

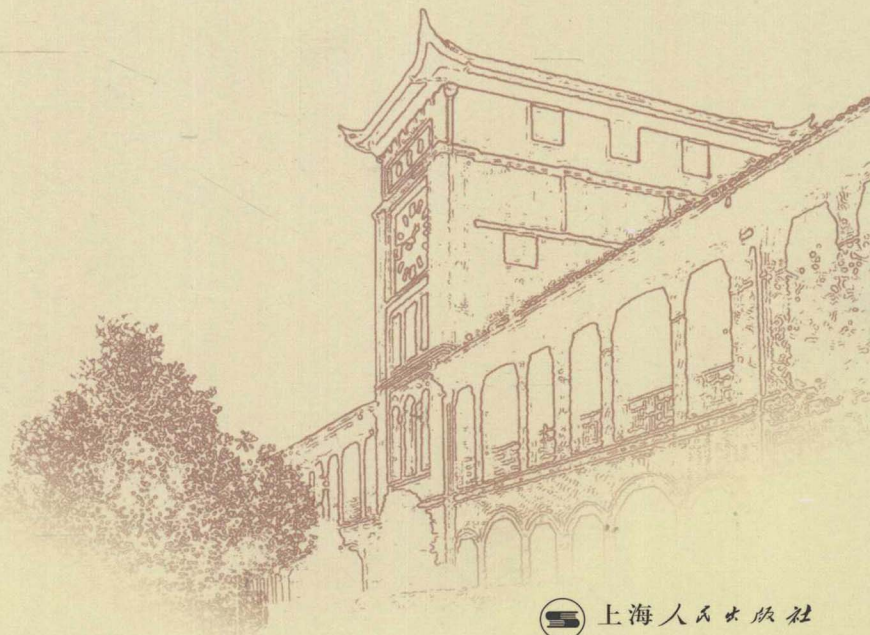


华东政法大学
科学研究院社科文库
第二辑



宪法理论及其实践

饶志静 著



上海人民出版社



华东政法大学
科学研究院社科文库
第二辑



宪法理论及其实践

饶志静 著



上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

宪法理论及其实践/饶志静著. —上海: 上海人民出版社, 2011
(华东政法大学科学研究院社科文库. 第2辑)
ISBN 978-7-208-10327-6

I. ①宪… II. ①饶… III. ①宪法—法的理论—研究
IV. ①D911.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 212040 号

责任编辑 解 锐 张应逸

• 华东政法大学科学研究院社科文库 第二辑 •

宪法理论及其实践

饶志静 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 890×1240 1/32 印张 8.75 插页 4 字数 209,000

2011 年 11 月第 1 版 2011 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-10327-6/D · 1990

定价 22.00 元

前 言

岁月无痕,转眼又闻到了华政校园的丹桂飘香。金秋是收获的季节。继去年出版第一辑社科文库后,华东政法大学科学研究院又隆重推出了第二辑十种学术专著。这辑文丛体现出科学研究院发挥跨学科研究的多元优势,通过不同学科之间的学术交流与深化研究,使科研人员迸发出了科研创新的思想火花。收获的成果有目共睹,但播种的辛苦唯有自知。就这一点而言,科学研究院全体研究者都付出了各自的努力。

2008年9月,我校通过引进优秀人才并抽调各院系精兵强将成立了科学研究院,旨在整合科研资源,营造良好的科研氛围,促进以法学为主,多学科共同发展的格局。在不断推出丰硕的科研成果的同时,也寄希望以科学研究院为平台,进一步提高我校科研实力,储备优秀人才,以实现综合实力的跨越式发展。通过这三年的实践,这个目标已基本实现。

科学研究院成立以来,每周必举行一次学术讲座,邀请国内外各研究领域的高端专家就各类热点问题探讨,同时也安排年轻的研究人员进行专题演讲,与同仁进行现场互动,以促进和提高他们的综合学术水平和表达能力。这已经形成了一个良好的学术传统。

其二是编辑印制《社科通讯》,以内容摘要和全文转载的形式收集与传达国内外最新的学术动态,为全体科研人员扩大学术信息的获取提供便利。

其三即是编辑出版《社科文库》。从这一辑的文丛目录上可以感知,研究者中有资深教授、副教授,也有刚走上研究岗位的年轻博士。有精深的法学基础理论和应用实践研究成果,也有文史哲方面的最新研究成果……科学研究所获得的科研成果呈百花齐放之态,这与我校定位为以法学为主的综合性文科大学的发展方向是相吻合的。

开展丰富多彩的学术活动,在日常工作中处处提倡以科学研究的核心价值观念,又有着上述三个平台持续发挥着作用,科学研究院在2011年所申报的国家及省部级科研项目中屡获佳绩。何敏教授的“激励创新与转化之职务发明专利制度研究”获立国家社科基金一般课题。丁建顺教授的长篇小说《挚友》获立上海市重大文艺创作项目。练育强博士的“证券行政处罚与刑事制裁衔接问题研究”获立国家社科基金青年课题。李洁博士的“大学生人生态度现状与转化研究”获立全国教育科学“十二五”规划国家青年课题。叶慧娟副研究员的“对中国转型社会犯罪控制的新研究——以网络传播为视角”获立教育部青年基金项目。饶志静博士的“雇主不当劳动行为认定基准与救济机制研究”获立青年基金项目。肇旭博士的“生物技术专利的三性判断标准实证研究”获立上海市哲学社科规划项目……今年科学研究院获立了这些科研项目,还有明年、后年及此后数年在酝酿在申报的课题,前景是相当喜人的。当这些研究项目顺利结项,当各位研究人员将研究成果形成文本交付出版,那第三

辑第四辑及此后的社科文库都有了稿源和质量上的保障。

我们所处的时代已打开了中华民族振兴的上升通道。愿科学研究院的全体研究人员抓住机遇,努力实践,执着追求,多出精品,并努力将《社科文库》这一学术平台建设成为我国社会科学研究方面一个重要的学术窗口。愿我们牢记“笃行致知,明德崇法”的华东政法大学校训,以自己的“笃行”无愧于这个伟大的时代。



2011年10月

总 序

科研兴趣的形成来源于一个人青少年时代的爱好。这种爱好可能因时间的渐进和环境的改变而有所变化,但总体而言,其成因与他的经历有着密不可分的关联。一位有所成就的研究者,在三十岁时已应基本读完其专业领域的所有经典文献,然后开始自己的创新探索。所谓的“三十而立”,讲的就是这个道理。

科学研究工作是一种以探索自然客观规律与社会演进规律为目的的复杂的智力劳动,是一项艰难苦涩但富有创新价值的研究工作,研究人员必须进行系统的研习和长期的积累,并充分掌握国内外相关文献与资料,才能从事独立的、创造性的学术研究,从而在各自的学术领域取得骄人的成就。

我很欣喜地看到,我校科学研究院的研究人员潜心创作,出版了他们优秀的学术系列专著——华东政法大学科学研究院《社科文库》第二辑。这

一文库的面世一方面反映了他们勤奋努力的学术精神,同时也反映了他们所具有的坚实强劲的科研能力。

这套文库的十部著作中,既有基础性学术理论研究,有揭示社会发展规律的实践分析;既有对国内特定历史时期文化的梳理,也有对国外特定制度运行机理的析评;既有以上海为对象的针对性研究,又有对特定产业的多元化探索。

其中,何敏教授的《知识产权法总论》是一本对知识产权法律制度及其基本原理进行系统认识的著作。它全面概括了知识产权法制领域中的主要社会现象与基本规范规律,是人们深入认知知识产权法律思想体系与制度体系的前序性工具。这一著作不仅综合归纳了知识产权法各子部门法及其各子学科所共同具有的基本原理,还对各子部门法及其各子学科的特殊现象与专门问题进行了系统分析。其研究方法 with 认知视角既突出了理论的系统性,又强调了实践的可参性,力图从知识产权法制理论的基础性与总括性角度探讨知识产权原理与制度的规律性与特征性。

丁建顺教授的《古典书法的人文意蕴》一书以史为经,以人物、书法事件和书法作品的审美为纬,编织着中国书法史上每一个重要的节点。在叙述中,其以史载人,以人说书,以书论艺,将重点放在书家特定的时代背景和曲折的人生经历,以每一个于书法艺术作出贡献的书家和事件为切入点,纵鉴正史野史,列举悬疑,陈述观点,探幽发微,择善而从,力求全面而准确地还原出历史的风貌,并以全景式的方式展现出博大精深、绚烂多姿的中国古代书法艺术。

傅守祥研究员的《比较文学视野中的经典阐释与文化沟通》分为探索命运与关注存在、神念传统与现世精神、浪漫想象与现实投射、生命意志与绝望反抗、性别政治与隐性暴力等五章,试图从文化诗学与跨文化研究的角度对世界文学中的经典文本等作出崭新的阐释,以比较诗学的理念与文化研究的方法来对世界文学研究中的一些重要命题进行深入的探索与审视。

陈婉玲教授的《独立监管组织法律研究——以金融业分业监管为视角》一书认为监管权是国家经济调节权的一种具体形态,与国家的行政管理权存在质的差异。监管权具有自己独特的运行机理。监管相对于调控与规制,虽然同属于国家经济调节权范畴,但却具有不同的运行机理。所谓规制,是指规范、制约,是规定、制度的动态表现。规制的本质在于以规定来规范、以制度来制约。微观规制通过对微观市场的具体经济行为的规范和约束,克服不同主体意思表示和利益追求多元化与市场秩序的冲突,从而建立一个统一的行为规则、统一评判标准的平等、公正、开放的市场。调控本身意味着调节、控制,是一种综合化、系统化和间接化的行为方式。

张勇副研究员的《劳动刑法:侵权与自救的刑事一体化研究》一书研究了在民生保障的刑法观念基础上,确立突出保障弱势劳动者权益的价值理念,促进我国劳动领域的民生权益保障和实现劳动关系的和谐,为我国劳动领域刑事立法提供具体完善建议,对劳动侵权和自救犯罪正确地定罪量刑、执行刑罚提供具体对策。

王红曼副研究员的《中国近代货币金融史论》一书以中国近代货币金融为分析载体,围绕货币体系、金融机构、金融制度、金融市场与金融中心等各层面展开讨论,力图以各阶段货币金融结构变迁为历史主线,探索中国近代货币金融史的发展规律。

马慧玥博士的《丝绸之路与中国传统法律文化的传播》一书研究了通过丝绸之路,中国传统法律文化向中亚、西亚以及欧洲广泛传播。在中亚腹地,中国法律文化在很长一段时间里是影响中亚发展的重要因素;在东南亚地区,郑和船队以及华人移民所带去的中国法律文化与中国智慧,促进了东南亚文明化进程;在欧洲,中国传统法律文化以商人与传教士源源不断的书信为载体,对于欧洲的思想界造成了极大的震动,成为学者们“寻找社会变革所需理论与支持构建新社会制度的‘知识库’”。研究中国传统法律文化的域外影

响,对于正确认识中国传统法律文化,还原中华法系的历史地位,具有重要的意义。

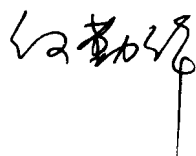
李彤博士的《19世纪英美契约法的历史发展》一书主要从19世纪英美契约法发展的历史背景及动因,重要契约规则及理论基础的变化、法学家和法官在英美契约法发展中的作用等方面切入,对19世纪英美契约法的发展情况进行宏观阐释,力求展现英美契约法极盛时代的样貌表征,分析其规则繁盛发达背后的发展动因,以期为研究英美契约法的现行制度提供历史平台,也为我国相关法律法规的完善发展提供外国法的借鉴。

饶志静博士的《宪法理论及其实践》一书体察到基本权的基础理论,乃是各种宪法问题的核心所在。因此在研究过程中,围绕基本权利的基础理论——基本权利的运作(宪法解释方法问题)——基本权利的救济(违宪审查制度问题)这一主线展开研究,尝试摸索以比较法学的方法,介绍并比较我国与欧美等国家的相关基础理论,以期能借此厘清我国相关制度,并进而检讨问题所在。

肇旭博士的《人类胚胎干细胞研究的法律规制》通过从伦理与法理角度对人类胚胎干细胞研究、英美等国的立法管制、人类胚胎干细胞与专利保护、人兽嵌合体研究的法律规制及我国相关立法实践的系统分析,笔者认为:摧毁早期胚胎进行人类胚胎干细胞研究与我国民众的伦理观念及现行的法律规范并不冲突。但是,为了防止科学的异化,仍需对该类研究进行法律规制,理应将其限定在伦理与法律可接受的范围内。同时作者认为:我国现行的《人胚胎干细胞研究伦理指导原则》存在若干不足,因此,借鉴其他国家经验,制定我国的人类胚胎干细胞研究立法势在必行。

科研成果的获取并非易事,它需要研究人员投入全部的智慧与心血。当今社会正处于多元化的转型期,我认为科研人员应尽量排挤杂念,埋首书房,真心实意地搞点儿研究、做点儿学问。淡泊名利

潜心治学是一名学者取得成就的前提条件。正如著名科学家丘成桐所说：“好的科学家首先要坐得住。”这“坐得住”，我的理解就是要耐得住寂寞。

A handwritten signature in black ink, likely belonging to Qiu Chengtong, consisting of stylized Chinese characters.

2011 年 10 月

目 录

第一章 宪法的理论	1
第一节 宪法的解释:结构何为?	1
一、何谓结构解释	1
二、美国联邦最高法院宪法结构解释 的实践	3
三、对结构解释的检视	9
四、对我国宪法的解释的启示——建立 结构解释的宏观视野	12
第二节 原旨主义与美国宪法解释理论 的论争	14
一、原旨主义发展脉络及内涵	15
二、原旨主义的论证路径	18
三、非原旨主义者的质疑	20

四、争论背后隐蔽的问题	22
五、对我国宪法解释的启示	25
第三节 法律合宪解释原则研究	26
一、法律合宪解释原则的概念	27
二、法律合宪解释原则的宪法基础	30
三、法律合宪解释原则的性质	32
四、法律合宪解释的效力与功能	34
五、合宪解释的困境:在积极和消极之间的艰难平衡	35
第四节 未列举基本权利的宪法解释方法	38
一、未列举基本权利的宪法解释文本依据	39
二、未列举基本权利的宪法分析框架	44
三、未列举基本权利的宪法解释方法	47
四、对我国未列举基本权利保护的启示	50
第五节 宪法比较解释的正当性	55
一、问题的提出	55
二、美国联邦最高法院实务分析检讨——以宪法第八 修正案的相关判决为例	57
三、宪法比较解释正当性的理论争议	63
四、争论背后隐蔽的问题	70
五、对我国宪法解释的启示	74
第二章 基本权利的保护	79
第一节 宪法上的人格尊严	79
一、人格尊严的含义	79
二、人格尊严权的宪法属性	84

三、人格尊严的内涵	88
四、人格尊严作为基本权利的功能	92
五、人格尊严宪法规范的实证分析	95
第二节 平等权分析架构中的嫌疑分类	107
一、问题的提出——平等权审查基准下的嫌疑分类	107
二、美国平等权的三重审查基准	109
三、判断嫌疑分类的标准	112
四、我国宪法框架下的嫌疑分类	116
第三节 英国反就业歧视制度及实践研究	120
一、英国反歧视立法的背景	120
二、禁止歧视的理由	122
三、禁止歧视的形态	131
四、就业歧视禁止的领域	135
五、反就业歧视的机构及其主要职能	139
六、对我国就业歧视法制之启示	142
第四节 我国禁止就业年龄歧视法制之探讨——以美国	
为比较对象	144
一、问题的提出	144
二、美国《就业年龄歧视法》的制定及其内容	146
三、我国就业歧视法制之展望	154
第五节 变性人基本权利研究——以欧洲人权法院判决	
为中心	156
一、变性人带来的法律难题	156
二、变性手术的相关问题	157

三、变性人的基本权	159
四、结论	166
第六节 美国宗教自由案例小译四则	166
一、林奇诉唐纳利案(Lynch v. Donnelly)	166
二、埃弗森诉地方教育委员会案(Everson v. Board of Education)	169
三、米勒诉艾伦案(Mueller v. Allen)	172
四、亚哥斯提尼诉费尔顿案(Agostini v. Felton)	175
第三章 宪政制度的运行	180
第一节 德国违宪审查制度鸟瞰	180
一、德国违宪审查制度的历史沿革	180
二、联邦宪法法院的组织结构	195
三、联邦宪法法院的具体管辖权及其裁判方法	202
四、宪法法院的裁判程序	222
五、德国违宪审查制度面临的挑战及未来发展	229
第二节 丹麦国会监察使制度初探	232
一、国会监察使的起源与发展	232
二、国会监察使的地位与组织	233
三、国会监察使的职权	234
四、对国会监察使的监督	236
第三节 论美国宪法上的政府行为理论	237
一、政府行为理论的形成——民权诉案(Civil Right Cases)	237
二、政府行为的审查标准	239

三、对政府行为理论的评析	242
第四节 特定问题调查制度的宪政思考	245
一、特定问题调查委员会的宪政来源	245
二、我国关于特定问题调查制度的法律规定	246
三、特定问题调查权在实践中的问题	247
四、完善特定问题调查制度的设想及建议	249
参考文献	252
后记	257

第一章 宪法解释的理论

第一节 宪法解释：结构何为？

自从在 1803 年“马伯里诉麦迪逊案”中，确定了美国最高法院拥有解释宪法的权力以后，关于如何正确解释宪法的争论在美国的理论界和实务界就从没有停止过。虽然在旷日持久的论辩中形成了种类繁杂的宪法解释方法，然而结构解释却始终占据着重要的一席之地。本节拟对美国宪法结构解释的基本原理和司法实践进行初步的梳理，以期对我国宪法解释理论有所借鉴。

一、何谓结构解释

结构解释方法，又称结构推理方法（structural reasoning），也有学者将其称为彼奴姆布拉（Penumbra）理论。^①这种解释的方法，并不是将解释的焦点放在特别的文字或言辞上，而是将宪法当作

^① [日]中野目善则：《宪法解释方法》，金玄武译，载陈金钊、谢晖主编：《法律方法》（第 1 卷），山东人民出版社 2002 年版。