

中国宪法年刊

CHINESE YEARBOOK OF CONSTITUTIONAL LAW

2015

第十一卷

中国宪法学研究会 主办
韩大元 莫纪宏 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国宪法年刊

CHINESE YEARBOOK OF CONSTITUTIONAL LAW

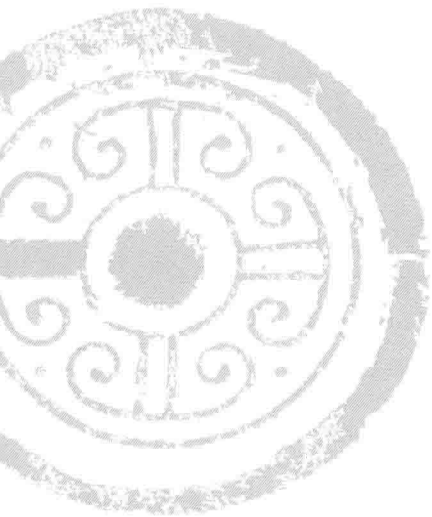
中国宪法学研究会 主办

韩大元 莫纪宏 主编

2015

第十一卷

 法律出版社
LAW PRESS CHINA



图书在版编目(CIP)数据

中国宪法年刊. 2015; 第11卷 / 韩大元, 莫纪宏主
编. —北京: 法律出版社, 2016
ISBN 978-7-5197-0065-2

I. ①中… II. ①韩… ②莫… III. ①宪法—中国—
2015—年刊 IV. ①D921-54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 236045 号

中国宪法年刊(2015·第十一卷)

韩大元 莫纪宏 主编

编辑统筹 财经出版分社
策划编辑 沈小英
责任编辑 陈 妮
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 20.5
字数 450 千
版本 2016 年 8 月第 1 版
印次 2016 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-0065-2

定价:65.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主 任	张庆福					
副主任	廉希圣	韩大元	莫纪宏			
委 员	周叶中	焦洪昌	刘茂林	童之伟	林来梵	
	董和平	张千帆	胡锦光	朱福惠	吴家清	
	陈斯喜	王振民	苗连营	王 磊	李树忠	
	秦前红	齐小力				

编 辑 部

主 任	齐小力				
副主任	于文豪				
编 辑	邓静秋	姜秉曦	王海洋	张腾龙	

编辑说明

《中国宪法年刊》由中国宪法学研究会主办,自2005年起每年出版一册。《中国宪法年刊》(2015·第十一卷)由韩大元教授和莫纪宏教授任主编。本年刊在中国宪法学研究会的精心组织和编辑部全体人员的共同努力下,历经数月编辑完成,现对各部分内容做如下说明。

第一部分为“研究会三十年纪念”。2015年是中国宪法学研究会成立30周年。本部分发表的中国宪法学研究会会长韩大元教授的纪念文章,梳理了30年来的宪法学发展路径,提出了今后发展的期望。

第二部分为“学术论文”,选自本研究会2015年年会论文,由学术委员会审稿选定。本部分发表的文章均为首发。

第三部分为“宪法学教学的理念与方法笔谈”。在中国宪法学研究会2015年年会期间,本会宪法学教学研究专业委员会举办了研讨会。本部分的笔谈文章选自该会议的研讨论文,涉及宪法学与宪法实践的关系、宪法事例教学、情感教学法的运用等主题。

第四部分为“宪法在国防和军队建设中的全面实施笔谈”。在中国宪法学研究会2015年年会期间,本会国防与军事法律制度研究专业委员会举办了“宪法在国防和军队建设中的全面实施”研讨会。本部分的笔谈文章选自该会议的研讨论文。

第五部分为“外国宪法(学)发展”。本部分约请有外国宪法学习和研究背景的青年学者,就德国、法国、美国、英国、日本、韩国等国家2015年的宪法(学)发展予以介绍、评述,以开阔学术视界。在过往的年刊中,我们曾多次邀请外国学者撰文,本年刊继续保持这一传统,首次约请德国学者合作撰写该国年度宪法(学)发展。

第六部分为“重要学术会议综述”。本部分收录三篇文章,分别是中国宪法学研究会2015年年会、第十一届“中国宪法学基本范畴与方法”学术研讨会和第三届“《宪法》释义与国家治理”学术研讨会综述。

第七部分为“宪法学学术活动”。编辑部多方搜集整理了2015年年度中国宪法学研究会、地方宪法学研究会举办的宪法学方面的学术活动。欢迎有关单位和学人今后为年刊提供学术活动的信息。

第八部分为“宪法学研究信息”。该栏目从《中国宪法年刊》(2007)开始设立,目的是为宪法学研究者提供了解该年度我国宪法学研究进展与基本状况的信息,掌握宪法学研究的一些基本资料。本年刊收录了2015年年度出版的学术著作及教材目录、2015届部分博士学位论文目录及部分论文摘要、2015届部分博士后出站报告目录,以及2015年

度中国十大宪法事例等资料。在此感谢为资料收集提供各种帮助的人士,也欢迎各位为编辑部提供信息。

《中国宪法年刊》的定位是反映中国宪法学的研究水平,记录中国宪法学的学术演变,旨在推动中国宪法制度的发展。出版年刊的目的是回顾年度宪法学发展的进展,了解国外宪法学研究动态,为宪法学教学与研究提供比较详尽的资料。要实现这一目标,离不开各位理事和广大宪法学工作者的支持与配合,对此编辑部表示由衷感谢,也感谢法律出版社对年刊编辑和出版工作的大力支持。

年刊编辑过程中不免存在一些不足,在资料收集、论文选择等方面可能不够详尽周全,衷心希望各位读者提出批评与建议,努力使年刊日臻完善。联系邮箱是 xfyjh@163.com。

为扩大本刊及作者知识信息交流渠道,本刊自创刊以来的各卷均已被《中国学术期刊网络出版总库》及 CNKI 系列数据库收录,同时也被超星集团移动“域出版”平台及系列产品收录。为便于查找引用,本刊“2005 卷”(2006 年出版)序为第一卷,本册即为第十一卷。建议引用格式为:韩大元主编:《中国宪法年刊》(2015·第十一卷),法律出版社 2016 年版。

《中国宪法年刊》编辑部

2016 年 6 月

目 录

第一部分 研究会三十年纪念

30 年来中国宪法学的发展与宪法学者的使命

- 纪念中国宪法学研究会成立 30 周年…………… 韩大元(3)

第二部分 学 术 论 文

- 论宪法惯例的规范性…………… 何永红(9)
- 论检察机关在实施宪法中的作用
- 以对行政执法行为的检察监督为中心…………… 沈跃东(20)
- 互联网条件下对我国《宪法》第 35 条的解释…………… 陈道英(33)
- 生存权对房产税立法的限制…………… 冉富强(47)
- “常规、非常规、超常规式治理”与应急法治
- 以 C 县森林火灾应急为例…………… 沈寿文(58)
- 部门利益和地方保护主义的法律化…………… 易有禄(75)
- 论当代本土法治进程中法律续造空间的可能性
- 基于新《立法法》第 104 条对司法解释的限定…………… 石东坡(87)

第三部分 宪法学教学的理念与方法笔谈

- 宪法学教学如何面对中国的宪法实践…………… 朱福惠(99)
- 培养卓越法律人才更应重视宪法教学…………… 上官丕亮(104)
- 法学本科宪法事例教学探析…………… 王秀哲(112)
- 情感教学法在宪法学教学中的运用…………… 梁洪霞(120)

第四部分 宪法在国防和军队建设中的全面实施笔谈

- 全面实施宪法创新中国特色军事法治体系…………… 丛文胜(129)

完善中央军事委员会的宪法规范	冯江峰(138)
成立国家安全委员会的宪法学思考	刘 华(144)

第五部分 外国宪法(学)发展

2015 年德国宪法学的发展	[德]Eva-Maria Ehemann 田 伟(155)
2015 年法国宪法学研究述评	王 蔚(191)
2015 年美国宪法学发展概览	邓静秋(200)
2015 年英国宪法学焦点 ——《1998 年人权法》的存废	屠 凯(220)
2014~2015 年日本宪法学的发展	王 涛(228)
2015 年韩国宪法学的发展	[韩]金竣荣(248)

第六部分 重要学术会议综述

宪法监督的理论建构与制度完善

——中国宪法学研究会 2015 年年会观点综述	于文豪(265)
-------------------------------	----------

范畴与方法进路之宪法学研究的再出发

——第十一届中国宪法学基本范畴与方法学术研讨会总结	郑 磊(275)
---------------------------------	----------

释宪不厌,争鸣不倦

——第三届“《宪法》释义与国家治理”学术研讨会综述	王逸冉(280)
---------------------------------	----------

第七部分 宪法学学术活动

中国宪法学研究会学术活动	(291)
地方宪法学研究会学术活动	(293)

第八部分 宪法学研究信息

学术著作及教材目录	(297)
博士学位论文目录	(302)
博士学位论文摘要	(304)
中国十大宪法事例(2015)	(319)

第一部分 研究会三十年纪念

30 年来中国宪法学的发展与宪法学者的使命

——纪念中国宪法学研究会成立 30 周年

韩大元*

各位学界老前辈,各位嘉宾,各位理事:

大家上午好!

今(2015)年是中国宪法学研究会成立 30 周年。30 年后,宪法学研究会年会重回贵阳举行,具有特别意义,让人感慨万分。如果说 1982 年《宪法》的颁布是宪法学繁荣的起点,那么 1985 年宪法学研究会的成立,则是宪法学共同体形成的标志,也是宪法学走向专业化的起点。

1985 年 10 月 12 日至 17 日,中国法学会宪法学研究会在贵阳召开成立大会,产生了中国法学会宪法学研究会第一届干事会。正是王叔文、肖蔚云、许崇德、吴家麟、廉希圣、张光博等教授 30 年前创立研究会,才从此使中国的宪法学人拥有了心灵的家园。在此,我们要对这些创立者们表示衷心感谢!同时,也要感谢历任会长王叔文教授、张庆福教授为学会发展做出的杰出贡献,感谢历次年会的主办承办单位、研究会同人、秘书处以及支持研究会著作出版的法律出版社等机构在过去 30 年里对研究会的理解、支持和帮助。

30 年来宪法学者们通过学科体系化的建设以及方法和范式的提炼,来凝聚学术共识;通过中国化概念的凝练,促进宪法学的中国化和本土化;通过学术研究发挥宪法学在依法治国、依法执政中的基础地位。30 年来,中国宪法学发展的特点与贡献体现在:

塑造宪法学的时代性。1982 年《宪法》颁布实施后,宪法学研究的重要使命是适应改革的需求,理论命题的研究更加面向社会实践,关注社会发展进程中的热点、难点与焦点问题。在研究方法上,将外来理论与本土的经验相结合,力图形成本土化的宪法学理论体系,强化宪法学的实践功能,促进国家治理方式的转型。

树立宪法学的自主性。在 30 年的社会发展进程中,宪法学界在价值与事实、规范与现实、学术与政治的关系中,进一步明确了学术脉络本身的“源”与“流”,构建宪法学的

* 中国人民大学法学院教授,中国宪法学研究会会长。

本文为作者在中国宪法学研究会 2015 年年会上的致辞(2015 年 10 月 24 日)。

自主性,坚持学术的立场,捍卫学术的自主性,使改革与学术之间形成合理互动。在30年的发展中,宪法学面临的重大挑战是,如何处理宪法学的政治性与学术性之间的关系。随着宪法实践的发展,宪法学理念逐渐从政治性知识体系转变为以研究学术理性为中心的专业化的知识体系,即研究作为法的宪法现象,在探求法的属性基础上建立宪法学自身的理论体系,并且实现经验性与规范性的合理平衡。“强势”的政治现实与“脆弱”的宪法规范,习惯于被动地满足“改革”需求的宪法学,慢慢转向以规范性为价值取向的宪法学体系。

建构宪法学的专业性。宪法学的体系经历了从不成熟走向成熟的过程,初步建立了自身的话语系统与范畴,并不断拓展新的研究领域。而这种“专业意识”在宪法学的学术脉络上主要表现为学科的基本范畴与方法论的自觉。总体来看,对于宪法学基本范畴与方法的讨论已经由阐释、明晰基本范畴之概念、内涵、方法的较初级阶段,过渡到了进一步探究中国语境、历史维度、时代视域下宪法学基本范畴与方法,并预测与展望其未来发展趋势的新阶段。宪法学基本范畴与方法的研究在兼顾国际性的同时更加注重本土性,在紧跟时代性的同时更加重视历史性,体现了中国意识和历史观念。

回归宪法学的本土性。基于宪法学的“中国意识”,学者们坚持面向中国实际,追求以问题为导向的学术理念,致力于解决现实中的实践问题。在30年的宪法学发展中,宪法学者们为解决不同时期的中国问题贡献了学术智慧与成果。在宪法的修改、“一国两制”制度的设计、重大国家公共政策的调整、与公民生活息息相关的立法活动中,宪法学者的贡献是有目共睹的。中国的宪法学是为解决“中国问题”而存在的,这也是宪法学价值正当性的基础。

倡导宪法学的实践性。宪法学的研究要关注宪法实践,关注社会现实,用宪法理论来解释宪法现象,解决社会转型面临的实际问题。30年来,为了改变宪法学研究中存在的理论与实践相互分离的尴尬局面,宪法学界开始尝试将宪法理论与宪法实践,尤其是宪法事例结合起来,强化宪法学对社会现实问题的阐释力。

保持宪法学的开放性。30年来,中国宪法学界在学术源流与主体性方面进行了艰苦的学术探索,努力在本土性与国际性之间保持合理平衡,力求既适应国际化的要求,又要保持适度的本土性,坚持“本土知识的国际概念化”。宪法学界更多地把学术目光转向国外,积极以比较的方法研究各国宪法制度,自觉地将中国宪法体制置于世界宪法体系中,寻求共性与个性。我们在域外宪法资源的引入和介绍方面应持有开放心态,把这些域外的宪法发展经验真正转化为本土宪法文化中的一个组成部分。

建设充满专业精神的学术家园。中国宪法学研究会30年来的发展,与中国宪法学和宪法实践的发展密不可分的,不但是中国经济社会发展的见证者,也是参与者和推动者。30年来,研究会不断加强组织建设,向着专业化研究的方向发展,成立了宪法学教学研究专业委员会、人民代表大会制度研究专业委员会、两岸及港澳法制研究专业委员会、国防与军事法律制度研究专业委员会4个专业委员会。研究会的规章制度逐渐完善,严

格按照学会章程的要求开展各种学术活动,在规则面前人人平等。研究会制定了《年会主题确定规则》、《年会论文提交与评议规则》、《年会全体会议发言遴选办法》、《年会报到登记工作办法》、《换届选举规则》等规范。注重加强研究会信息公开,每次年会召开的相关信息、常务理事会议纪要、研究会举办的各种学术活动以及推选的各类评奖活动等,均在网站公示。健全了各种学术会议制度。以上这些都是研究会发展建设中的重要积累,为今后发展奠定了基础。

中国宪法学研究会成立以来的30年,正是中国经济社会全范围深刻变革的30年。在中国改革开放的伟大实践中,中国宪法学者为推动法治国家建设、经济社会发展以及在国际上维护国家利益、树立中国法学形象等方面都做出了自己的努力。过去30年中国改革过程中每个重大问题的解决,都有宪法学界的贡献。如果没有宪法学人的贡献,依法治国进程不可能取得如此重大的成就。学者们表现出的责任感与使命感与专业精神值得敬佩,我们应该为自己所从事的宪法学事业而自豪。

如今,宪法学已经成为民众期待、社会关注、学界关切的显学。历经几代宪法学人的努力,目前中国宪法学研究已经进入到了可持续发展阶段。当然,我们清醒地认识到,中国宪法学发展仍然面临着重大挑战,需要继续付出努力,仍需要思考,仍需要坚守,仍需要奋斗。

我们需要继续提升宪法学的专业化水平,更好的处理专业性与现实需要之间的关系。在保持知识体系的相对独立性的前提下,通过专业化的研究方法,适应宪法实践发展的需要。

我们需要不断推动宪法学方法论的综合化,更好地处理价值与事实之间的紧张关系。既要承认规范中存在的价值,同时也要坚持方法论上的人文主义情怀;既要围绕规范展开宪法学研究,同时也需要明确地表达价值原则,在综合化过程中形成宪法与社会的良性互动。

我们需要通过不懈的学术努力,不断推动宪法监督、宪法解释等制度的良性、常态运行。建构具有实效性的宪法监督制度是我们几代人宪法学人的学术梦想,30年前,第一届年会的主题就是“宪法的实施”。30年后,这次年会的主题是“宪法监督:理论建构与制度完善”,学者们仍然在为宪法实施的话题而努力。为了法治的未来,为了社会正义,为了民众生活的安定与国家的稳定,我们需要坚守学术理想,继续探索。在未来中国宪法学的发展中,如何推动重要的宪法制度常态化运行是宪法学者们的共同使命。在我看来,国家的真正强大在于法治,而法治的强大首先要看宪法能否得到很好实施,而宪法实施有赖于宪法监督制度的完善。

我们需要继续扩大宪法学的学术影响力,实现“宪法的部门法化”、“部门法的宪法化”,克服学术精品较少、研究领域分布不平衡、对部门法的宪法化缺乏关注、基础理论缺乏体系化等问题。一个学术共同体的核心任务是坚持学术独立,积累学术共识,推出高水平的学术成果。中国社会必然走向法治,宪法监督制度会越来越完善,社会实践呼唤

宪法学的回应。为此,我们需要做好充分的理论储备。

回顾 30 年宪法学发展的目的是展望未来,规划“后 30 年”的宪法学发展。我们有理由期待,宪法学研究将迎来学术创新的契机。特别希望年轻学者们珍惜学术共同体的尊严,体认学术共同体的使命,继续凝练范畴体系,秉持专业化的研究方法,提高宪法学整体的理论和解释、指引实践的水平,坚守依宪治国理念,坚持专业精神,充满自信和乐观,抓住历史契机,推进中国宪法学研究的发展,推进社会主义法治国家建设。

最后,祝愿老一代宪法学者健康长寿,祝愿贵州大学法学院发展顺利,期待中国宪法学研究更加美好的明天!

第二部分 学术论文

论宪法惯例的规范性

何永红*

现代宪法的规范性,主要体现在它“缜密且统一地规范政治统治的建构和运作”,这不仅要求国家权力通过宪法产生,而且还有一个刚性条件,即“只有当宪法的调整范围与国家权力的活动范围完全一致的时候,它才能实现其对政治统治进行彻底法律化的诉求”。^① 宪法惯例作为对宪法性法律规则的补充,就性质而言,也具有规范性的特点。惯例和法律虽然在概念上有明确区分,但它们起作用的方式是相似的,而且具有许多共同的特性,这就使得法院和立法机关在恰当的时候把惯例转化成法律成为可能。

简言之,宪法惯例作为一种社会规则,不仅仅是对实然状态的描述,而且也是对政治行为的规范,具有宪法文本般的规范性和约束力。^② 在此前提下,若要对某些可疑的宪法惯例进行认证,就必须首先让它们在理论上通过“规范性”的检验,否则,这些所谓的惯例就只是一些“习惯性的做法”或“已有的做法”而已,并不构成真正的宪法惯例。然而,宪法惯例与习惯性做法之间的区别何在? 宪法惯例具有哪些内容,以及更重要的,宪法惯例的约束力体现在什么地方? 也就是说,宪法惯例是否为政治行为人施加了义务,这种义务的履行靠什么保障实施? 这正是本文试图回答的问题。

一、作为宪法准则的宪法惯例

宪法惯例是英国人的发明,最先对其进行理论总结的是英国宪法学家戴雪。然而,在戴雪之前,已有大量关于宪法惯例的论述。戴雪本人在《英宪精义》初版(1885年)前言中承认,他的研究得益于同时代的宪法史学者弗里曼。弗里曼在“成文法”和“惯例性宪法”之间所作的区分,激发戴雪去探寻“为何宪法默契尽管不是法律却仍然得到遵守”这一问题的答案。^③ 按照弗里曼的说法,直至17世纪末,宪法和法律间划分不出界限,君

* 西南政法大学行政法学院副教授。

本文得到2014年度国家社科基金项目《宪法惯例规范研究》(14XFX016)资助。

① [德]迪特儿·格林著:《现代宪法的诞生、运作和前景》,刘刚译,法律出版社2010年版,第61页。

② 就此而言,那些超出宪法调整范围的最高国家权力,在其实践中所形成的惯例就一定不是现代宪法意义上的宪法惯例。这就是我们区分宪法惯例与政治惯例的标准。参见何永红:“中国宪法惯例问题辨析”,载《现代法学》2013年第1期。

③ 当然,在弗里曼之前,我们还能列出一长串的人物,如洛克、布莱克斯通、伯克哈勒姆等。