



上海社会科学院哲学社会科学
创新工程学术前沿丛书·第二辑

主 编：黄仁伟 叶 青

法学理论前沿

主 编：殷啸虎 叶 青
副主编：杜文俊 程维荣

上海社会科学院哲学社会科学创新工程学术前沿丛书·第二辑

主 编：黄仁伟 叶 青

法学理论前沿

主 编：殷啸虎 叶 青

副主编：杜文俊 程维荣

 上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

法学理论前沿/殷啸虎,叶青主编.—上海:上海社会科学院出版社,2016

ISBN 978-7-5520-1421-1

I.①法… II.①殷… ②叶… III.①法的理论-研究-中国 IV.①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 124743 号

法学理论前沿

主 编:殷啸虎 叶 青

副 主 编:杜文俊 程维荣

责任编辑:熊 艳

封面设计:黄婧昉

出版发行:上海社会科学院出版社

上海顺昌路 622 号 邮编 200025

电话总机 021-63315900 销售热线 021-53063735

<http://www.sassp.org.cn> E-mail: sassp@sass.org.cn

照 排:南京理工出版信息技术有限公司

印 刷:上海颀辉印刷厂

开 本:710×1010 毫米 1/16 开

印 张:34.75

插 页:2

字 数:565 千字

版 次:2016 年 6 月第 1 版 2016 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5520-1421-1 / D·385

定价:128.00 元

版权所有 翻印必究

上海社会科学院哲学社会科学
创新工程学术前沿丛书·第二辑

编审委员会

主 任

王 战 于信汇

副主任

黄仁伟 叶 青

委 员 (按姓氏笔画为序)

于 蕾 王 振 王玉梅 王海良 方松华 石良平 叶 青 权 衡
朱平芳 刘 杰 刘 鸣 汤蕴懿 孙福庆 李 凌 杨 雄 杨亚琴
何建华 何锡蓉 邵 建 郁鸿胜 周冯琦 荣跃明 胡晓鹏 姚勤华
党齐民 晏可佳 黄仁伟 谢京辉 强 茨

主 编

黄仁伟 叶 青

副主编

朱平芳 汤蕴懿

组 稿 (按姓氏笔画为序)

王 健 王世伟 方松华 叶 青 权 衡 朱平芳 刘 杰 刘 鸣
李 伟 李 煜 轩传树 何锡蓉 余建华 沈开艳 张维为 周冯琦
周海旺 荣跃明 姚勤华 晏可佳 强 茨

上海社会科学院哲学社会科学创新 工程学术前沿丛书概述

(代序)

当前,社会科学领域正面临大量理论和实践问题,需要理论界的证明和创新。上海社会科学院在“创新工程”的机制下,结合研究生教学和高端智库建设方向,于2015年初正式启动《上海社会科学院哲学社会科学创新工程学术前沿丛书》项目(下称“丛书”)。本丛书力图反映本学科最新研究成果和理论探索前沿,为研究生理论积累和博士阶段学习提供引导,同时也为授课教师提供基础性材料。

此次组织出版的丛书为2015年院“创新工程”和研究生院共同资助的第一批集中成果。丛书以马克思主义、毛泽东思想、邓小平理论、“三个代表”重要思想、科学发展观和“四个全面”为根本指导思想,以我院首批38个创新团队为骨干编辑撰写。整个申报评审过程秉承了院“创新工程”公开竞争,择优选取、差额资助原则,所有立项申请均委托第三方组织评审,根据申报质量进行差额资助,确定通过名单向全院公示。为确保编撰质量,成立了院领导牵头、各研究所所长组织、创新团队首席专家领衔、院部相关处室协同“四位一体”的组织框架和工作机制,为丛书的顺利出版提供了保障。

在此基础上,2015年到2018年期间,我院将组织编写出版60部左右上海社会科学院创新工程学术前沿重点教材,作为上海社科院“创新工程”建设中的重要成果展示平台,也为建院60周年献上一份厚礼。整个项目将分两阶段陆续完成。第一阶段,第二至四年,每年编辑、审定和正式出版学术前沿教材15本左右;第二阶段,后一至二年,结合院“创新工程”各团队标志性成果,新增若干部国内顶级、国际一流的重要系列成果,并对已经出版的前期学术前沿成果进行必要修订与再版。

本书得到王战院长、于信汇书记的全面指导,黄仁伟副院长和叶青副院长策划监督执行,参与本次组织工作的人员包括:朱平芳、佘凌、胡晓鹏、汤蕴懿、王晓丰、杨璇。

上海社会科学院哲学社会科学创新工程

学术前沿丛书编委会

执笔:汤蕴懿

2016年元月1日

目 录

第一章 法学理论前沿综述	1
第一节 宪法学理论前沿综述	1
第二节 政府法治理论前沿综述	15
第三节 民商法经济法理论前沿综述	30
第四节 刑法学理论前沿综述	39
第五节 刑事诉讼法学理论前沿综述	53
第六节 社会法学理论前沿综述	77
第七节 司法制度及其改革理论前沿综述	89
第八节 国际法学理论前沿综述	119
第二章 依法治国基本理论研究	129
第一节 依宪治国的实质与现实路径	129
第二节 当代中国法治的功能	147
第三节 系统科学方法与法治体系构建	162
第四节 特别行政区对外交往权性质研究	176
第三章 政府法治基本理论研究	196
第一节 新时期政府效能建设及其法治路径	196
第二节 上海法治评估指标体系与实证研究	209
第三节 制定我国宏观调控基本法理论研究	226
第四章 民商法与经济法理论研究	246
第一节 大规模侵权的规制与公众理性	247
第二节 我国证券法律制度与理论的发展	258

第三节	环境法治体系下的环保法	273
第四节	我国融资租赁行业监管模式的完善	286
第五节	中国信用评级业发展与改革研究	298
第五章	刑法理论研究	317
第一节	刑法现代化与我国刑法宏观问题理论	317
第二节	行政犯的罪过形式	330
第六章	刑事诉讼法学理论研究	342
第一节	全面深化司法体制改革的原则与制度	342
第二节	“一事不再理”原则在我国的确立	363
第七章	社会法学理论研究	374
第一节	对口支援应纳入依法治国轨道	374
第二节	运用法治思维和法治方式化解社会矛盾	386
第三节	依法治国视野下的中国卫生立法研究	400
第八章	司法道德与制度建设理论研究	414
第一节	公正司法的道德困境	414
第二节	传统审判原则对当今的启示意义	427
第三节	检察机关运用民事督促起诉制度研究	440
第四节	司法介入金融监管若干问题研究	452
第五节	刑事被害人司法救助研究	470
第九章	国际法治与域外经验理论研究	482
第一节	海洋法的发展与挑战	482
第二节	负面清单管理模式的国际经验与中国立法	499
第三节	碳排放交易法律制度研究——比较分析框架	516
第四节	两岸三地飞机租赁交易法律问题研究	532
后 记		544

第一章 法学理论前沿综述

法学是社会科学的重要分支,它以法律现象为研究对象,随人类的法律制度变迁而发展;而法学的兴盛则会推动法律的完善与进步,促进法权分配的科学化和民主化,间接地实现对社会全部利益与财产的合理配置与维护。根据研究方法的不同,法学大致分为理论法学和应用法学。本书将侧重于后者的理论前沿介绍,而对法理学和法史学不作过多涉猎。根据调整对象和调整方式的不同,实在法又分为公法与私法两大门类,细分下去则包含宪法、行政法、刑法、民商法、经济法、诉讼法、环境法、国际法等,法学分支也就相应设立。我国法学二级学科便遵循这样的分类方法而设置,各学科经过长期发展都产生了独特的理论体系与话语体系,学者们依据各自的兴趣与特长组建了相对独立的学术共同体,在对本学科重要论题的长期切磋砥砺中推动学科的完善与进步,并对各自的实践领域之问题与难题给予解答和回应。本书依托编著单位的学科优势,由各学科专业研究人员对各自研究领域近5年来的学科前沿问题作出介绍,以使读者了解各个部门法学的基本概貌和研究动态,便利诸位“按图索骥”地找寻有关文献,对法学各学科做深入的认知和考究。本章共分为八节,基本涵盖所有部门法,在对内容作具体编排时,基于技术性的需要,将民商法与经济法合并介绍,并将环境法的部分内容列入其中,诉讼法仅仅涉及刑事诉讼法部分,同时增加较为热门的社会法与司法制度及改革部分。本章是本书其他章节的总论部分,较为宏观和全面,希冀对读者快速掌握学科前沿有所裨益。

第一节 宪法学理论前沿综述

近5年,是我国实施“十二五”规划承前启后、为全面建成小康社会奠定坚实基础的重要时期。面对经济社会发展的新要求和人民群众的新期待,我国

全力推进平安中国、法治中国建设,切实保障宪法法律实施,不断完善中国特色社会主义法律体系,积极弘扬法治精神。在此期间,我国宪法学界以纪念现行宪法公布施行 30 周年和纪念人民代表大会制度创建 60 周年为重要契机,发表了诸多成果,开创了宪法学研究的新局面。

一、宪法学研究的背景与概述

2012 年 12 月,习近平总书记在首都各界纪念现行宪法公布施行 30 周年大会上指出:“我国宪法以国家根本法的形式,确立了中国特色社会主义道路、中国特色社会主义理论体系、中国特色社会主义制度的发展成果,反映了我国各族人民的共同意志和根本利益,成为历史新时期党和国家的中心工作、基本原则、重大方针、重要政策在国家法制上的最高体现。”^①2014 年 9 月,习近平总书记在首都各界纪念人民代表大会制度创建 60 周年的讲话中指出:“宪法是国家的根本法,坚持依法治国首先要坚持依宪治国,坚持依法行政首先要坚持依宪行政。”^②

2014 年 11 月,中共十八届四中全会公布《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,指出,要“完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系,加强宪法实施”;要“使每一项立法都符合宪法精神、反映人民意志、得到人民拥护”;并规定“将每年十二月四日定为国家宪法日。在全社会普遍开展宪法教育,弘扬宪法精神。建立宪法宣誓制度,凡经人大及其常委会选举或者决定任命的国家工作人员正式就职时公开向宪法宣誓”。

根据中国法学会《全国性法学社会团体规则》,于 2011 年 10 月在西安召开了全国宪法学研究会第一次会员代表大会暨以“中国社会变迁与宪法”为主题的年会。会议通过了中国宪法学研究会第一届理事会选举办法,选举产生了中国宪法学研究会第一届理事会。中国宪法学会此后在宪法人才的培养、宪法学术会议的举办、宪法学研究重心的引导,以及宪法学交流方面发挥着不可替代的作用。2012 年 8 月在北京召开了以“八二宪法实施三十年:回顾与展望”为主题的年会。2013 年 10 月在重庆召开的中国宪法学研究会年会,以“法治国家建设与宪法实施”为主题。2014 年在江西南昌举行的中国宪法学研究

① 习近平,在首都各界纪念现行宪法公布施行三十周年大会上的讲话[M].十八大以来重要文献选编(上),中央文献出版社,2014:86.

② 习近平,在庆祝全国人民代表大会成立六十周年大会上的讲话[M].人民出版社,2014:8.

会年会,以“立法与国家治理体系现代化”为主题。在此期间,各地法学会或其宪法学会也举办了相关研讨会。

近5年来,有关宪法研究的成果十分显著。根据《中国宪法年刊》所载数据,5年中平均每年出版宪法类著作近100种,译著与教材各10余至20种,在各类刊物上发表约400—500篇左右的论文(其中发表在13种主要法学专业刊物上的论文年均一百数十篇),完成了相关的研究课题。当前宪法研究领域具有三个特点:第一,对宪法的研究在朝向立体性与多维性发展,学者从很多不同的角度对宪法的发展进行了研究;第二,当前的宪法研究已趋向打破学科的壁垒,更关注对现实问题的回应和关照;第三,对一些基本概念如人权、正当程序等仍需取得共识。在此过程中,宪法领域的研究与教学队伍不断壮大。近年来,宪法学会涉及理事的单位越来越多,代表性越来越广。目前我国宪法学的研究力量大致分为三大系统:第一,高等学校从事宪法学教学和理论研究的人员;第二,研究机构专门从事宪法研究的人员(涵盖相关的编辑人员);第三,实务部门如人大、法院、检察院从事宪法学理论和实践相结合问题的研究人员。^①

二、宪法学研究的主要论题

随着依法治国的深入,在宪法地位受到党和国家领导层高度重视的同时,5年来宪法研究的主要议题有以下几个方面。

(一) 社会变迁与宪法发展之间的关系

在2011年纪念辛亥革命100周年之际,学界研究了宪法与近代社会的关系、辛亥革命对我国近代宪政运动的影响。有学者认为,民国初年,联省自治和省宪运动的失败虽然与时机不成熟有关,但主要在于宪政文化的缺失。宪政是一种宽容、妥协、诚信与合作的积极生活态度和生活方式。宪政隐含于我们日常生活的一言一行中,只有充分领略宪政的内涵,加强思想的启蒙以及制度重构,中国宪政才能跳出泥潭。

有学者指出,前几代宪法学者至少已经完成了以下几大任务:一是完成了宪法的启蒙,宪法意识在全社会得到普及;二是经过清末、民国、新中国的探

^① 韩大元等.中国宪法学研究队伍发展的回顾与展望[J].中国宪法学研究会.中国宪法年刊(2012).法律出版社,2013.

索,已经找到适合中国的民主道路;三是为我国制定了一部比较好的宪法,经过长期实践,现行宪法是比较好的宪法;四是进行了初步的宪政实践。我们这代宪法学者的任务应该包括推动宪法的实施,努力形成中国宪法学自身的理论体系。

有学者认为,五四宪法对民族区域自治制度进行了较为全面的规范,其与共同纲领相比,在性质、地位、自治权、民族乡等内容上都有较大改进,使民族区域自治制度的宪政法律地位得以正式确立。自八二宪法颁行以来,学界对宪法概念的研究有了进一步的深入,形成了多样但又具同一性的宪法概念。就其多样性而言,宪法的概念已经脱离了众口一词的意识形态一统色彩;但这些多样化的宪法概念又具有同一性,实现了一个根本性的转变,即从突出“管理性”的国家总章程转向了强调“权利性”的国家根本法。在这种意义上可以说,八二宪法颁行以来的“宪法概念”史是一个与时俱进、逐步更新的进化史。^①

社会转型对执政党权力的科学运行提出了新的要求。有学者强调,当前,我们需要在宪法上构筑执政党与人民之间的关系,从而回答在宪法领域中什么是执政为民、怎样执政为民的问题。有学者论述了宪法学如何抓住深化改革所带来的各种机遇。深化改革在很多层面上都是宪法问题,它作为一种政治层面的推动将对社会环境产生以下三方面的影响:一是在制度层面上;二是在精神层面上;三是整体社会环境上。由于社会环境发生变化,“活”的宪法就注定要回应这种变化。同时,宪法又需要保持自身的稳定性与权威性。应维护宪法的基本稳定、树立宪法权威,以往突破宪法进行改革,然后通过修改宪法承认成绩的路径,在当下背景下是不适宜的。

(二) 宪法在社会主义法律体系中的地位

中国法学会宪法学研究会 2010 年年会暨学术研讨会上,中国法学会宪法学研究会名誉会长、中国人民大学法学院许崇德教授在大会主题发言中,明确提出了他对法律体系基本特征的五点认识:一是法律体系的性质取决于经济基础的性质;二是法律的调整范围决定了特定的法律部门的存在,并在此基础上进一步形成了科学合理的法律体系;三是法律体系的构建必须结合自身国情,国情变化决定法律体系的演变;四是法律体系应是法律规范的总和,应是一

^① 董和平.中国社会变迁与宪法——中国宪法学研究会第一次会员代表大会暨 2011 年年会综述[J].中国宪法学研究会.中国宪法年刊(2011).法律出版社,2013.

个包括宪法与一般法在内的门类齐全、内部协调的法律规范网络;五是法律体系的演变是一个历史的过程,有一个发生、发展的过程,必须遵循其客观规律。

有学者介绍了当时学术界对法律体系形成阶段划分的主流观点,认为我国法律体系形成可大致分为三个阶段:第一阶段是新中国成立初期到改革开放之前的30年。这一阶段我国的立法工作初具规模;第二阶段是改革开放之后到1997年党的十五大正式提出建立法律体系,再到2010年形成中国特色社会主义法律体系。这一阶段的主要特点是立法工作进一步完善,法律体系初具雏形;第三阶段是1997年到现在。法律体系正在形成和接近形成。按照中央权威部门的看法,第三阶段又可细分为三个具体的发展阶段:第一阶段,至2004年九届人大结束时是“初步形成”;第二阶段,至2008年十届人大届满时是“基本形成”;第三阶段,至2010年底时“正式形成”法律体系。关于法律体系形成的标准,应当把握两个基本尺度:一是社会标准,即法律是否与国情、法律实践相协调;二是法律标准,即法律本身是否齐备、科学和合理,主要的法律部门是否已经建成。目前关于7个法律部门的分类方法具有一定的中国特色,但是,还不能很好地反映法律适应社会现实发展的要求,环境资源法和军事法应当考虑独立出来。

关于法律体系的品格,有学者强调两点:一是法律体系要具有全球品格;二是要关注地方立法在法律体系中的作用,灵活有效的地方立法要优于僵化和依据固定程式对立法做出统一解释的立法制度。有学者指出,秩序形成的理论有理性主义与经验主义之分。从当代中国法律体系的形成轨迹来看,法律体系的形成不是自生自发的,而是有着非常明显的理性建构主义色彩,并指出理性主义发展进路在我国的社会历史条件下有其必然性与合理性。只有在经验与理性的互动中理解法治生成的真谛,把理性主义置于社会和文化的演进过程中,才能造就长久稳定的法治秩序。针对上述观点,有学者指出,在法律体系形成的不同阶段,经验主义与理性主义有不同体现,从经验与理性的抽象意义上来分析法律体系的形成特征有很大的缺陷。

有学者认为,可以从五个维度来看待中国特色社会主义法律体系形成的标准,即:一是社会生活的整个领域得到法律规范的系统调整;二是自治、完满的法律规范体系的确立;三是系统、协调、有效的法律实施机制的构建与法治秩序的形成;四是以宪法为基准的国内法与国际法调适机制的确立;五是以宪法为基础的常态法律体系与非常态法律体系的衔接。有学者认为,综合宪法

文本的规定、人民代表大会制度的基本要求和法律体系内部和谐一致的特征，宪法和法律之下的配套法规（主要指行政法规与地方性法规）应当而且必须是我国法律体系的重要组成部分。

有学者认为，在部门法规范冲突案件中，法官需遵循宪法上的人权保障原则与比例原则，在私法案件中适当引入公法规定而区分诸种民事法律行为的效果，在公法案件中为维护公法法益则应酌情考量当事人私法行为的效力。在完善中国特色社会主义法律体系的进程中，立法者需要在明确区分公私法的基础上促进两者之间的接轨，司法机关也应充分领会宪法原则的精神，在审判活动中对公私法规范冲突作合理的调适。有学者认为：宪法与部门法关系命题讨论的真正问题不仅仅是宪法与部门法的互相影响问题，而在于对法律体系概念本身的理解问题。宪法与部门法的关系命题实际上反映了不同法秩序之间的关系。通过宪法解释的途径可以使宪法学真正走向宪法解释学，从而有可能沟通宪法与其他部门法之间的关系。

有学者认为，中央与地方立法权力关系是国家法律体系建构中无法回避的理论和实践问题之一。在中央与地方关系中，起决定作用的是中央与地方的利益关系，中央与地方利益冲突原因复杂、多样。我国宪法应适应社会主义市场经济发展的要求和顺应世界宪政发展的潮流，尽快明确规定地方权力。有学者认为，目前地方立法权的来源在理论上不明确，地方立法权应当来自地方的自治权，而且将地方立法权定位为行政权也是不妥当的。我国现行宪法关于国家权力的横向配置制度表现为“人民代表大会制度”，实际上还包含了纵的关系，而且我国的国家权力结构具有复杂性，并不是平时所说的纯粹单一制国家。我国国家权力的纵向配置包括三种情况：一是我国中央与特别行政区的关系。由于存在中央与特别行政区出现矛盾时的具体解决方法的规定，因此更容易发挥中央和特别行政区的积极性，在理论上也更贴近国际意义上的地方自治的模式；二是民族区域自治。这种自治并不是国际意义的地方区域自治，实际上高度集权的模式；三是人民代表大会制度。这是一种特殊的模式。人民代表大会制度在国家权力纵向配置上导致中央集权、地方分权的性质，破坏了国家权力的纵向配置的关系，带来不可调和的矛盾，民主集中制正好掩盖了此项矛盾。

（三）中国宪法的精神

中国宪法学的出路在于关注实际生活中的宪法问题。关键是问题意识。

宪法主要是理念和原则,宪法中的规范大致上用来回答具体制度的正当性。这是宪法与部门法的不同。中国宪法的发展,必须在宪法、具体法律制度和社会问题三者之间进行充分论证。三要素必须关注,否则宪法学就没有生命。如果仅仅停留在宪法层面,就难免自娱自乐。

目前,中国宪法学进入了一个似乎多元化,但存在一个与多元化不同的制衡力量的时代。这就是目前的情景。为此,需要学术研究上的宽容,不只是一种风度,而是要以方法论上的立场来对待;不是表面上的,而是应当放到我们的研究立场上。宪法处于法与政治的焦点,处于政治价值冲突的浪口,对其应当有宽容精神。如何宽容?从方法论上、立场上,从骨子里容忍差异,不能宣布自己获得了绝对真理,否则就无法形成学术共同体,在一定范围内形成共识。如果标榜自己形成了绝对真理,就很危险。宪法学研究必须要在一种宽容的气氛中才能获得有效生存和发展的良好的学术环境。

法治的核心是宪法,依法执政的关键是依宪执政。有学者认为,法治最简单的概括就是良法实现,具体来说,包括以下三点:一是宪法和法律体系本身是良好的;二是宪法和法律是唯一的、至上的;三是宪法和法律得到了正确的、全面的实施。立法的首要目标应是民主,其次才是科学和效益。对于严格执法而言,严格并不是执法最主要的目标,执法最主要的价值目标应该是依法、合法。公正司法的理解没有问题。关于全民守法,它不仅仅表现为消极的守法,还包括护法、监督法律,甚至是间接参与立法。因此,法治的表述应当是民主立法、依法执法、公正司法、公民护法。

有学者认为法治意味着法的统治,何者为法是法治的首要问题,而非谁在统治。法包含高级权威,法治有如下含义:政府与公民同受法律之治;法律面前一律平等;程序公平或者正当法律程序。虽然我国的法治国家不可能是形式主义法治的中国延续,但须继承其杰出成果,在坚持实证主义方法的同时,承认宪法是法律,人权保护是法治的核心内容,重视法院在法治国家建设中的作用,发展具有地域和时代特色的社会主义法治理论。

有学者提交了当代中国公民宪法理念及其发展的调查报告,描述了我国公民宪法理念的三个基本特点,即:一是随着中国社会转型,公民宪法理念会发生巨大变化;二是传统中宪法理念依然存在较大比重;三是宪法理念转变在不同社会群体之间不是同步的,还有较大差距。有学者认为,作为人权范畴的人的尊严是生命尊严与社会尊严的统一,而脱离人的自由自觉的实践活动去

谈论人的自主、自决与自治必然会使人之尊严失去现实的根基。有学者认为,中国当前由“案多人少”所反映出来的司法负担问题是由中国社会政治过程阻塞失灵,人民不能有效监控政府权力,导致社会矛盾、政治矛盾增加而带来的。^①

(四) 宪法的解释与实施

有学者认为,我国宪法解释应服从于解释目的和解释意义,把维护国家的根本制度、实现国家的根本任务作为核心。我国宪法解释理论中缺少像美国那样的原旨主义,与之含义接近的是原意解释。由于我国制定或修改宪法时的讨论资料公开程度比较低,因此立法材料承载的信息有限。如果追求立法原意的理论定位,存在着寻找原意困难和脱离解释语境的问题。我国宪法解释的方法应该根据具体情况的不同而不同,美国是司法解释,中国是立法解释,将美国的结论推导到中国,稍显勉强。

宪法解释一直是中国宪法学的基本范畴与方法研究关注的问题。有学者认为,由于宪法原旨的先定约束力具有正当性,所以宪法忠诚的对象必须是宪法的原旨,而实现这一目标的途径就是坚持对宪法的原旨主义解释。从外部视角来看,建立在超多数规则上的宪法制定可以产生好的结果,那么坚持这种已经确立的规则就是要坚持宪法的原旨含义;从内部视角来看,既然成文宪法的本意就是要把某些东西固定下来作为明确性的制约,而宪法文本的含义,就是制宪者的意图,那么成文宪法与原旨主义之间就必然存在天然的逻辑关系。既然宪法原旨具有先定约束力,那么对宪法原旨的忠诚就具有正当性,所以对宪法原旨的忠诚就是对宪法的忠诚。无论是法律层面的原旨主义诉求,还是政治层面的原旨主义诉求,都将对宪法原初的先定约束的忠诚视为宪法本质的重要组成部分。^②

有学者认为,中国宪法的实施包括两种方式:政治化的方式和法律化的方式。其中,政治化的方式是主要实施方式,所以如果以一种法院的宪法理论来认识中国宪法的实施,将得出中国宪法基本上没有得到实施的结论。政治化的实施实际上是中国,共产党主导下的一种实施,手段是以政治动员的方式。法律化的实施即法律机构把宪法也当做法律来实施,它具体又包括两种实施

① 邓世豹.当代中国公民宪法理念及其发展调查报告[J].中国法学会宪法研究会.中国宪法年刊2010.法律出版社,2011.

② 孙光宁.宪法解释方法的两种传统及其启示[J].北方法学,2014,(4).

方式:积极的宪法实施,即以立法方式来实施宪法,通过完备的立法来推动宪法实施;消极的宪法实施,它实际上是一种违宪审查,或者称之为合宪性控制,中国的合宪性控制主体不仅限于司法机关,还包括人大常委会,甚至行政部门。中国宪法的实施即呈现为上述政治化与法律化的双轨制。

在我国宪法实施面临较大阻力的背景下,有学者提出了以普通法律实施宪法的路径选择。虽然目前我国法院并没有直接适用宪法的权力,但是法院以普通法路径实施宪法无论在理论上,还是实践中都是可行的。就理论证明的层面而言,一方面,基于基本权利的国家保护义务理论要求,一切国家机关都负有保护公民基本权利的义务,法院作为审判机关,必须承担保护公民基本权利的义务;另一方面,由于普通法律都是依据宪法制定的,因此普通法律中的权利都是来源于宪法权利。就司法实践的层面来说,通过普通法律实施宪法的路径已经以不同的形式展现出来。但是也有学者对以普通路径实施宪法表示质疑。^①

(五) 人民代表大会制度的完善

为什么我们必须毫不动摇地坚持人民代表大会制度而不能搞西方的议会制民主呢?有学者指出:其一,我国的人民代表大会制度是由人民民主专政的国体所决定的,西方国家的各种政体是为资产阶级专政的国体服务的;其二,我国的人民代表大会制度是“人民主权”民主,西方的是“资本主权”民主;其三,我国的全国人民代表大会是最高国家权力机关,而西方国家的则是“三权分立”;其四,我国的人民代表大会制度实行的是民主集中制的“一院制”,而西方国家实行的是“多党制”和“两院制”。坚持并完善人民代表大会制度的意义,就是坚持并完善中国特色社会主义的需要;放弃以人民代表大会制度为根本政治制度的政治发展道路,随之而来的,必定是社会动荡、国家分裂、人亡政息。

完善人民代表大会制度是完成新的艰巨而光荣任务的需要。60年来,特别是改革开放以来,国际国内形势发生重大变化。我国社会主义经济、政治、文化、社会、生态文明建设和党的建设面临前所未有的机遇和挑战。在抓住机遇、应对挑战和实现国家富强、民族振兴、人民富裕的中华民族伟大复兴的中

^① 姚国建.八二宪法实施30年:回顾与展望.载中国宪法学研究会.中国宪法年刊(2012)[M].法律出版社,2013.