

宪法学主要论文简介（2011 年 11-12 月）

2011 年 11-12 月，14 种主要法学期刊上共发表宪法学论文 8 篇，其中，宪法基础理论 3 篇，基本权利 2 篇，国家机构 3 篇。

本简介还选取了 14 种刊物之外具有代表性的宪法学论文 6 篇，涉及宪法基础理论 4 篇，基本权利 2 篇，国家机构 0 篇。

两部分相加，本简介共包括 2011 年 11-12 月发表的宪法学论文 14 篇，其中，宪法基础理论 7 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。

壹、宪法基础理论（7 篇）

1、姚国建：《宪法是如何介入家庭的？——判例视角下的美国宪法对家庭法的影响极其争拗》，载《比较法研究》2011 年第 6 期

作者简介：姚国建，中国政法大学法学院副教授。

目次

一、背景

二、家庭法的宪法化趋势——宪法介入家庭法的基本轨迹

三、宪法介入家庭法的规范依据

（一）正当法律程序

(二) 平等保护

(三) 隐私权

四、司法判例确立的家庭法的基本价值与制度

(一) 尊重婚姻，强调结婚是基本权利

(二) 尊重个人自由和平等

(三) 尊重家庭，强调父母的权利

(四) 保护未成年人的利益

(三) 维持开放性的家庭结构

五、激进与踟蹰——宪法介入家庭法的争议

(一) 对宪法的影响

(二) 对家庭法的影响

(三) 进退失据——同性婚姻合法化的宪法困扰

(四) 去“宪法化”——家庭法发展方向之争

六、余论：对中国制度的启示

2、程雪阳：《司法审查的第三条道路——弱司法审查的兴起、发展及其中国意义》，载《甘肃政法学院学报》2011年第5期

作者简介：程雪阳，郑州大学与格罗宁根大学（University of Groningen, the Netherlands）联合培养2008级宪法学与行政法学博士研究生。

内容摘要：如何处理议会与法院关系，进而很好地保护人权，对世界各

国来说都是一个重要且棘手的问题。长期以来人们只能在威斯敏斯特的议会至上和美国式司法审查模式之间做出非此即彼的选择。然而，1980年代之后，一种允许法院通过司法审查积极保护人权，但同时又尊重民主所要求的人民自我统治的新的司法审查模式，即弱司法审查模式正在兴起。梳理此一模式的制度发展脉络和相关学术争论，客观评价此种司法审查模式对“议会/法院”关系的处理以及人权的保护所可能带来的影响，并在此基础上反思此种模式对于中国可能的意义，毫无疑问，是十分重要的。

关键词：议会至上 弱司法审查 宪政对话 良性违宪

目次

引言

一、弱司法审查模式的兴起

（一）加拿大的“但书条款”模式

（二）新西兰的“解释一致性”模式

（三）英国的“解释一致性与不一致宣告混合”模式

（四）堪培拉对于英国模式的完善

（五）弱司法审查模式内部的异同

二、弱司法审查模式取得的成果及其争论

（一）支持者的赞扬和论证

（二）反对者的批判和质疑

（三）支持者的回应和辩护

三、对弱司法审查模式的评价

四、弱司法审查模式与中国的宪政建设

(一) 香港基本法与弱司法审查在中国的实践

(二) 弱司法审查之于中国的宪政制度改革

(三) 弱司法审查之于中国的公法学研究

3、雷安军：《美国现代司法审查的兴起》，载《北方法学》2011 年第 6 期

作者简介：雷安军，宜宾学院法学院副教授，法学博士。

内容摘要：我们今天所看到的美国司法审查是司法审查发展的现代阶段。早期阶段的司法审查被认为是一种对抗立法暴政的革命行动，是一种政治色彩极强的行为。在马歇尔法院的推动下，司法审查由早期阶段进入了传统阶段。司法审查被赋予了浓厚的法律色彩，成为法院日常工作的一部分。19 世纪末司法审查进入了转型阶段，法院用实体性正当程序去审查规制经济领域的立法。转型阶段预示了现代司法审查的到来。宪法和司法观念的转变、1937 年的宪法革命和沃伦法院的推动共同促使了现代司法审查的兴起。现代司法审查的特征是对美国政治生活中司法部门的立法地位更为明确地接受。司法性立法被认为是法官无法推却和非常必要的职责。

关键词：美国司法审查 现代司法审查 司法审查权

目次

引言

一、从早期司法审查到传统司法审查

二、从传统司法审查到转型司法审查

三、宪法与司法观念的变化

四、1937 年的宪法革命

五、沃伦法院对正义的追求

六、现代司法审查的特征

结论

4、王晓光：《美国宪法禁酒令的立与废——兼谈美国进步主义时期的法制变迁》，载《法制与社会发展》2011 年第 6 期

作者简介：王晓光，清华大学法学院美国宪政专业博士研究生。

内容摘要：美国宪法第 18 条修正案要求美国全国禁酒，但是实施不久，又被第 21 条修正案所废止。禁酒令是与当时美国工业化、城市化带来的社会转型，以及朝野上下为解决社会转型中的矛盾和问题而开展的进步运动紧密联系在一起的。而这一立一废，带给我们对于公共利益与个人自由、法律与道德、立法与执法等关系的思考。美国进步主义时期的国家权力结构和公民权利结构都进行了调整，法律自身也发生了许多变化。

关键词：禁酒令 进步运动 原因分析 法制变迁

目次

一、禁酒令入宪的背景与原因

（一）禁酒令入宪的时代背景——美国进步主义运动的兴起

（二）禁酒令入宪的原因分析

二、从禁酒令入宪看美国进步主义时期法制的变迁

三、禁酒令被废止的原意与启示

（一）废止禁酒令的原因分析

（二）禁酒令被废止的启示

5、刘晗：《民主共和与国家统一：美国早期宪政中的北方分离运动》，载《环球法律评论》2011年第6期

作者简介：刘晗，耶鲁大学法学院法律科学博士（J. S. D）候选人。

内容摘要：美国是世界上最早以现代民族自觉观念进行独立运动的国家，其独立建国之后也备受分离问题的困扰。但美国宪政史上最早的分离运动并不是发生在19世纪中叶的美国内战前后，而是在其共和国初期的北方新英格兰地区。对这一分离运动的历史及其涉及的宪法问题和政治哲学辩论的考察，有助于我们理解分离问题在美国宪政中的特殊地位，也有助于我们进一步理解现代民主共和制下国家统一问题的复杂性。

关键词：新英格兰分离 美国分裂 分离主义 联邦和州法统一

目次

- 一、开端：共和国早期分离的合宪性与正当性
- 二、声音：弗吉尼亚王朝与新英格兰分离主义者（1800 年-1804 年）
- 三、行动：1812 年战争与哈特福德会议
- 四、后续：美国内战及分离主义传统
- 五、结语：现代共和制的动荡

6、杨成良：《美国跨州公民权的历史考察——以联邦宪法“特权与豁免权”条款为中心的研究》，载《美国研究》2011 年第 3 期

作者简介：杨成良，洛阳师范学院历史文化学院副教授。

内容摘要：美国联邦宪法第四条中的“特权与豁免权”条款是各州公民跨州流动权的重要保障之一。然而，此条款的含义历来颇具争议，联邦法院的解释也是因时而变。总体来看，联邦法院对“特权与豁免权”条款的解释经历了三个阶段。在第一阶段，“特权与豁免权”被看作自由政府下的公民都必须具有的“基本权利”，每州公民在任何一州都能享有；在第二阶段，此条款的目的被解释为保障每州公民在外州不受歧视，确保他们能够获得所在州公民依本州法律所能享有的同样权利；在第三阶段，该条款仍被视为每州公民在外州对抗歧视性待遇的武器，但联邦最高法院同时又强调，在不破坏联邦统一性且具有实质性理由的前提

下，各州可以给予外州人差别对待。受联邦最高法院解释变化的影响，“特权与豁免权”条款的适用在不同历史时期表现出不同的特点，每州公民进入外州后所能享受到的权利也因此经历了一个发展变化的过程。

关键词:美国政治与法律 宪法 公民权 特权与豁免权 州际关系

目次

一、“特权与豁免权”条款的制定与早期解释

二、联邦法院解释“特权与豁免权”条款原则的变化

（一）联邦法院解释“特权与豁免权”条款的第一阶段（1823～1868 年）

（二）联邦法院解释“特权与豁免权”条款的第二阶段（1868～1948 年）

（三）联邦法院解释“特权与豁免权”条款的第三阶段（1948 年以后）

三、“特权与豁免权”条款适用过程中的主要争议事项

（一）公共资源的使用与“特权与豁免权”条款

（二）税收与“特权与豁免权”条款

（三）就业机会与“特权与豁免权”条款

四、结语

7、李元起、杜思雨：《法律是维护国家统一的有效手段——以加拿大联邦遏制魁北克省独立为例的法理分析》，载《学习与探索》2011 年第 6 期

作者简介：李元起，中国人民大学法学院副教授；杜思雨，中国人民大

法学院宪法学与行政法学专业硕士研究生。

内容摘要：维护国家主权统一和领土完整是各国政府都十分重视的问题。加拿大联邦运用法律手段遏制了魁北克省的独立，打击了分裂势力，维护了国家统一。加拿大联邦遏制魁北克独立的历程对其他国家解决类似问题具有重要的启示，即任何地方区域的单方面公决都不能成为独立的依据，立法、行政、司法机关应当分工合作，运用法律手段进行规制才是反对独立的有效手段。

关键词：加拿大魁北克省 法律手段 《关于魁北克独立的裁决意见》
《清晰法案》

目次

- 一、独立与反独立法律历程概述
- 二、对魁北克独立与加拿大联邦反独立历程的法理评析
 - (一) 对魁北克省独立势力活动的法理评析
 - (二) 对联邦反独立活动的法理评析
- 三、启示：法律——反独立的有效手段

贰、基本权利（4篇）

- 1、柳颀：《我国近代公民基本权利体制中的“短板”现象研究》，载《法学评论》2011年第6期

作者简介：柳飒，广东商学院法学院副教授，法学博士。

内容摘要：近代基本法对公民基本权利有所确认，但从法定权利到应有权利存在着事实上的巨大差距，为什么基本法不能保障权利规范的实施？为什么公民基本权利受损时得不到有效的救济？因为在权利的体制中存在着“短板”。超验式的行政大权、悖论式的法律配置、虚幻式的司法救济是近代公民基本权利体制中的“短板”，它们决定了公民享有基本权利的“容量”几乎为零。“短板”是当权者因统治需要而设置的，是出于权力本位的设置，短板现象恰恰是法律移植、仿袭过程中进行文化重构的重要路径。

关键词：基本权利 基本法 短板 文化重构

目次

短板一、行政大权的设置

短板二、法律配置的歧义

短板三、司法救济的贫瘠

2、刘志刚：《立法缺位状态下的基本权利》，载《法学评论》2011年第6期

作者简介：刘志刚，复旦大学法学院教授。

内容摘要：从应然的角度来说，法律在基本权利的实现和保障方面起着

至关重要的作用，行政立法可以在一定程度上分担法律在基本权利实现方面的责任，但是，却不能从根本上取代法律在基本权利实现方面的作用。在立法实践中，由于立法不作为和法律漏洞方面的原因，使得立法出现了相较于基本权利的缺位。前者的原因主要有，立法由以启动的逻辑起点在现实层面和理念层面的不一致、多数决所固有的制度瑕疵和运行缺陷、立法体制上的实用主义倾向和国家在立法中所处的主导地位等。后者主要是因法律规则在语言表述上的不周延造成的。上述原因造成的法律缺位必然会造成基本权利的虚置状态，对此，必须施加制度性的矫正。

关键词：立法缺位 基本权利 立法不作为 法律漏洞

目次

一、法律和行政立法在基本权利实现方面之功能的应然分析

二、法律不作为的产生原因及该种状态下之基本权利的实现

三、法律漏洞问题上的应然立场与该种状态下之基本权利的实现

（一）法律漏洞问题上的应然立场

（二）法律漏洞场景下基本权利的实现

3、李海平：《宪法上人的尊严的规范分析》，载《当代法学》2011年第6期

作者简介：李海平，法学博士，吉林大学副教授。

内容摘要：宪法上人的尊严的主体是生物学意义上的人；自由、自主、平等和最低限度的社会保障是宪法上人的尊严的基本内容；人的尊严的约束对象既包括国家公权力也包括社会公权力。学界将我国宪法第 38 条人格尊严条款作为人的尊严的规范依据难以成立。实际上，人的尊严在我国宪法上有三方面的规范依据，分别为宪法第 33 条第 3 款的概括性人权保障条款、宪法列举权利体系和作为宪法渊源的国际人权法上人的尊严的规定。

关键词：人的尊严 人格尊严 概括性人权条款 基本权利

目次

一、“人的尊严”的基本内涵

（一）作为尊严享有主体的“人”

（二）尊严是什么

（三）尊严的约束对象

二、我国宪法第三十八条作为人的尊严规范依据之质疑

三、人的尊严的宪法依据之重构

四、结论

4、袁立：《作为基本权的劳动权国家保护义务》，载《太平洋学报》2011 年第 7 期

作者简介：袁立，东南大学法学院法学博士研究生。

内容摘要：劳动权国家保护义务存在不同的审查基准，在审查“国家如何尽其保护义务”时，应以“过度禁止”作为侵害的界限，以“不足禁止”作为保护的底线；在审查“国家应保护到什么程度”时，应以自由权为上限，以人性尊严为下限；劳动权国家保护义务还需以依法治国、比例原则为基准。劳动权国家保护义务涉及“加害者—受害者—国家”三方关系，容易使一方受益而另一方受损，因此保护义务亦存在一定的界限。

关键词：劳动权 国家义务 国家保护义务 基本权利 审查基准

目次

一、劳动权国家保护义务与第三人效力

二、国家保护义务是劳动权的基本内涵

（一）宪法劳动权的“客观法”功能

（二）宪法劳动权的“主观权利”功能

三、劳动权国家保护义务的法律体系

（一）第一位阶义务：劳动权保护的法律创制

（二）第二位阶义务：劳动权保护的法律履践

（三）第三位阶义务：劳动权保护的法律解释

四、劳动权国家保护义务的审查基准

（一）“国家尽其保护义务”的措施应具有切实可行性

（二）在宪法上，立法者并无提供最合适保护的义务

（三）劳动权国家保护义务须以依法治国为准据

(四) 履行劳动权保护义务的立法者应以比例原则为基准

五、劳动权国家保护义务之界限(代结语)

叁、国家机构(3篇)

1、李栋：《司法审判权与政治统治权两权分立理论的“知识考古”及其合理性评说》，载《比较法研究》2011年第6期

作者简介：李栋，法学博士，中南财经政法大学法学院讲师。

目次

一、布拉克顿所引发的英格兰“中世纪宪政主义难题”

二、司法审判权与政治统治权分立理论的提出

三、17世纪以前隐而不彰的两权分立理论

四、洛克对两权分立理论的现代性转化

五、孟德斯鸠对两权分立理论内在宪政逻辑的正本清源

六、三权分立理论之缺陷

七、两权分立理论之合理性

2、钱宁峰：《德国法上统治与行政功能区分的公法意义及其启示》，载《法商研究》2011年第6期

作者简介：钱宁峰，南京师范大学法学院博士后研究人员。

内容摘要：与西方几乎所有宪政国家公法理论所普遍存在的国家权力划分为立法权、司法权和行政权的三权分立不同，德国公法理论中存在着另一种分权，即统治与行政的功能区分。统治与行政功能区分的公法意义在于有助于理解宪法中的执行概念、反思传统的权力分立观念以及摆正政治与法之间的关系。同时，统治与行政的功能区分是德国宪法思想的产物，其对世界各国公法理论乃至行政学的发展产生了深刻影响。我国公法理论有必要引入统治与行政功能区分的做法，以便重新思考我国公法理论中的国家权力划分问题、国家问题以及对行政功能的理解问题。

关键词：国家权力 统治 行政 公法

目次

一、统治和行政的功能界定

（一）统治的功能

（二）行政的功能

二、统治和行政功能区分的意义

三、统治和行政功能区分的历史来源及世界影响

四、统治和行政功能区分的启示

3、叶海波：《香港特区政党的法律规范》，载《法学评论》2011 年第 6 期

作者简介：叶海波，深圳大学法学院、深圳大学港澳基本法研究中心副教授，中山大学港澳珠江三角洲研究中心研究员。

内容摘要：香港回归后，香港政党加速发展，越来越广泛和深入地参与香港政治。与此同时，境外势力也借助香港扶植政党干预香港事务，中国国家利益面临着重大威胁。但香港并无系统性的政党法律规定，现行政党法律规范亦无法有效规范政党的组织及其行为。香港特区应当履行基本法规定的立法义务，以维护国家安全为核心原则，制定政党法，规制并保障政党的组织及其行为。

关键词：香港基本法 政党 国家安全 权利保障 政党法

目次

一、香港特区政党立法的现实需求和规范依据

（一）香港特区政党立法的现实需求

（二）香港特区政党立法的规范基础

二、香港特区政党立法的价值准则

（一）香港政党立法的核心价值：国家安全

（二）香港正当法律规范的基本准则：基本权利保障

（三）价值冲突及协调准则

三、香港特区政党法律规范的基本内容

四、香港特区政党立法的模式选择

（一）政党法律规范的历史脉络与模式

（二）香港特区宜制定政党法

中国宪政网整理