建议，请发邮件至 [tianwei0318@sina.com](mailto:tianwei0318@sina.com)。

### 壹、宪法基础理论（19篇）

#### 1、翟国强：《宪法判断的正当化功能》，载《法学研究》2012年第1期

**作者简介：**翟国强，法学博士，中国社会科学院法学研究所副研究员。

**内容摘要：**对于特定国家行为的合宪性作出具有法律效力的宪法判断，有助于实现基本权利的保障和法律体系的统一。除此之外，对国家行为的正当化也是宪法判断所能实现的一个重要功能。宪法是法律体系的正当性基础，通过对法律规范作出合宪判断，可以直接强化其宪法上的正当性，而即便是违宪判断，通过法律技术的运用和处理，也可以实现对特定法律规范或国家行为的正当化功能。

**关键词：**宪法判断 合宪性 合宪判断 违宪判断

## 目次

### 一、宪法判断正当化的依据

#### (一) 宪法正当性的来源

#### (二) 依据宪法的正当化和超宪法的正当化

### 二、通过合宪判断的正当化

#### (一) 典型的合宪判断

#### (二) 附条件的合宪判断

#### (三) 合宪化修改

#### (四) 合宪判断正当化的界限

### 三、违宪判断与正当化

#### (一) 违宪的法律效果

#### (二) 违宪判断如何维系正当性

#### (三) 违宪法律作为纠偏机制的意义

**2、王书成：《从合宪性推定到权力谦抑主义——香港“郑家纯等诉立法会”案中的解释方法与司法哲学》，载《法学家》2012年第1期**

**作者简介：**王书成，法学博士、政治学博士后，香港城市大学中国法与比较法研究中心研究员。

**内容摘要：**香港“郑家纯等诉立法会”案的判决涉及“香港立法会的调查委员会是否有权传召当事人”这一颇具争议的问题。针对当事人提出

的“立法会调查委员会越权”的主张，在进入司法审查后，法院面对的是如何选择具体的方法来进行审查。虽然从文本看，香港《基本法》并没有明确赋予立法会的调查委员会以传召当事人的权力，但法院采取合宪性推定方法，认为《基本法》没有禁止立法会通过调查委员会来行使证人传召权，并判决立法会的调查委员会不存在越权情形。这种对立法机关持谦抑姿态的方法论在一定程度上超越了形式文本，在本质上建基于《基本法》架构下国家不同权力间的关系维度，具有宪法上的正当性，并且对当下中国宪法方法的建构具有启示意义。当然，香港立法会调查权的行使必须以《基本法》为依据，以香港特殊的行政主导制为基础，这又从另一面体现了立法权对行政权的谦抑。

**关键词：**“郑家纯等诉立法会”案 谦抑主义 合宪性推定 基本法

## 目次

- 一、越权：当事人的挑战
- 二、一种超越文本的解释
- 三、合宪性推定：法院的方法
- 四、权利谦抑主义——必然抑或偶然？
- 五、结语

3、王锴：《宪法解释的融贯性》，载《当代法学》2012年第1期

**作者简介：**王锴，北京航空航天大学法学院副教授，法学博士。

**内容摘要：**佩策尼克的融贯性理论要求理由之间的相应证立，德沃金的融贯性解释理论要求法官对法律的解释与体制中的价值观念相一致，法农教授的融贯性宪法解释理论要求不同的宪法论证尽量符合法治、政治民主性、通过尊重个人权利推动实质正义的价值要求。中国宪法学也出现了解释方法多元主义的特征，要保持宪法解释的融贯性，就需要寻找中国宪法的“宪法核”。

**关键词：**融贯性 反思性平衡 价值论证 宪法核

## 目次

- 一、法释义学中的融贯性
  - (一) 融贯性的概念
  - (二) 法释义学中的融贯性概念
- 二、德沃金的融贯性解释理论
- 三、构建一种融贯的宪法解释理论
- 四、如何达到宪法解释的融贯性？
- 五、如何构建中国宪法解释的融贯性？

**4、于明：《政体、国体与建国——民初十年制宪史的再思考》，载《中外法学》2012年第1期**

**作者简介：**于明，华东政法大学讲师。

**内容摘要：**对于民初十年制宪史的重新检视表明，导致宪法迟迟未能颁

布的原因，并不只是军阀势力的干预，还同时源自国会内部在有关“政体”和“国体”等问题上的争论不休。而在这些争论的背后，真实的冲突来自于作为军阀政治本质的派系政治，其根源在于民初政治在构建统一主权国家的“建国”问题上的不足。而 1923 年宪法及其法统最终被否弃的原因，也就并非只是因为“贿选”导致的宪法危机，而更多地来自于从军阀政治和宪法政治向党国政治转型的重大政治变迁，是人们在建国问题上的重新思考与道路转折。

**关键词：**政体 国体 建国 军阀 宪政

## 目次

### 一、问题的提出

### 二、政体问题：以解散权为例

#### (一)《天坛宪草》中的讨论

#### (二) 宪法续议中的争论

### 三、国体问题：省制与省宪

#### (一) “省制”入宪？

#### (二) “省宪”还是“省自治法”？

### 四、宪法争端的背后？

### 五、建国道路的再选择

#### (一) “法统”废弃的反思

#### (二) 从“宪政”到“党政”

## 5、张龔：《人民的成长与摄政的规范化——辛亥革命以来的人民意志建构及其先锋队》，载《中外法学》2012年第1期

**作者简介：**张龔，德国基尔大学法学博士，中国人民大学法学院讲师。

**内容摘要：**现代政治较之古代并未摆脱统治权与其主体分离的事实，使得摄政至今仍不失其必要性。由此，现代民主政治就面临相同而更为复杂之问题：一旦以虚拟的人民取代君主，民主国家势必缺乏统治的判断力与行动力，那么，新生人民是否都需要摄政以及如何成长？英国对待摄政乃是采行立法，对功能加以理性化。理性化进一步体现为摄政为代表之历史原型。除了要担负起监护人民的摄政功能，代表还需构建和贯彻公共意志。孙中山洞察到“训政”的必要，却失于规范化考虑，仅从政治上层构建人民意志；共产党则扬弃训政为人民意志构建，从下层民众出发，先后担当起社会意志构建、民族意志构建以及现代化建设的先锋队，虽不乏波折，却是行进在理性化与规范化的道路之上。

**关键词：**统治权主体 摄（训）政 理性化 人民意志建构 先锋队

### 目次

#### 引言

一、摄政与统治权主体更迭的例外状态

二、君主立宪后的“摄政法”

三、谁是人民的“摄政”者？

四、孙中山的“训政”理论

## 五、训政之局限与人民意志建构的先锋队

### (一) 意志建构与人民成长

### (二) 训政约法：摄政的规范化还是政治化

### (三) 人民意志建构的先锋队

## 六、结语

## 6、钱宁峰：《“统治权”：被忽视的宪法关键词》，载《中外法学》2012年第1期

**作者简介：**钱宁峰，南京师范大学法学院博士后流动站科研人员。

**内容摘要：**“统治权”是近代中国宪法史中被忽视的宪法关键词。该词汇在明治宪法制定过程中被创制，并影响了近代中国。近现代中国宪法文本中“统治权”的含义可以类型化为“大权”、“国家权力”和“主权”。

“统治权”在宪法史中的频繁出现，一方面表明了一个法律词汇的独立存在的价值，另一方面具有特殊的政治功能，即概念的政治化过程就是政权合法性论证的过程。从历史演变来看，“统治权”让位于“主权”，并逐渐被抛弃。

**关键词：**统治权 宪法 关键词

## 目次

一、“统治权”：一个视而不见的宪法关键词

二、“统治权”的创制与传播

### 三、“统治权”含义的多重表达

(一)“统治权”即“大权”

(二)“统治权”即“国家权力”

(三)“统治权”即“主权”

### 四、“统治权”的法政功能

(一) 法律功能

(二) 政治功能

### 五、“统治权”的消亡和重拾

### 六、结语

## 7、夏泽祥：《作为公法与根本法的宪法》，载《法学》2012年第2期

**作者简介：**夏泽祥，山东师范大学法学院。

**内容摘要：**公法与私法的划分是具有普适意义的学术分析方法。尽管两者的界限具有模糊性，但两者的划分对于当下的中国仍具有重要的法治意义。从宪法的公法属性出发，否定宪法对于私法的基础作用是错误的。为了说明宪法对于私法的基础作用而怀疑宪法的公法属性也是不正确的。具有公法属性的宪法，不仅可以充当公法的立法依据，而且能够成为私法的立法基础。宪法的根本法地位是独一无二的。

**关键词：**公法 私法 根本法 宪政

### 目次

一、引言

二、关于公法与私法划分的再认识

三、对“宪法不属于公法”及“宪法具有私法属性”的质疑

(一) 对“宪法不属于公法”的质疑

(二) 对“宪法具有私法属性”的质疑

四、应当将宪法视为公法

五、具有公法属性的宪法何以成为根本法

(一) 宪法作为根本法，归根到底是由其功能和性质决定的

(二) 宪法具有根本法地位，在于它能够成为公法、私法的立法依据或基础

六、宪法是唯一的根本法

七、结语

8、周永坤：《宪法与人名研究》，载《法学》2012年第1期

**作者简介：**周永坤，苏州大学王健法学院。

**内容摘要：**宪法中出现人名有两种情况：一是宣示立宪者，二是宣示意识形态。“人名宪法”主要出现在东方，现行的“人名宪法”属于社会主义宪法和伊斯兰宪法。但是社会主义宪法的始祖及蓝本中并没有人名，社会主义全盛时期的宪法中有人名的也是少数。中国宪法中出现人名的冲动在1970年，完成在1975年《宪法》，高峰在1978年《宪法》，1982年《宪法》中人名意义有所减弱。“人名宪法”的出现有复杂的

原因，但东方文化中的个人崇拜及单一意识形态传统当是主因。在实践中，凡是在“人名入宪”的地方迄今还没有成功的宪政先例，这一现象或许表明人名入宪与宪法逻辑失洽。

**关键词：**宪法 人名 原因 逻辑

## 目次

- 一、宪法文本中的人名
- 二、人名入宪的历程与现状
- 三、宪法中为什么会出现人名？
- 四、结论？

**9、周叶中、梁成意：《论中国宪法学家的使命》，载《现代法学》2012年第1期**

**作者简介：**周叶中，法学博士，武汉大学法学院教授；梁成意，华东交通大学副教授，武汉大学法学院博士后研究人员。

**内容摘要：**宪法学家的古典形象表明，学术追求与政治担当是宪法学家的双重使命。中国宪法学家的学术追求在于：发掘历史经验，拓展研究领域；洞悉历史逻辑，揭示宪政规律；立足客观实在，形成宪法共识；围绕中国问题，构建中国特色社会主义宪法学。而中国宪法学家政治担当（推进民主政治）的基本维度在于：中国国情是发展民主政治的基础，宪法思维是促进民主政治的核心，政治智慧是实现民主政治的关键。

**关键词：**古典政治哲人 宪法学家 学术追求 政治担当

## 目次

一、宪法学家的古典形象：政治哲人

二、学术追求：拓展研究领域，把握宪政规律，形成宪法共识，构建中国特色社会主义宪法学

（一）发掘历史经验，拓展研究领域

（二）洞悉历史逻辑，把握宪政规律

（三）立足客观实在，形成宪法共识

（四）围绕中国问题，构建中国特色社会主义宪法学

三、政治担当：推进中国特色社会主义民主政治

（一）中国国情是社会主义民主政治的基础

（二）宪法思维是促进社会主义民主政治的核心

（三）政治智慧是推进社会主义民主政治的关键

结语

10、李海平：《论社会宪政》，载《法律科学》2012年第1期

**作者简介：**李海平，法学博士，吉林大学法学院副教授。

**内容摘要：**社会宪政既不同于传统的国家宪政，也不同于所谓的“新宪政”论，它是以规范和调控社会权力为核心的宪政形式。国家公共领域和社会公共领域并存的公共领域二元化结构是社会宪政的社会学基础，

社会公权力和人性尊严的密切关系是社会宪政的价值论基础，人性的善恶双重性是社会宪政的人性论基础，国家宪政对社会宪政的兼容性是社会宪政的政治学基础。在价值层面，社会宪政遵循民主、法治、人权的基本理念；在制度层面，社会宪政主要由社会民主制度、社会公权力制约制度和社会公权力保障人权制度构成。在全球“社团革命”浪潮冲击下，社会宪政是我国宪政建设的重要组成部分。

**关键词：**社会宪政 国家宪政 社会民主 社会公权力制约 基本权利的第三人效力

## 目次

### 一、问题之提出

### 二、社会宪政的概念释义

### 三、社会宪政的理论基础

#### （一）公共领域的二元化是社会宪政的社会学基础

#### （二）社会公权力与人性尊严的密切相关是社会宪政的价值论基础

#### （三）人性的善恶双重性是社会宪政的人性论基础

#### （四）国家宪政对社会宪政的兼容性是社会宪政的政治学基础

### 四、社会宪政的制度构成

#### （一）社会民主制度

#### （二）社会公权力制约制度

#### （三）社会公权力保障人权制度

### 五、社会宪政的中国意义

11、苗连营、郑磊：《宪法学的知识转型与方法综合——以 20 世纪 90 年代以来的学术争论为素材》，载《法制与社会发展》2012 年第 1 期

**作者简介：**苗连营：法学博士，郑州大学法学院教授；郑磊，北京大学法学院宪法学与行政法学专业 2010 级博士研究生。

**内容摘要：**20 世纪 90 年代以来，是中国宪法学理论体系和研究范式急速发展与嬗变的历史时期，频繁而热烈的学术争论是其显著标志。基于宪法学本体论、知识论和方法论三个维度的学术史考察发现，这 20 年的宪法学研究呈现出一条以“反思与重述”为基本特征的学术演进脉络，以及研讨主题和范式的两次转换与嬗变。面对持续的社会转型与国家制度建设，中国宪法学需要立足宪法文本和宪政实践来寻求新的共识，发展出一种能够解释中国问题，弥合事实和规范之间缝隙，指引中国宪政建设的知识体系与研究方法。

**关键词：**宪法学 学术史 学术争论 研究范式 知识转型

## 目次

### 一、选择学术史视角的基本考量

(一) 为什么是 20 世纪 90 年代以来

(二) 为什么以学术争论为考察对象

### 二、反思与重述：以宪法和宪政概念为分析主线

(一) 宪法概念的变迁

(二) 宪政概念的变迁

三、研究主题的差序格局

(一) 差序格局是如何形成的

(二) 反思“宪法司法化”的遗产

(三) 中国意识和方法的初步觉醒

四、方法流变：从单一到综合

(一) 基于经验和实证的观察

(二) 多元时代共识何在

五、结语

12、吴彦：《法秩序与政治决断——有关“政治宪法学”的批判性检讨》，载《开放时代》2012年第2期

**作者简介：**吴彦，吉林大学理论法学研究中心。

**内容摘要：**本文通过探讨“规范宪法学”和“政治宪法学”之争，尤其是对于两种版本的政治宪政主义的检讨，以揭示隐藏在其背后的基本逻辑。本文将首先探讨政治自主性这一现代政治生活的核心要素，并在此基础上检视高全喜式的政治宪政主义的限度。其次，本文将探讨作为人类意志之表达机制的法秩序的性质，并以此修正陈端洪式的政治宪政主义。最后，本文将通过重新阐发古典国家观念以便提出一种国家德性理论，从而将国家德性作为“驯化”那个会随时不受自身设定之约束机制所约束的“政治”。进而阐明法秩序与德性作为国家之自我约束的两

种不可或缺的机制，而这正是一种康德式的政治宪政主义，亦即一种自我立法式的政治宪政主义的基本旨趣。

**关键词：**法秩序 政治决断 政治宪法学 国家德性

## 目次

### 一、引言：政治宪法学出场的历史背景

(一) 驱逐“政治的随意性/独断性”(arbitrary)

(二) 法学/法律的帝国

### 二、政治宪法学的基本意图：从“法律”自主性到“政治”自主性

(一) 立宪时刻的频繁显现

(二) 作为一种历史过渡形态

(三) 论述框架

### 三、“主权”的诞生与死亡？——高全喜式政治宪政主义检讨（一）

### 四、洛克式政治宪政主义 vs. 康德式政治宪政主义——高全喜式政治宪政主义检讨（二）

### 五、一种国家德性理论：人民应当何时出场？——陈端洪式政治宪政主义修正

(一) “ought”的起源与根据

(二) 古典国家观念之重新阐发

13、何海岚：《〈经济、社会和文化权利国际公约〉实施问题研究》，载《政法论坛》2012年第1期

**作者简介：**何海岚，中国政法大学博士研究生。

**内容摘要：**随着人权法理论和实践的发展，人们逐渐改变了否定经济、社会和文化权利作为一项法定权利的观念，开始承认经社文权利与其他权利一样具有法律约束力，并在理论上取得了令人瞩目的突破。关于义务缺位论，根据国家义务的三分论，国家履行尊重的义务不再限于消极措施，而履行保护和实现的义务，也不一定要积极作为。因此，国家对人权保护承担的义务是多层次的，且无可逃遁。关于资源耗费论，并非所有的经社文权利需要耗用资源，更多情况下，实现经社文权利的最佳途径是使个人自由免受国家干预，或者通过个人自主地调配资源。关于逐步实现论，《经济、社会和文化权利国际公约》对权利逐步实现的规定，其真正用意是要求无论缔约国贫富，都公平、有效、充分地利用资源，以一切适当方法在短期内实现权利。关于不可诉讼，一国不提供司法补救，并不意味着该项权利具有不可审理的性质。形成经社文权利不可诉讼断的原因，主要是裁决机构缺乏能力和意愿。而国内法院和区域性人权法院的司法判例，可作为经社文权利可诉性的最佳例证。时至今日，可以说人们多已从经社文权利是否可诉的讨论转移到更加细致的审判和执行的问题上。一方面，通过经济、社会和文化权利委员会的工作，进一步明确了《经济、社会和文化权利国际公约》内容的规范性，和缔约国所负有的国家义务。另一方面，对于那些权利实际上不可诉的国家来讲，更重要的义务是如何使得权利可诉。

**关键词：**经济、社会和文化权利 国家义务 资源耗费 逐步实现 可

诉性

## 目次

一、困境中的权利

二、走出困境的努力

(一) 突破义务缺位论

(二) 质疑耗费资源论

(三) 澄清“逐步实现”论

(四) 挑战不可诉讼

三、结论与启示

结语

14、郑维炜：《论诠释学意义上的原旨主义——反思惠廷顿〈宪法解释〉中的认识论困境》，载《法制与社会发展》2012年第1期

**作者简介：**郑维炜，法学博士，中国人民大学法学院博士后科研流动站研究人员。

**内容摘要：**原旨主义强调宪法的原初意图对宪法解释来说具有优先和主导地位。原旨主义首先是一种解释理论，它的目的就是使解释与制宪者的原初意图相一致，这反映了一种真理符合论意义上的方法论的哲学解释学；于是在历史诠释学理论的参照下，原旨主义就发生了认识论的危机，它的理论诉求在认识上也是不可能的。宪法解释更多的是作为读

者的法官在进行意义的重新解释与建构，法官受当下问题意识的指引而在原有的文义中置入政治道德的考量，以完成解释传统与当下意义的视域融合。

**关键词：**原旨主义 诠释学 视域融合

## 目次

### 一、作者中心论：原旨主义的解释学还原

#### （一）什么是原旨主义

#### （二）原旨主义作为解释学问题

### 二、反历史诠释学：惠廷顿式原旨主义的认识论基础

#### （一）反历史诠释论：惠廷顿的核心论证理据

#### （二）惠廷顿对历史诠释学的反驳以及结论

### 三、存在论诠释学：一种有效的批评进路及基本主张

#### （一）反原旨主义的两种理论及评价

#### （二）方法论的诠释学和本体论的诠释学

### 四、从诠释学哲学反思惠廷顿的批评

#### （一）宪法的是时间性与时间距离的诠释学意义

#### （二）效果历史原则与解释的视域融合

#### （三）法学诠释学的典范意义

## 结语

15、刘永伟：《变异与进化：美欧宪法解释模式的生成——兼论〈香港基

本法>解释模式的建构》，载《法商研究》2012年第1期

**作者简介：**刘永伟，法学博士，安徽财经大学法学院教授。

**内容摘要：**解释主体和解释方法是宪法解释模式的两大组成要素，解释主体与解释方法之间不同的组成方式构成不同的解释模式。无论是美国的宪法解释模式，还是欧洲大陆国家的宪法解释模式，都是在各自一般法律解释模式的基础上变异与进化而来的。《中华人民共和国香港特别行政区基本法》是一部宪法性法律，其解释模式也应由香港传统法律解释模式在“一国两制”体制下，根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》的规定，经过变异与进化而生成，即其解释模式应为：“全国人大常委会/香港法院+原意主义”。

**关键词：**宪法 解释模式 解释主体 解释方法

## 目次

- 一、法律、宪法的解释模式：解释主体和解释方法的组成
- 二、美国宪法解释模式的生成：一般法律解释模式的变异与进化
- 三、欧洲大陆国家宪法解释模式的生成：一般法律解释模式的变异与进化
- 四、《香港基本法》解释模式的建构：全国人大常委会/香港法院+原意主义
- 五、结语

16、丁晓东：《自然法抑或实证法——理性与意志视野下的美国宪法》，载《法制与社会发展》2012年第1期

**作者简介：**丁晓东，耶鲁大学法学院 LL.M. 候选人，北京大学法学院博士研究生。

**内容摘要：**在看待美国宪法观念中，一种观念将美国宪法视为自然法或高级法的摹本，认为美国宪法的特征在于人类凭借理性发现和宣布了自然法或高级法；另一种观念则将美国宪法视为纯粹的人民主权的意志表达。这两种观念都存在一定的曲解：美国宪法其实和古典自然法之间存在着巨大的断裂，是一种现代自然权利体系之下的人为宪法，但这种宪法并不是未经筛选的人民意志的表达，而是理性引导之下的意志表达。美国宪法的这种特征要求当代的法律人政治家既不能神话宪法，也不能轻视宪法，而是要求将宪法视为政治科学的教材，通过理解与对话来提升理性，从而思考宪法在当代的挑战。

**关键词：**美国宪法 自然法 实证法 人民主权 理性 意志 政治科学

## 目次

- 一、作为自然法摹本的美国宪法
- 二、作为实证法的美国宪法
- 三、美国宪法：法律或政治？理性或意志？
- 四、自然权利下的人为宪法

五、理性引导下的意志：自由主义传统中的人民宪法

六、理性的极限：作为政治科学教材的宪法

17、陈鹏：《论宪法上的“宗教”概念——从美国最高法院判例法的发展切入》，载《环球法律评论》2012年第1期

**作者简介：**陈鹏，清华大学法学院宪法学与行政法学专业博士研究生。

**内容摘要：**“宗教”一词的法律意蕴与社会学意蕴并不重合。美国联邦最高法院对宪法中“宗教”概念的认知之扩展契合美国社会宗教多元化的进程，但同时亦带来一系列问题：超越“宗教”一词的语义界限，增加了与禁止国教条款相抵触的可能性；而且界定“宗教”本身便可能违反禁止确立国教条款。与外国宪法解释实践对比可知，美国的经验虽不具有普适性，但各国多试图抽象地把握宪法上“宗教”概念之结构性特征，而非对各教派进行简单罗列。

**关键词：**伦理信仰 宗教属性 禁止国教 严格解释 扩张解释

## 目次

一、引言

二、20世纪40年代之前的严格解释

三、20世纪40年代至70年代的扩张解释

（一）非典型有神论信仰

（二）伦理信条与“最高之存在”的拓展

(三) 纯粹无神论

四、“个人哲学上的选择”之排除：20世纪70年的适度限缩

五、是进是退？最高法院的两难逻辑

六、美国经验的特殊性与各国认知模式的同构性

**18、[德] 英格沃·埃布森：《德国〈基本法〉中的社会国家原则》，喻文光译，载《法学家》2012年第1期**

**作者简介：**英格沃·埃布森（Ingwer Ebsen），法学博士，德国法兰克福大学公法和社会法教授。

**译者简介：**喻文光，德国法兰克福大学法学博士，中国人民大学法学院讲师。

**内容摘要：**从语义解释的角度看，社会国家原则在《联邦德国基本法》（以下简称《基本法》）文本中不具有显著地位，且内容不够明确；但从体系解释而言，该原则享有不得修改的宪法基本原则的突出地位。社会国家原则产生的历史则表明，该原则具有弥补《基本法》中社会基本权利缺失的功能。但社会国家的目的以及社会国家原则保障的基本权利都必须通过立法者制定的法律来加以具体化。联邦宪法法院在发挥社会国家原则的宪法规范功能以及确定社会国家的最低宪法标准方面起到了重要作用。社会国家原则在联邦宪法法院的判决中一般与基本权利条款、基本权利限制条款以及社会国家的目标一起发挥作用，被用来为立

法者设定社会权利保护义务或论证限制基本权利的法律规范的正当性。

**关键词：**社会国家原则 法律解释 联邦宪法法院 基本权利限制  
社会法

## 目次

### 一、法律解释方法在《基本法》第 20 条第 1 款中的运用

(一) 《基本法》文本在解释社会国家原则时无法提供充分的智识资源

(二) 体系解释：社会国家原则作为不可修改的基本原则之突出地位

(三) 社会国家原则产生的历史对解释该原则的作用

(四) 社会国家原则需要通过法律加以具体化

### 二、联邦宪法法院对社会国家的最低宪法标准进行具体化的权限

(一) 社会国家论证中的不同方向

(二) 依据社会国家原则对立法者设定义务的两个判例

(三) 社会国家目标使侵犯基本法的法律正当化的两个判例

### 三、结论

19、[美]马克·图什内特：《为什么比较宪法》，王锴译，载《华东政法  
大学学报》2012 年第 1 期

**作者简介：**马克·图什奈特 (Mark Tushnet)，哈佛大学法学院 William  
Nelson Cromwell 教授。

**译者简介：**王锴，北京航空航天大学法学院副教授，法学博士。

## 目次

### 一、对比较宪法方法的审视

#### (一) 普遍主义和功能主义

#### (二) 背景主义和表现主义

### 二、结论

## 贰、基本权利（4篇）

### 1、宦吉娥：《宪法基本权利规范对刑事法目的之拘束效力研究》，载《法学评论》2012年第1期

**作者简介：**宦吉娥，法学博士，中国地质大学（武汉）政法学院讲师。

**内容摘要：**宪法基本权利规范对刑事法目的的拘束力是其对刑事法目的之形成、目的作用之发挥及目的之合宪性审查的全过程所产生的形式和实质上规制的效力，其发挥效力的途径包括：作为刑事立法机关刑事法目的确立之依据、刑事司法过程中对刑事法目的作合宪性解释之依据以及刑事法目的的合宪性审查之准据。

**关键词：**宪法基本权利规范 刑事法目的 拘束效力 解释

一、宪法基本权利规范作为刑事立法目的确立之依据

二、宪法基本权利规范作为刑事司法中的刑事法目的的合宪解释之依据

三、宪法基本权利规范作为刑事法目的合宪性审查之准据

四、余论

## 2、熊樟林：《烟草管制与公民权利的包容与界分》，载《环球法律评论》

2012年第1期

**作者简介：**熊樟林，东南大学法学院博士研究生。

**内容摘要：**毋庸置疑，对已沦为习俗的吸烟行为予以管制，必然会滋生侵犯公民权利方面的不妥，一般而言，其表现为与吸烟者行为自由权、烟伤言论自由权、以及吸烟者与企业主财产权三面放存有冲突。我们经由对自由权本质属性的剖析可以明确，有碍他人健康之吸烟行为非属行为自有其类；同时，亦并非所有烟草宣传皆可归属言论自由权范畴，在烟控制度结构中，我们理应对烟草宣传保持“尊重与戒惧”的基本态度。另外，限制购买以及征收烟草税所造成的财产限制，事实上和一般意义上的财产权侵犯亦是有所差别的，购买香烟是一种特殊的财产支配情形，对其予以限制并不违背法经济学上的资源配置法则。最后，对企业主而言，单纯的获利机会、商业利益、赢利预估或者期待并非属于财产权的保障范围。

**关键词：**烟草管制 吸烟自由 烟商言论权 烟草税

### 目次

一、烟草管制的权利冲突类型及问题的提出

二、限制或禁止吸烟与吸烟者行为自由权

(一) 有关吸烟行为的自由观差异及选择

(二) 吸烟行为的自由边界与烟草管制的权力范围

(三) 权利干涉私人空间之合法性：对孕妇和未成年人特殊回应

### 三、限制或禁止烟品宣传与烟商言论自由权

(一) 烟商权利诉求的基础与内容

(二) 司法机关的不确定性回应

(三) 尊重与戒惧：回应烟草宣传的基本态度

### 四、征收烟草税及特定场所禁止吸烟与公民私有财产权

(一) 征收或提升烟草税的正当性确认

(二) 特定场所限制或禁止吸烟并未侵犯企业主的财产权

### 五、代结语

## 3、赵真：《比例原则在反歧视诉讼中的适用——以香港平等机会委员会诉教育署案为例》，载《行政法学研究》2012年第1期

**作者简介：**赵真，中国人民大学法学院宪法学与行政法学专业博士研究生。

**内容摘要：**比例原则在历史上是针对自由权的问题提出的，今天已经扩展至保护包括自由权和平等权在内的一切权利。但是，比例原则的结构没有发生根本性的改变，适用于法益冲突的各种情形。香港法院引入比例原则是通过解释限制基本权利的条款实现的，并在其内容上融合了不同国家判例的合理因素。

**关键词：**平等 比例原则 合理性 法益衡量

## 目次

- 一、歧视的类型
- 二、比例原则的适用范围
- 三、比例原则引入的契机
- 四、平等条款的解释
- 五、比例原则的结构
- 六、比例原则的具体运用

4、[德]Karl-Hermann Kaestner:《宗教自由基本权利的肥大症——关于宗教和世界观自由与一般权利有效性请求的关系》，张慰译，载《南京大学法律评论》2011年秋季卷

**作者简介：**Karl-Hermann Kaestner, 法学博士, 德国图宾根(Tuebingen)大学法学教授, 德国新教教会法研究所咨询会成员, 新教教会法杂志编辑。

**译者简介：**张慰, 南京大学法学院讲师, 德国图宾根大学博士候选人。

**内容摘要：**当人们通览宗教和世界观自由的基本权利在过去十几年里的实际运用和法教义学上的发展时, 很难忽略其在规范性轮廓上萎缩这一事实。这一现象由构成要件要素的发展上更多地考虑主观标准所承载, 并且经由联邦宪法法院在司法判例中对有关限制问题的决断性的、限制

性的判决而被强化。因此，相对于依据宗教或者世界观的动机而提起的个人的发展请求，一般的法治国规范的有效领域持续地受到限制。当相关现象的潜在冲突在德国呈现趋势性增长的时候，这样的判断就显得越发的危险。

**关键词：**宗教和世界观自由的基本权利 一般权利 基本法第4条 规范性轮廓 宪法国家

## 目次

- 一、在宪法秩序中的基本权利
- 二、基本权利的保护范围
- 三、作为法律概念的宗教和世界观
- 四、基本法 Art. 4 Abs. 1 和 2 的规范结构
- 五、什么是“否定的”保护？
- 六、限制的问题
- 七、结论

## 叁、国家机构（3篇）

- 1、秦前红、黄明涛：《普通法判决意见规则视阈下的人大释法制度——从香港“庄丰源案”谈起》，载《法商研究》2012年第1期

**作者简介：**秦前红，法学博士，武汉大学法学院教授；黄明涛，武汉大学宪政与法治国家研究中心助理研究员。

**内容摘要：**香港法院借用普通法上的判决意见规则，在“庄丰源案”以及“外佣居港权案”中确立了一项限定人大释法之效力的规则，在一定程度上改变了《中华人民共和国香港特别行政区基本法》的解释制度。判决意见规则有着深厚的普通法理论基础，且作为香港原有法律传统的一部分被《中华人民共和国香港特别行政区基本法》所承认和保留；同时，判决意见规则也在司法实践中凸显了作为立法解释的人大释法制度的固有困境。香港法院借用普通法上的判决意见规则处理人大释法并没有减损全国人大常委会的权威，而是揭示了进一步完善人大释法制度的路径，即个案分析和有限解释。

**关键词：**普通法 判决意见规则 人大释法制度 “庄丰源”案

## 目次

- 一、“庄丰源案”再审视：对1999年《人大释法》的普通法解读
  - (一) “庄丰源案”规则的提出
  - (二) “外佣居港权案”对于“庄丰源案”规则的遵循和发展
  - (三) “庄丰源案”规则对于1999年《人大释法》的影响
- 二、从判决意见规则到“庄丰源案”规则：普通法方法的延续和扩张
  - (一) 判决意见规则的特点
  - (二) “庄丰源案”规则：判决意见规则的再现
- 三、普通法背景中的人大释法：性质、功能及其效力
  - (一) 人大释法的性质：立法文件抑或司法文件
  - (二) 人大释法的功能：一个法律冲突的视角

(三) 人大释法的效力：基于香港法院的独立判断

四、人大释法制度：法律冲突视角下的协调和完善

(一) 判决意见规则并未减损中央政府的权威

(二) 人大释法制度的调整

2、常安：《统一多民族国家的宪制建构——新中国成立初期民族区域自治制度的奠基历程》，载《现代法学》2012年第1期

**作者简介：**常安，法学博士，西北政法大学行政法学院宪法教研室副教授。

**内容摘要：**对于民族区域自治制度在我国的确立，《共同纲领》的宪政宣示尽管具有最为重要的合法性确认意，但这一基本宪政制度的真正奠基，则有赖于民族识别、民族干部培养、少数民族地方民主改革等一系列相关政治实践。这其中，少数民族地方民主改革可视为我国民族区域自治制度奠基的关键，它直接决定了新中国的民族治理制度是否坚持和贯彻了社会主义方向这一民族区域自治制度的最实质所在。同时，新中国通过将民族区域自治制度作为我国民族治理的基本宪政制度，也实现了清末以来多民族大国的民族—国家建构的真正飞跃。

**关键词：**民族区域自治 政制 政治措施 民族国家

**目次**

一、问题的提出

## 二、宪政安排与整治措施：民族区域自治制度的开端

(一) 民族识别

(二) 民族干部培养

(三) 民族自治地方的建立

## 三、少数民族地区民主改革：建立民族区域自治制度的关键

(一) 民族地区民主改革过程简述

(二) 一场波澜壮阔的人权诗篇

(三) 是少数民族地区公民真正当家作主

## 四、多民族社会主义国家的建构

(一) 统一的多民族国家的宪制建构

(二) “社会主义民族大家庭”：共同的政治认同基础

(三) 民族区域自治制度确立与少数民族地区政治秩序重塑

## 五、余论

### 3、周刚志：《论“财政国家”的宪法类型及其中国模式》，载《法学评论》2012年第1期

**作者简介：**周刚志，法学博士，厦门大学法学院副教授。

**内容摘要：**“财政国家”的制度体系主要由财政收支划分制度、财政收入制度和财政支出制度构成。在“财政国家”的宪法类型上，我国已经实现由“集权国家”向“分权国家”的历史转型，仍然面临“行政分权国”向“宪政分权国”的艰难转折。在财政收入制度和财政支出制度等

方面，我国属于“所有权者国家”与“税收国家”的混合形态，亟需实现由“计划国家”向“预算国家”的彻底转型。

**关键词：** 财政国家 宪政分权国家 税收国家 预算国家

## 目次

### 一、“集权国家”抑或“分权国家”：财政收支划分制度的宪法类型

(一) 由“集权国家”走向“分权国家”：中国财政收支划分制度的宪法类型？

(二) 由“行政分权国家”转向“宪法分权国家”：中国财政收支划分制度的“宪政愿景”

### 二、“税收国家”抑或“所有权者国家”：财政收入制度的宪法类型

(一) “所有权者国家”乃是传统社会主义财政收入制度模式之典型特征

(二) “税收国家”乃是现代市场经济国家的财政收入制度之基本形态

### 三、“计划国家”抑或“预算国家”：财政支出制度的宪法类型

(一) 由“税收国家”到“预算国家”——中国财政支出制度的宪法之惑

(二) 从“计划国家”到“预算国家”——中国财政支出制度的宪法类型之辩

### 四、结语

中国宪政网整理