

创新思维法学教材

Legal Textbooks of Creative Thinking



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

Comparative Constitutional Law

通过对各个国家宪法的比较分析,可以发现各国的宪法,至少是具有代表性的国家的宪法在调整国家权力与公民权利关系时采取的原则和制度在哪些方面相同或相似之处,在哪些方面存在差别,然后对其原因进行分析,从中把握各国宪法所采取的调整国家权力与公民权利关系的原则和制度的历史基础、价值取向、文化背景和现实依据,了解当今世界各国的宪法所具有的普遍性与特殊性,在此基础上,对作为人类文化组成部分的宪法所具有的多样性有一个直观的感受,发现不同国家宪法之间的最大公约数,为它们之间的借鉴提供指导。

比较宪法学

王广辉 等 编著





责任编辑 张欣
责任校对 刘欣
版式设计 马佳
封面设计 马重慧

ISBN 978-7-307-07722-5



9 787307 077225 >

定价: 46.00元

创新思维法学教材

Legal Textbooks of Creative Thinking

比较宪法学

Comparative Constitutional Law

王广辉 等 编著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

比较宪法学/王广辉等编著. —武汉: 武汉大学出版社, 2010. 6
创新思维法学教材
ISBN 978-7-307-07722-5

I. 比… II. 王…[等] III. 宪法—比较法学—高等学校—教材
IV. D911.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 066686 号

责任编辑:张欣 责任校对:刘欣 版式设计:马佳

出版发行: **武汉大学出版社** (430072 武昌 珞珈山)
(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 武汉中科兴业印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 30 字数: 539 千字 插页: 1

版次: 2010 年 6 月第 1 版 2010 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-07722-5/D · 995 定价: 46.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

目 录

导 言.....	1
一、比较宪法学的研究对象.....	1
二、比较宪法学的研究范围.....	2
三、比较宪法学的体系.....	3
四、比较宪法学的历史.....	6
五、比较宪法学的相关学科.....	9
六、比较宪法学的比较方法.....	10

第一编 宪法理论

第一章 宪法的概念.....	17
第一节 不同流派的宪法概念.....	17
一、实证主义的宪法概念.....	17
二、决断主义的宪法概念.....	19
三、融合理论的宪法概念.....	21
第二节 如何界定宪法的概念.....	21
一、涵盖的属性.....	21
二、逻辑的方法.....	22
三、内涵与外延.....	23
四、主导属性.....	24
第二章 宪法的观念.....	25
第一节 宪法意义的变迁.....	25
一、作为制度意义的宪法.....	25
二、作为特许状的宪法.....	27
三、作为契约的宪法.....	29

四、作为对君主绝对权力限制的宪法	30
第二节 宪法的基础观念	31
一、自由主义	31
二、共和主义	32
三、宪政主义	34
第三章 宪法理论	37
第一节 狄骥的宪法理论	37
一、国家理论	37
二、主权批判理论	38
三、对自然权利学说的批判	39
第二节 施米特的宪法理论	40
一、主权决断论	40
二、紧急状态理论	42
三、法西斯的国家主义与大民主思想	43
第三节 布坎南的宪法理论	44
一、关于政府的两个阶段理论	46
二、关于制度和约易受无政府状态攻击的理论	47
三、宪法改革	47
第四节 哈贝马斯的宪法理论	48
一、权利与权利体系	48
二、宪政国家	51
三、司法机构与立法机构	52
四、宪法爱国主义与世界大同共同体	52
第四章 宪法的创制	54
第一节 英国的制宪思想	54
第二节 美国的宪法创制思想	56
第三节 法国革命时期西耶斯的制宪思想	57
第四节 施米特与阿伦特的制宪思想	59
第五节 新近的制宪思想	63
一、布鲁斯·阿克曼的宪法变革学说	63
二、新宪政主义者的有关理论	65

三、哈贝马斯的欧盟立宪思想	67
四、奈格里的立宪思想	69

第二编 基本权利

第五章 基本权利概述	75
第一节 宪法典结构中的基本权利	75
一、名称	75
二、体例	75
第二节 宪法典中的人权规范内容	77
一、人权宣示条款	77
二、人权保障条款	78
三、人权限制条款	80
第三节 规定人权的方式	82
一、列举的权利	82
二、未列举的权利	83
第四节 人权的发展阶段	86
一、第一代人权	87
二、第二代人权	88
三、第三代人权	89
第六章 生存权	91
第一节 生存权概说	91
一、生存权的产生和发展	91
二、生存权的属性	92
第二节 生命权	97
一、生命权的产生	97
二、出生权	97
三、生命存在权	101
四、生命自主权	103
五、生命健康权	106
第三节 人性尊严	107
一、人性尊严概述	107

二、德国基本法规定的人性尊严	110
三、日本宪法中的人性尊严	112
四、美国宪法中的人性尊严	114
第四节 环境权	115
一、环境权的内涵	115
二、环境权的存在形态	116
三、环境权的理论根据	118
第七章 平等权	120
第一节 平等权概述	120
第二节 美国宪法中的平等权保护	121
一、美国宪法平等权的规定	121
二、种族隔离与平等保护	122
三、选举权与平等保护	122
四、受教育与平等保护	124
五、女性公民权与性别平等	124
第三节 日本、德国等国家宪法中的平等权保护	127
一、日本战后宪法中的平等保护	127
二、德国的平等理论与判例	132
三、意大利宪法有关平等权的理论与实践	135
四、法国的平等权保障问题	138
第八章 自由权	140
第一节 人身自由	140
一、禁止对公民人身的奴役	140
二、正当法律程序对人身自由的保障	141
三、住宅不受侵犯	145
四、迁徙自由	145
第二节 表达自由	147
一、言论出版自由	147
二、结社自由	165
三、集会、游行、示威的自由	171
第三节 宗教信仰自由	174

一、宗教信仰自由概述·····	174
二、美国宪法中的宗教信仰自由·····	176
三、日本宪法中的宗教信仰自由·····	182
第九章 参政权 ·····	189
第一节 选举权与被选举权 ·····	189
一、选举权与被选举权概述·····	189
二、选民及候选人的资格·····	190
第二节 罢免权 ·····	196
一、罢免权的含义·····	196
二、罢免权的内容·····	197
第三节 创制权 ·····	199
一、创制权的含义·····	199
二、创制权的内容·····	199
第四节 复决权 ·····	200
一、复决权的含义·····	200
二、复决权的内容·····	201
第十章 社会权 ·····	203
第一节 财产权 ·····	203
一、宪法财产权的规范结构·····	203
二、美国宪法对财产权的保护·····	207
第二节 劳动权 ·····	213
一、劳动权的内容·····	213
二、劳动权的保障·····	215
三、德国基本法上的职业自由·····	216
四、日本宪法上的劳动权·····	219
第三节 社会保障权 ·····	224
一、社会保障权规范在宪法结构中的地位·····	225
二、宪法规定社会保障权的视角·····	226
三、社会保障权的内容·····	227
四、保障社会保障权实现的原则·····	228
五、美国宪法对社会保障权的保障·····	228

第十一章 文化权	232
第一节 受教育权	232
一、概述.....	232
二、日本宪法中的受教育权.....	233
三、美国宪法中的受教育权.....	239
第二节 艺术自由	240
第三节 学术自由	245
一、学术自由的主体.....	245
二、学术自由的客体.....	247
三、学术自由的内容.....	248
第十二章 少数人的权利	254
一、少数人的概念.....	254
二、少数人权利的内容.....	256
三、少数人权利的保护.....	259

第三编 国家权力

第十三章 元首机关	269
第一节 概述	269
一、概念.....	269
二、类型.....	269
第二节 国家元首的产生	270
一、世袭制.....	270
二、选举制.....	272
第三节 国家元首的职权	273
一、任免权.....	273
二、立法权.....	274
三、紧急命令权.....	275
四、军事权.....	276
五、外交权.....	277
六、司法权.....	277

七、其他权力·····	278
第十四章 立法机关 ·····	279
第一节 概述 ·····	279
一、议会的产生·····	279
二、议会的构成·····	280
三、议会的内部组织·····	282
四、议员·····	284
第二节 议会的职权 ·····	285
一、立法权·····	285
二、财政权·····	288
三、监督权·····	291
四、其他职权·····	299
第三节 议会的议事规则 ·····	300
一、法定人数原则·····	300
二、多数决原则·····	301
三、会议公开原则·····	302
四、一事不再议原则·····	303
第十五章 行政机关 ·····	304
第一节 政府的含义与特征 ·····	304
一、政府的含义·····	304
二、政府的称谓·····	304
第二节 政府的组成 ·····	306
一、政府首脑的产生·····	306
二、政府首脑同政府其他组成人员的关系·····	308
三、政府机构的设置·····	311
第三节 政府的职权 ·····	314
一、执行法律权·····	314
二、制定和实施政策的权力·····	315
三、经济社会事务管理权·····	315
四、外交权·····	315
五、行政立法权·····	316



六、立法参与权·····	317
七、其他方面的职权·····	317
第十六章 司法机关·····	318
第一节 司法权与司法机关·····	318
一、司法权的基本含义·····	318
二、司法机关的构成·····	320
第二节 司法机关的组织·····	324
一、检察机关·····	324
二、法院·····	328
第三节 司法机关的活动原则·····	341
一、司法独立原则·····	342
二、公平审判原则·····	345
三、权利平等原则·····	347
第十七章 国家权力与政党·····	349
一、政党的特征·····	349
二、政党制度·····	353
三、政党在国家中的地位·····	359

第四编 运行制度

第十八章 基本原则·····	365
第一节 普遍性原则·····	365
一、人民主权原则·····	365
二、基本人权·····	368
三、权力制约·····	369
四、法治·····	371
第二节 代表性国家的宪法原则·····	373
一、英国·····	373
二、德国·····	375
三、日本·····	381
四、美国·····	385

第十九章 宪法修改	387
第一节 宪法修改的基本问题	387
一、修宪权.....	387
二、宪法修改的限制.....	390
第二节 宪法修改程序	391
一、动议.....	391
二、议决.....	393
三、公布.....	395
第三节 美国宪法的修改	395
一、提案.....	395
二、批准.....	400
三、宪法修改的限制.....	402
第四节 日本宪法的修改	403
一、国会的动议.....	403
二、国民投票承认.....	405
三、公布.....	406
四、宪法修改的限制.....	407
第五节 瑞士宪法的修改程序	409
一、全面修改.....	409
二、部分修改.....	410
三、特点.....	410
第二十章 宪法解释	412
第一节 宪法解释体制	412
一、立法机关解释体制.....	412
二、司法机关解释.....	414
三、专门机关解释.....	416
第二节 宪法解释的基本立场	419
一、原教旨主义.....	420
二、文本主义.....	423
三、解释者主义.....	424

第二十一章 违宪审查	426
第一节 专门机关审查制	426
一、法国的宪法委员会	426
二、德国的宪法法院	435
第二节 司法审查制	442
一、美国	442
二、日本	451
第三节 违宪审查的原则与方法	456
一、违宪审查的原则	456
二、宪法判断的方法	463
三、违宪审查制与“反多数难题”	467
 后 记	 470

导 言

一、比较宪法学的研究对象

比较宪法学的存在建立在对不同国家的宪法在调整国家权力与公民权利关系时采取的原则和制度进行比较分析的基础之上，通过这种比较分析，我们可以发现各国的宪法，至少是具有代表性的国家的宪法在调整国家权力与公民权利关系时采取的原则和制度有哪些方面的相同或相似之处，哪些方面存在差别，然后对其原因进行分析，从中把握各国宪法所采取的调整国家权力与公民权利关系的原则和制度的历史基础、价值取向、文化背景和现实依据，了解当今世界各国的宪法所具有的普遍性与特殊性，在此基础上，我们将对作为人类文化组成部分的宪法所具有的多样性有一个直观的感受，发现不同国家宪法之间的最大公约数，为它们之间的借鉴提供指导。

比较的方法是人们认识事物的一种方法，对人们认识事物之间的区别和联系具有重要的作用。一般而言，对事物进行比较必须满足这样的条件：一是所要比较的事物在基本属性上相同或者是属于同一类别；二是这些事物之间存在着这样或那样的差别。如果同一类事物之间没有差别的存在，也就失去了进行比较研究的可能性。从人们的认识规律和习惯来看，在对事物进行比较的时候，寻找事物之间的相同之处固然重要，更多的时候是要发现事物之间的差别所在。

尽管各国的宪法存在很多方面的差别，但在基本方面都是以国家权力与公民权利之间的关系为调整对象，这决定了宪法属于性质相同的事物。但由于各国的历史传统、价值观念、发展程度等存在差异，宪法在调整国家权力与公民权利之间的关系时采取的原则和制度也不可能完全一样，有些原则和制度仅仅为某个国家所独有，其他国家的宪法不实行；有些原则和制度虽然从形式上看在几个国家之间存在着相同之处，但遵循的原理和实现的途径实际上也存在一定的差别。正是这种属性上的相同和内容上的差异的存在，才为我们进行比较研究创造了可能，也才使我们的比较研究具有了理论和实践的意义。

基于上述，比较宪法学的研究对象可概括为不同国家宪法在调整国家权力与公民权利关系的时候采取的原则和制度的相同和不同之处。

二、比较宪法学的研究范围

比较宪法学的研究范围与研究对象之间实际上是形式与内容的关系，研究范围要解决的是不同国家的宪法在调整国家权力与公民权利关系时采取的原则和制度涉及哪些方面，有哪些具体的存在形式可以成为我们认识的对象。据此，可以将其归纳为以下几个方面：

1. 宪法形式的比较

虽然在理论上可以将宪法划分为成文宪法与不成文宪法，但就当今世界而言，绝大多数国家的宪法都属于成文宪法。尤其是伴随着立宪技术的发展与各国之间的相互借鉴，各国的成文宪法在体系、体例、结构等方面的趋同性程度在提高。通过对宪法形式进行比较分析，可以描述出宪法形式的发展演变轨迹，反映出世界范围内立宪技术的发展程度，为不同国家在立宪技术上的相互借鉴提供指导。

2. 宪法理论的比较

无论是成文宪法还是不成文宪法，都需要建立在一定的理论基础之上，既作为制定或创设宪法制度时所遵循的根本准则，又作为将各种宪法制度统一起来形成有内在联系的整体依据，并以此指导宪法的变迁与实施。宪法理论包括两个方面：一个是证明宪法所具有的正当性的思想、学说、主义，构成一个或某些国家在制定宪法、规定有关的制度和原则时的依据，如人民主权、权利神圣、权力有限等思想。宪法的成立是在社会政治、经济、文化综合发展的背景下出现的，但社会的政治、经济、文化发展不可能自动转变为具有法性质的宪法规范，需要制宪者主观意志的参与，因此，宪法的制定既包括制宪事实的力量，也包括将宪法加以正当化的权威与价值。为了使宪法成立的事实合法化，需要合法制定宪法的行为，使宪法成立的事实具有法律的性质和意义。二是对宪法进行研究而形成的有关理论与学说。这些理论与学说，多表现为对宪法文本中规定的有关问题进行的研究，内容涉及其规范含义、存在的问题以及如何去进行发展和完善。由于各国宪法文本规定的内容不可能完全相同，甚至在某些方面还存在着比较大的差别，因此，针对其进行的研究而形成的理论与学说自然不会完全一样，需要对其进行比较研究，从中来发现哪些方面具有普遍性，哪些方面具有特殊性，从而为人们认识和了解不同国家宪法内容之间的联系与区别提供根据。

3. 宪法内容的比较

宪法内容是指各国宪法确认的调整国家权力与公民权利关系时应采取的原则和制度。所有国家的宪法都是以调整国家权力与公民权利的关系为核心的，追求的核心价值也是一样的，但在采取的具体制度上，不同国家的宪法之间事实上并不相同，即便是所遵循的基本原则有相同之处，但也存在一定程度的差别；甚至有些内容为个别国家宪法所独有。因此，通过比较研究，可以将不同国家宪法在内容上的相同与不同之处充分展示出来，分析这些相同或不同形成的原因，才能使我们对各国宪法内容的了解建立在理性的基础上，也就是透过表象而把握实质，才能对不同国家宪法之间那些表面上看起来相同或相似的规定是否为真正的相同作出令人信服的回答。

4. 宪法实践的比较

宪法作为法律，其作用的发挥必须通过实践，即将宪法的规定运用于现实的国家权力规范与公民权利保障的实际中。在这个过程中，虽然有一定的宪法规范作为依据，但是，由于宪法规范本身所具有的抽象性与高度概括性，面对纷纭复杂的国家权力的运用和公民权利保障的现实时，如何能够将宪法规范本身的要求与所要解决的问题作最大限度的联接，实现二者之间最高程度的吻合，并不是从具有高度概括性的宪法规范本身就能直接找出答案的，需要宪法适用者运用其主观能动性，基于自己对宪法精神的领悟，根据所面对问题的性质与特点，将宪法规范的抽象性规定或一般性要求，运用于具体问题的解决之中，必要的时候，加以类型化的概括归纳，从中提炼出一些对同类问题具有指导性 or 准据性的原则，可以使抽象的宪法规范因此而具体化，实现在宪法适用上的平等，即同样的问题同样处理，不同的问题不同对待，避免宪法规范所体现的普遍正义在适用于具体问题的时候出现牺牲个别正义的不良后果。如关于平等权的保障，美国的法院在司法实践中就创造出了“三重审查基准”；在言论自由的保障上，建立了“明显而现实的危险”、“恶劣倾向”等标准，就是非常典型的体现。

三、比较宪法学的体系

比较宪法学的体系设计与建构，需要解决这样两个问题：一是对哪些问题进行比较；二是如何进行比较。这两个问题解决得妥当与否，直接决定着比较宪法学学科特色的体现程度，也反映着比较宪法学与宪法学在内容上的区别程度。

同宪法学体系的建构一样，比较宪法学体系的设计也必须以宪法的调整对



象即国家权力与公民权利的关系为核心，围绕着通过何种制度安排和原则采取才能使国家权力与公民权利形成和谐关系这一主题来进行。基于这一思路，本人认为比较宪法学的体系应当由以下几个部分组成：

1. 宪法原理的比较

宪法原理是人们对宪法现象进行理性思考和分析以后所形成的知识体系，意在对本宪法的内涵和性质、宪法的精神实质、宪法的效力、宪法的发展演变等作出分析和论证，为人们认同宪法的权威和遵守宪法的规定奠定正当性基础。

宪法原理是宪法学和比较宪法学体系中都不可缺少的组成部分，但宪法学和比较宪法学对宪法原理的研究还是存在差别的。宪法学研究的宪法原理侧重于宪法原理中普遍性的内容，也就是对宪法原理的一般性内容作系统的阐释，或者是对形成于本国的宪法原理作深入的分析。比较宪法学对宪法原理的研究则侧重于对不同国家宪法学理论中的宪法原理进行比较分析，目的是要展现各国宪法原理之间的差异，实际就是要在人们掌握了宪法学中阐述的宪法原理所具有的普遍性以后，进一步深入了解不同国家的宪法原理所具有的特殊性，以免对宪法原理的认识产生片面性的误解。

作为比较宪法学所研究的宪法原理，在内容上包括这样一些方面：（1）不同国家的宪法学理论对宪法概念内涵和外延的界定有哪些相同或不同之处。值得强调的是，对宪法概念的比较，不是简单地将不同国家的宪法学者所下的宪法定义罗列出来加以对比就可以了，而是要选择那些具有代表性的宪法定义加以类型化以后进行比较分析，并在此基础上给予适当的评价，以反映不同的宪法概念在对宪法的属性、特征、外延等关键性因素的分析方面存在的相同或不同之处。（2）宪法的制定。主要是比较各国在宪法的创制方面所实行的制度有哪些？（3）宪法的形式与结构，考虑到宪法的表现形式问题在宪法学中多有较为详细的介绍，因此在比较宪法学中应侧重于对各国在宪法形式方面存在的不同加以比较，在此基础上，对宪法典的体例结构和内容结构进行详细的比较分析。（4）宪法的效力，主要是比较各国宪法文本对宪法效力的规定，特别是宪法的最高法律效力针对的是哪些方面的规范性文件及行为。与此同时，还应当对关于宪法效力的理论与学说加以比较分析。

2. 国家权力的比较

近代以来的宪法以规范国家权力的行使为其内容之一，目的是要将国家权力的运用纳入到程序化的轨道，防止其滥用而对公民权利造成侵犯，因此，宪法学和比较宪法学所研究的国家权力实际上是宪法约束下的国家权力，也就是有的学者所概括的“宪法权力”。比较宪法学应主要研究各国宪法在国家权力

的来源、分配、行使等方面的宪法规定有哪些不同以及有哪些有代表性的制度设计，并对其形成的原因加以考察与分析。其主要包括：（1）关于国家形成与国家权力来源的理论与比较。（2）国家权力代表制度即政体和国家元首制度的比较。（3）国家权力分配制度即政权组织形式和国家结构形式的比较。（4）国家权力行使制度的比较，即代表机关、行政机关和司法机关的组织、权限、活动原则的比较。

3. 公民权利的比较

同对国家权力问题的研究一样，宪法学主要研究公民权利的一般性问题，尤其是本国宪法规定的公民基本权利的内容及其发展历程，比较宪法学则侧重于研究各国宪法规定的基本权利在理论与实践方面存在的相同与不同之处。其主要包括：（1）公民权利的理论问题，如有关公民基本权利效力的不同主张、公民权利的基本功能、公民权利在不同发展阶段的变化及呈现的特点等；（2）各国宪法规定的基本权利在内容方面存在的差异；（3）各国在不同类别基本权利的理论与实践方面所面临的问题，主要有平等权、自由权、生存权、受益权、参政权、请求权、人道权等；（4）有关国家在公民权利保障上采取的制度及其实践效果等。

4. 公民权利与国家权力协调的比较

宪法应该是平衡国家权力与公民权利之法，同时也是协调国家权力与公民权利关系之法。宪法学乃至比较宪法学，实际上就是要研究宪法采取什么样的原则和制度来实现对公民权利与国家权力关系的协调这一核心问题。在此方面，宪法学主要研究宪法协调国家权力与公民权利关系时采取的具有普适性的原则和制度问题，比较宪法学则侧重于研究各国宪法在协调公民权利与国家权力的关系时采取的具体原则和制度有哪些。其主要内容包括：（1）各国宪法在协调公民权利与国家权力关系时采取的原则有哪些。（2）各国是如何通过宪法来协调国家权力与公民权利的关系的，主要是比较宪法的修改与解释制度。（3）违宪审查制度的比较。

上述比较宪法学体系的合理性表现为：

第一，将宪法学以及比较宪法学研究的主题与宪法调整的国家权力与公民权利的关系这一核心统一了起来，在宪法的调整对象、宪法学和比较宪法学的研究对象之间建立起了既有明显的区别，又不可分割的联系，能够比较好地解决我国宪法学研究中一直存在的宪法学和比较宪法学的研究对象难以确定、争论不休的问题。

第二，这样的比较宪法学体系在内容上与宪法学体系统一了起来，一方面

可以充分地发挥宪法学的研究成果对比较宪法学研究的支撑作用,另一方面可以比较清楚地确定比较宪法学研究的范围,在一定程度上解决宪法学、比较宪法学在研究范围上与政治学、政治经济学、比较政治学等学科的研究内容纠缠不清的问题。至少是突出了宪法学以及比较宪法学研究的核心问题,即便是对其他问题进行研究也不能偏离国家权力与公民权利的关系这一主题。

第三,该比较宪法学体系始终以国家权力与公民权利之间的关系这一逻辑主题贯穿其中,从而形成一个主题突出、层次分明的科学体系。它不是按照宪法典的体例结构来安排其各部分的内容,而是将宪法学与比较宪法学作为一个科学的体系,从最有利于展示宪法的精神实质、突出宪法的主题出发,来处理各部分内容之间的关系,是一个明显的学理性体系。

四、比较宪法学的历史

1. 比较宪法的产生

比较是人们认识事物的一种方法,通过比较发现了事物间的异同,认识到了某一事物区别于其他事物的特质,从而形成关于特定事物的概念。法律是调整社会关系的一种准则,生活在同一地球上的人类,都离不开自身的生存和发展这个主题。但由于不同地域的人们跨入文明时代的时期、方式不同,价值观念、生活方式及信仰等方面存在差异,在解决自身的生存与发展问题时所采取的方式就会呈现出多样性,当这种多样性的方式借助于法律的强制性来实现时,就为我们在它们之间进行比较提供了基础。

法律之间的可比性虽然在法律产生之后就已存在,但直到19世纪才被人们广泛地应用,逐渐地发展成为法学的一门分支学科。正如法国比较法学家R.达维所言:“尽管过去在法学研究中也偶然使用比较方法,然而在19世纪前,比较法本身还没有被承认为法律科学的一门独立学科或法律科学的一种基本方法,特别是在法律教育上没有起到任何作用。”^①比较法学在19世纪的兴起,一是立法发展的需要,二是对外贸易的需要。

“比较法学”兴起之后,其研究主要限于宏观的领域,尤以私法领域最为盛行。后来逐渐开始向法学的各学科拓展,包括宪法学领域,产生了“比较宪法学”。因此,“比较宪法学”是从比较法中派生出来的,是比较法学的分支学科。

^① 转引自沈宗灵:《比较法总论》,北京大学出版社1987年版,第18页。

2. 比较宪法学在中国的发展

中国的比较宪法学是在 19 世纪末 20 世纪初学习和移植西方国家的宪法制度、宪法理论的过程中建立和发展起来的。比较早的比较宪法学方面的著作和教材有：1907 年刘嘉猷编著的《中外宪法比较》和刘作霖编著的《比较宪法》；1912 年王黻炜编著的《比较宪法学》（1928 年再版）和梁启超编著的《各国宪法异同论》。其他的则有 1927 年王世杰、1931 年程树德的《比较宪法》；1927 年丁元普、1928 年四川大学、1931 年汪馥炎与章友江、1933 年周逸云与费巩、1934 年阮毅成、1940 年章友江等的《比较宪法学》；1933 年吕复的《比较宪法论》；1936 年萨孟武的《政治学与比较宪法》；1936 年王世杰、钱端升合著的《比较宪法》；1948 年马质的《比较宪法论》。其中影响最大者当推王世杰初版于 1927 年，再版于 1928 年，增订第三版时（1936 年）与钱端升合著的《比较宪法》。在 20 世纪上半叶的中国，宪法学以及比较宪法学的研究或多或少都难以摆脱西方国家成熟的宪法学体系的影响，甚至有些著作基本上是国外宪法学体系在中国的翻版。而王世杰、钱端升合著的《比较宪法学》，在结构上可以说标志着中国的比较宪法学乃至宪法学体系的形成。该著作对西方宪政理论以及对社会主义苏联的新制度的介绍比较客观，并在此基础上对当时中国政府的政治和制宪活动提出了深刻的批评，为中国宪法学的学术独立性格树立了良好的风范。最值得注意的是，该著作开创了以个人基本权利自由理论为宪法研究核心的宪法学学术体例，彰显了个人权利高于国家权力的宪政意识。因而，“对个人基本权利的认识和对各项宪法制度的比较研究将中国的宪法学研究水平推向了一个新的高度”。^①

中华人民共和国成立以后，宪法学的研究要以马列主义、毛泽东思想为指导，与旧中国宪法学所使用的是一套完全不同的话语体系，因而难以在二者之间建立起继承或传承的关系。再加上《中国人民政治协商会议共同纲领》和 1954 年《中华人民共和国宪法》的颁布，宪法学研究的法律规范文本也与旧中国的宪法文本存在性质和内容上的巨大差别，因此，这些就决定了新中国的宪法学除了照搬苏联的理论体系和研究成果外，基本上是在与过去发生断裂的状态下进行的。更何况，受苏联法学理论和阶级分析观念的影响，比较的方法被作为非科学的方法而受到严厉的批判，自然也就不能将其运用于宪法学的研

^① 杜钢建、范忠信：《基本权利理论与学术批判态度——王世杰、钱端升与〈比较宪法〉》，见王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 1 页。

究，并建立起作为法学分支学科的《比较宪法学》。然而，我们需要认识到的是，虽然《比较宪法学》未能建立起来，但在1954年宪法制定的过程中，我们实际上并没有完全能够避免比较方法的运用。不仅学者们围绕着我国的第一部社会主义宪法的制定在学术研究中开始了一定范围内的比较宪法学研究，而且当时的制宪者在起草宪法草案时也参考了苏联、东欧等社会主义国家的宪法以及旧中国和西方资本主义国家的宪法。^①也就是说，中华人民共和国建立之初，中国在法学教育中未能设置比较宪法学的课程，也未能建立起比较宪法学的体系，但无论是在学术研究领域还是在制宪的活动中，都实际存在着比较方法的运用。但从严格意义上讲，比较方法的运用可能是自觉的，也可能是不自觉地。而作为比较宪法学的形成，一定是以比较方法的自觉运用为前提的，并且基于该方法的运用，形成了与其所关联的学科相独立的学术研究体系为标志的。以此而论的话，中华人民共和国成立以后一直到1985年之前，中国的法学学科中是不存在比较宪法学这一分支学科的。虽说在1978年以后，中国的法学研究和教育开始步入恢复和发展的时期，尤其是1982年宪法在起草过程中和通过以后，学者们对比较宪法的研究给予极大的重视，对其的重要性也加以强调，但在高等法学教育中基本上是以“外国宪法”或者是“资产阶级国家法”的名义来开设课程和对教材命名的。

1985年，北京大学龚祥瑞教授的《比较宪法与行政法》的出版，是中华人民共和国成立以来比较宪法学方面的开山之作。其内容由“第一章宪法的概念”、“第二章宪法基本原则”、“第三章宪法的实施”、“第四章公民权利”、“第五章国家机构”、“第六章政治团体”等部分组成。虽然作者指出：“本书是著者过去两三年间在北京大学法律系讲授‘外国宪法’和‘比较行政法’这两门课程时编写的。”^②也就是在讲授时以“外国宪法”命名，实际上则具有典型的《比较宪法》的性质。此后，一些比较宪法学方面的著作和教材相继出版，主要的有：武汉大学何华辉教授的《比较宪法学》（武汉大学出版社1988年版）、吉林大学张光博教授的《比较宪法纲要》（辽宁大学出版社1990年版）、中国社会科学院李步云研究员主编的《宪法比较研究》（法律出版社1998年版）、中南财经政法大学王广辉教授的《比较宪法学》（武汉水利电力大学出版社1998年版）、江苏省社会科学院赵树民教授的《比较宪法学

① 参见韩大元：《比较宪法学》，高等教育出版社2003年版，第9页。

② 龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社1985年版“出版说明”。

新论》(中国社会科学出版社 2000 年版)、北京大学沈宗灵教授的《比较宪法——对八国宪法的比较研究》(北京大学出版社 2002 年版)、中央党校王红教授主编的《比较宪法与行政法》(中共中央党校出版社 2003 年版)、中国人民大学韩大元教授主编的《比较宪法学》(高等教育出版社 2003 年版)。这期间,商务印书馆于 1999 年、中国政法大学出版社于 1997 年均再版了王世杰、钱端升合著的《比较宪法》,该著作虽然写作于 60 余年前,但就其内容、体系结构及学术观点来看,在今天仍不失其借鉴意义和参考价值。

五、比较宪法学的相关学科

作为法学学科之一,比较宪法学与法学学科的其他分支都有一定的联系,都可以作为与比较宪法学相关的学科来看待。这里所谓的比较宪法学的相关学科,不是在整个法学学科中而言的,而是在宪法学学科的范围中来讲的。因此,所谓比较宪法学的相关学科主要指的是宪法学、外国宪法。

1. 比较宪法学与宪法学

从逻辑上讲,宪法学应该是研究普遍性宪法问题的学科,包括有关宪法的一般理论,国内、国外宪法所涉及的主要制度等。但在实际上,各国的宪法学除了在原理部分,也就是人们对宪法这一社会现象进行研究所形成的知识方面具有普遍性之外,在有关国家权力和公民权利及其相关制度方面,主要研究的是本国宪法的规定,即便是对其他国家有所涉及,但主要还是为了说明本国宪法有关规定的内容与特色。

比较宪法学研究的是不同国家的宪法之间所具有的共同和不同之处,特别是在有关国家权力、公民权利的制度上,不仅要将其相同的方面展现出来,更要对它们之间存在的不同进行比较分析,充分地展示出各国宪法之间存在的差别,说明世界范围内宪法文化与宪法制度的多样性。就此而言,对不同国家宪法之间相同内容的介绍不能充分地体现比较宪法学的学科特色,容易造成比较宪法学与一般宪法学内容上的过多重复。尤其是从逻辑上对宪法普遍性内容进行归纳、演绎分析,无法充分地展现出各国宪法在理论与实践上存在的不同或者说具有的特色。此问题,最容易出现于宪法原理、公民权利、宪法修改、解释的比较研究之中。

当然,比较宪法学与宪法学之间有密切的联系,有着相互支撑与促进的作用。一方面,宪法学的体系影响甚至决定比较宪法学的体系建构,宪法学研究所达到的水平直接决定着比较宪法学对相关问题的认识所能达到的程度。另一方面,比较宪法学的研究能够促进宪法学研究的深入,使宪法学的研究具有开



阔的视野，所得出的结论更加具有说服力。

2. 比较宪法学与外国宪法

比较宪法学与外国宪法都是以本国以外的其他国家的宪法理论、制度为研究对象与范围，在这一点上难以将二者区别开来，二者的差别表现在对不同国家宪法的内容进行介绍、分析时采取的元素单位上。比较宪法学以宪法学所涉及的基本问题为元素单位，将不同国家宪法理论与宪法制度中与此元素单位相关的问题置于其中，比较分析其相同与不同之处。而外国宪法则是以国别为元素单位，选取具有代表性的国家的宪法，从理论到实践进行详细的介绍，在此基础上加以分析评价。

从逻辑上讲，以宪法学中的基本问题为元素单位，在不同国家的宪法之间进行比较，最贴近比较宪法学的本意。因为比较一般是在同类或相似的事项之间进行的，也就是相同或相似的事项之间才具有可比性，才有相同或相似的问题。不同性质的事项，至少是缺乏具有相同或相似的可能性，差别是非常明显的，可以在直观上表现出来，不需要进行比较，人们就可以对其加以辨别。而相同或相似的事项之间，相同或相似的程度如何，这种相同或相似仅仅是形式上的还是内容上的，形成的原因是什么，只有进行比较分析以后才能得出比较可靠的结论，而无法单纯从直观上加以判断。诚如我国前辈比较宪法学家王世杰、钱端升所指出的：“不以国别为标准，而以现代宪法上所规定的问题为标准，这种方法虽不能使读者对任何国家的宪政组织有整个的概念，也许可使读者懂得对于各种宪法问题列国间已经采取了哪些不同的解决办法，并且知道学者间对于那些解决办法都有哪些不同的见解。”^①而采取国别为元素单位的体系，虽然可以选择典型国家的宪法从历史到现实、由理论到实践进行全面的介绍与评述，使人们能够对某个国家的宪法有一个全景式的了解，特别是对个别国家所独有的制度加以详细介绍，但显然不能充分地体现出比较的色彩，最多也只能说是仅仅提供了供人们去进行比较的基本素材，研究者并没有去进行这种比较，更没有在比较的基础上作出一定的分析评价，因此，无法将其与外国宪法严格区别开来。

六、比较宪法学的比较方法

比较宪法学采用的是比较的方法来研究宪法问题，但在具体比较研究上，

^① 王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社2004年版，初版序。

也就是如何去进行比较上，也是存在着差别的。概括起来，大体有如下几种：

1. 全面性比较

以宪法学中涉及的基本问题为线索，对不同国家宪法中与此相关的理论、制度、实践等进行比较，典型的代表是韩大元教授主编的《比较宪法学》，第一编“宪法基本原理比较”涉及宪法概念、宪法基本原则、宪法渊源、宪法结构、宪法效力等内容。第二编“基本权利比较”涉及基本权利概述、基本权利的法律形式及分类、基本权利的主体与效力、基本权利的限制、基本权利的保障与救济、基本义务的体系、基本权利的发展趋势等。第三编“宪法基本制度比较”内容包括选举制度、议会制度、政府制度、司法制度、地方制度等。第四编“宪法运行机制比较”内容包括宪法解释制度、宪法修改制度、宪法诉讼制度等。

采用这种比较研究的模式，可以将世界范围内各个国家宪法中具有代表性或特色的制度加以分析介绍，充分地展示出各个国家宪法发展过程中呈现出的特点或特色，而不受国家所属的地域范围、发展程度等的限制。对于研究者而言，可选择的空间比较大。对于各个国家而言，只要是具有特色的宪法制度和理论，都有获得介绍和比较的机会。

2. 选择性比较

不以当今世界所有国家的宪法内容，而是选择其中具有代表性国家的宪法规定为范围进行比较研究的一种模式。如沈宗灵教授所著的《比较宪法——对八国宪法的比较研究》，比较研究的范围就是英国、美国、法国、德国、意大利、日本、俄罗斯、中国这八个国家宪法的内容。“续编”中设置两章，第一章“导论”，介绍宪法的概念、分类、宪法和政治制度、宪法思想的历史发展、比较宪法等基本问题；第二章“八国宪法中首先实行的制度和特征”。第一编“人权和公民基本权利”包括第三章“人权和公民权利的概念”、第四章“英美两国宪法的规定”、第五章“法、德、意、日、俄五国宪法的规定”、第六章“当代中国宪法的规定”。第二编“国家制度和国家机关”包括：第七章“国家论”、第八章“国家管理形式”、第九章“中央与地方权力分配形式”、第十章“立法机关”、第十一章“行政机关”、第十二章“司法机关”等。第三编“其他政治制度”包括：第十三章“政党制度”、第十四章“选举制度”。第四编“宪法的制定和实施”包括：第十五章“宪法的制定和修改”、第十六章“宪法的解释”、第十七章“违宪审查和宪法监督”。

这种比较研究模式虽然涉及的国家范围有限，但都是具有代表性的国家，大体上也能够反映出当今世界宪法制度的主要内容与类型，与全面性比较之间

的差异是非常有限的。

3. 专题性比较

选择宪法学中的一些专门性问题，就各国宪法的规定从理论到实践进行比较分析，这种比较分析的模式，在内容安排上不会涉及主要国家宪法中所有的问题，而是仅选择一些具有重要的理论意义或者是代表性的制度作为比较的对象，进行详细的介绍和深入的分析。这种比较的模式，虽然不能做到面面俱到，但能突出重点，尤其是能够对一些重要的制度和理论的演变过程以及具有的特色作全面的分析评价，使人们对其的认识和了解不至于仅停留于表面之上而无法深入其内部。

开展专题性比较研究，可以在两个或多个国家宪法中的某一具体问题上进行，也可以在两个或多个国家宪法中的某一方面的内容上展开。如以基本权利或者是国家制度为范围，比较不同国家之间存在的相同或差异之处。如朱应平所著的《澳美宪法权利比较研究》，就是以澳大利亚和美国这两个国家的宪法中的基本权利为范围的。

专题性比较所涉及的问题，至少应该是形式上具有相似性或一定程度的相同性，方能在其之间展开比较分析。如美国的总统制和法国的半总统制，英国的内阁制和德国的内阁制等。如果某种制度或理论仅为某个国家所特有，其他国家并不存在，自然就不具有进行专题性比较的可能性。

4. 历史比较

近代宪法生成至今已经经历了两百余年的发展历史，在这样一个巨大的历史跨度之中，宪法虽然不能从根本上脱离其调整国家权力与个人权利关系的内容，但如何调整这一关系，在采取的原则和制度上不可避免地会留下时代的烙印，具有特定时代的印记，并因而呈现出不同于其他时期的特点。为此，以宪法发展的历史为线索，就不同历史时期宪法内容具有的时代特征进行比较分析，可以使人们对宪法发展演变的历史轨迹以及在不同的历史时期具有的特点有比较全面的了解，在此基础上深刻领悟宪法的精神在历史演变的过程中是如何得到体现的。更重要的是，可以充分地展示出宪法的发展与社会发展之间的互动关系，有助于我们对宪法演变的内在动力源泉的把握与认识。

用历史比较的方法来研究宪法问题，典型的代表作是日本的杉原泰雄所著的《宪法的历史——比较宪法学新论》。在该著作中，杉原泰雄教授将近代宪法划分为以法国革命为标志的“近代立宪主义型的市民宪法”、以德国与日本为代表的作为自上而下的近代化的逆向性改革结果出现的“外表性立宪主义型的市民宪法”和以解放民众为根本目标的“巴黎公社”式的宪法等三种类

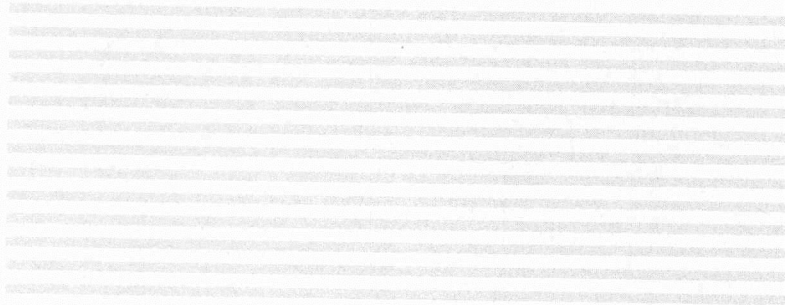
型，然后就其各自具有的特点进行了分析。而现代宪法一边维持资本主义的体制，一边对近代立宪主义型市民宪法进行修正，呈现出的特点表现为：对经济自由权的积极限制和“社会权”的引进、加强参政权的保障、明文禁止性歧视、传统的人权保障的强化、从“议会主义”到“议会制民主主义”、权力分立制的改观、加强地方自治等。通过这样的比较分析，所得出的结论是：“宪法的原理会根据时代的不同以及特定时代中决策人物的社会地位状况等发生变化，而宪法原理的变化又导致了制定条文的方式及其使用的词汇概念也随之发生相应的变化。”^①

^① [日] 杉原泰雄：《宪法的历史——比较宪法学新论》，吕昶、渠涛译，社会科学文献出版社 2000 年版，第 17 页。



■ 比较宪法学

第一编 宪法理论



第一章 宪法的概念

如同宪法学的学习先要掌握宪法概念的含义一样，比较宪法学也需要对宪法概念进行一番考察与分析。不同的是，宪法学主要是从一般的意义或立足于本国学者基于特定的价值观、意识形态等来对宪法概念进行界定，比较宪法学所要研究的宪法概念，是要对不同国家的学者或基于不同的认识方法而对宪法内涵作出的界定进行比较分析。原因在于，不同国家的宪法现象的知识体系，实际上是以特定宪法概念的存在为基础的，体现了不同文化背景下宪法制度与宪法学的不同风格与历史发展的特点。^①

第一节 不同流派的宪法概念

一、实证主义的宪法概念

实证主义法学通常指以孔德（1798—1857）的实证主义哲学为思想基础的各派资产阶级法学，也称实证法学或法律实证主义。这个学派认为各种自然法学派和其他哲理法学派都是“形而上学”的，只有它才是以实证材料为根据的法律科学。它强调的是实在法，即国家制定的法。其理论特征是：区别“实际上是这样的法”和“应当是这样的法”，即区别实在法与正义法或理想法；它申明自己只研究实在法，着重分析实在法的结构和概念；根据逻辑推理来确定可适用的法；认为法与道德无关或至少二者没有必然的联系。采用这一方法来对宪法概念进行研究的代表性人物是德国的拉邦德（Paul Laband, 1838—1918）和耶林内克（Georg Jelinek, 1851—1911）。

拉邦德生前就被誉为“当时最大的国法学家”，其代表性著作是《德意志帝国国法》。其研究方法的最大特点是运用民法的观念和释义学的方法来研究

^① 参见韩大元：《比较宪法学》（第二版），高等教育出版社2008年版，第29页。

宪法问题，对于法律的解释，采取概念法学和实证法学的方法。拉邦德的宪法理论建立在实证的方法论基础上，完全以现行有效的宪法为基础，直接地去解释当时德意志帝国宪法的规定，而且仅处理实定宪法条文所包含的规定，目的是要建构对该实定宪法适用的概念与原理。^①

受格贝尔（Carl Friedrich Wilhelm von Gerber, 1823—1891）用民法上的人来看待国家而形成的国家的法律人格学说的影响，拉邦德将国家定义为法人。在论及作为国家概念构成要素的人民和领土的时候，认为领土是国家权力行使的范围，人民是国家权力行使的对象。以此而论，人民并非组成国家的主体，而是处在国家之外，受国家权力统治的客体。因此，人民不可能成为国家权力的所有者，国家权力属于国家这一法人。基于此，拉邦德将宪法理解为对专制权力进行限制，问题在于在拉邦德以国家权力为核心的宪法学理论中，宪法的内涵被界定为“国家法的基本秩序”，具体就是规定国家的最高机关，确立其组成方式、相互关系，调整国家与个人关系的规范。这样的宪法概念中，并没有包括创设人民主观权利的意涵，人民对国家并无权利可言。即便是某些权利受到了国家的保障，也不过是国家对自己权力的展开自我设下的界限。更何况，在法律实证主义宪法的理论框架中，拉邦德关于人民自由权利的限制只能通过法律的主张，可以转换为只要根据法律就可以限制人民的自由权利。^②

耶林内克的宪法学仅仅是其国家学的组成部分，而其国家学被划分为“国家社会学”和“国法学”两个部分，前者回答国家的本质、国家的正当性、国家的目的、国家的历史类型以及国家与法的关系等问题；后者则研究国家的法的要素、宪法、国家机关、代表与代表机关、国家作用、国家形态、国家结合等内容。法学的任务就是依据抽象的法规范，对国家现存之状况进行法上的判断。由此可知，耶林内克运用法学方法所欲探究和观察的国家则是一由其内部原始的，非从其他力量所导出的，法的力量所支配与形成的团体。^③在说明宪法概念的时候，耶林内克提出，宪法并非具有任何神秘的力量，只不过拥有优于其他法规范的效力而已。宪法的优位效力，是一个国家法律秩序的基础，也是为了确保国家法律秩序的持续和谐性。但从实质上看，宪法是规定

^① 参见陈淑芳：《拉邦德——德国公法学与概念法学的先驱者》，载《民主与法治》，台湾元照出版有限公司2004年版，第10~12页。

^② 参见李龙：《西方宪法思想史》，高等教育出版社2004年版，第262页。

^③ 参见陈慈阳：《宪法规范性与宪政现实性》，台湾翰蘆图书出版有限公司2000年版，第13页。



国家最高机关、机关的类型、彼此关系与作用范围，还有个人与国家权力彼此关系的法规范整体。其并不当然或必须存在于成文的宪法典中，也可以存在于法律之中。^① 以此而论，耶林内克是从宪法国家法秩序中的形式优越性观点来分析宪法概念的内涵的。

二、决断主义的宪法概念

决断主义宪法的代表人物是德国的卡尔·施密特（亦有译者译为施米特）（Carl Schmitt, 1888—1985）。其主张国家作为一个政治统一体是宪法有效性的前提，宪法无法建构一个国家，但却可以赋予国家具体的政治性形貌，并决定了国家具体统治行为应有之秩序的展开。施密特指出：“凡是国家都必须有政治统一性和社会秩序，必须有统一性和秩序的某些原则，必须由某个在危急情况下，在遇到利益和权力冲突时作出权威裁决的决断机关。我们可以将政治统一性和社会秩序的这种整体状态称为宪法。”^② 这就是所谓的绝对的宪法概念，它构成施密特宪法理论的核心范畴。绝对的宪法来自于制宪权的决定，而政治统一体的存在是制宪权作用的前提，而非其结果。制宪权是一种具有权力或者权威的政治意思，用以针对固有政治秩序实存的样态及形式，作具体的整体决断，宪法就是制宪权主体意志的展现。而制宪权主体之所以能展现其意志而作出决定，是因为其拥有以实力或权威为内涵的制宪权。如此一来，在西耶斯的制宪权理论中，国民的意志本身就是法，国民意志仅凭其实际存在便永远合法，是一切合法性的来源，非赤裸裸的权力。但在施密特的“决断主义”制宪权理论中，制宪权变成了赤裸裸的权力，存在于一切规范之上。无论是作为该决断产物的“宪章”，还是由此“宪章”派生出的“宪律”，乃至宪法所创设的权力，都统统要臣服于其下。

施密特与决断主义的立场，在不同的层面对宪法概念进行了阐释。

1. 绝对的宪法概念

绝对的宪法概念是施密特宪法理论的核心所在，而宪法概念的绝对性是指宪法概念所应具有的不容分割的整体性，是一个人民或民族政治统一体的表现。从政治体的实然面来理解，绝对的宪法概念尚可分为三种：

^① 参见陈慈阳：《宪法学》，台湾元照出版有限公司2004年版，第39页。

^② [德]卡尔·施密特：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社2005年版，第5页。

首先，是指代表政治统一体与政治秩序的总体状态。这种意义上的宪法，并非是指各种据以规定国家意志的建构与国家行为的实行的法律条文与规范，而是指的各个国家的具体的政治性存在状态，因此可以说国家就是宪法。

其次，是指政治或社会秩序的特别种类，等同于每个国家都具有且与国家的政治性存在无法分离的统治的特别形式，即国家的形式。这种形式并非是规范意义上的，而是指的一种实然的状态。

最后，是指政治统一体的动态形成原则。国家是动态发展的，所呈现出来的总是新形成的状态，各种对立的意见、利益时刻需要在政治统一体中加以融合建构。这种意义上的宪法，实际就是国家在持续更新过程中为维持政治统一体的存在而奉行的原则。

从应然的层面来看，绝对意义的宪法也可被理解为一种由各种高低位阶的规范所构成的统一的、封闭的规范体系，等同于规范的规范。即便如此，此种意义的宪法也不是指涉个别的规范或法律，而是国家生活的整体规律。它不仅是作为一种法秩序的国家植根的基础，也是其他的法律与规范生成的源泉。

2. 相对的宪法概念

相对于绝对性宪法的统一性，相对性宪法概念仅具有个别性，即具体的宪法律。凡存在于成文宪法中的规范，均为相对性的宪法律，内容究竟是涉及国家基本形式，还是技术性、细节性的规定在所不问，本质上与一般法律相同，并无高下之分。由此可知，斯密特所主张的绝对的宪法与相对的宪法律之间是质的差别，而不是量的不同。即使所有宪法律的总和也不能与绝对的宪法相等同。

斯密特提出绝对与相对的宪法概念，形式上意在宪法与宪法律之间作出区分，实质则是要强调决定宪法的主体与制定宪法律主体之间的不同。宪法是人民作为制宪权主体所作出的根本性决断，而宪法律是为了执行制宪意志，将宪法予以规范化的结果。

3. 实证性宪法概念

在区分宪法与宪法律的前提下，斯密特认为实证性的宪法概念指的是由制宪权的作用而形成的关于政治统一体的种类与形式的总决定。政治统一体的存在是制宪权作用的前提，而宪法是制宪权主体意志的展现。制宪权主体之所以能展现其意志而作出决定，乃是因为其拥有以实力或权威为内涵的制宪权，宪法因而是一种事实而非规范，但却可以制造出规范。作为表现了政治性的基本决定的宪法，除了可以表现在宪法文本之中外，还可以经由习惯法、持续的宪

政实务运作或人民的反应等，在判例中表现出来。^①

三、融合理论的宪法概念

Smend 以其动态融合性理论，认为宪法是一个作为生命共同体的国家的法秩序。“宪法”并不是一个静态的概念，应被理解为具有活力的人民共同有序去形成一政治团体的表现。对 Smend 而言，宪法不仅是一个国家的法秩序，更表示一种实现国家现实面的生活，也就是代表着国家自我内在融合过程的实现。由此可知，Smend 的宪法学所描述的是一个持续前进与不断自我内在融合的国家与宪法现实的程序，是一种动态的而不拘泥于传统规范与现实对立之观点来阐述的宪法理论。在不断更新，创造国家生命体的过程中，宪法被视为这一过程个别面向的法规规范化表现。^② 在融合理论的宪法概念之中，除了成文的宪法条文之外，还必须加上社会学的力量，反映出规范与社会之间的互动关系。

第二节 如何界定宪法的概念

一、涵盖的属性

中国学者的宪法概念对宪法内涵的揭示上，概括性的程度比较高，涵盖的宪法属性比较多，相对来讲比较全面。如目前国内宪法学界对宪法概念内涵的揭示上，大多涉及宪法的法律特征——根本大法、宪法的内容——国家的根本问题或根本制度、宪法的阶级实质——统治阶级意志的体现或力量对比关系的反映、宪法规范的对象——国家权力和公民权利的关系等。它兼顾到宪法属性的各个方面，有助于人们从多个角度来认识宪法。国外学者对宪法概念内涵的揭示，主要集中于国家的组织及国家与公民之间关系这样一个角度，概括的程度比较低，涵盖的内容相对来讲也就比较少。

造成这种差异的原因是：在我国，马列主义不仅是我们的指导思想，而且也是我们进行科学研究时应坚持的基本立场。按照马列主义的世界观和方法论，事物之间存在着普遍的联系，我们要认识一个事物，就必须考虑到这种普

^① 参见蔡宗珍：《宪法与国家》（一），台湾元照出版有限公司 2004 年版，第 11～20 页。

^② 参见陈慈阳：《宪法规范性与宪政现实性》，台湾翰蘆图书出版有限公司 2000 年版，第 19～21 页。

遍的联系，要考虑到事物在不同方面所具有的多重属性，否则就容易犯片面性和形而上学的错误。此外，我们在认识论上，相信人有认识事物内在本质的能力，借助于这种能力，人可以将事物所具有的所有属性都揭示出来，展现在我们的面前。在这种思想的指导下，我们在对一个概念的内涵进行揭示时，也就力图去分析概念所表示事物的各种属性，自觉或不自觉地为，只有将事物的多方面属性都描述出来，才算达到了对事物的全面认识。因而，对概念内涵的揭示多采用分析的方法。国外学者在揭示事物的属性时，虽然并不否认人的认识能力，但却对人的认识能力始终抱着一种怀疑的态度，认为人以其有限的认识能力，不可能去完全地揭示出事物的本质，因而也就不能完全地去揭示出事物在各方面所具有的属性，从而达到对事物全面把握的程度。基于这种立场，在科学研究的态度上，就比较注重经验性和现实性。对概念内涵的揭示就比较注重描述的方法。就宪法这一概念来讲，其具有的反映力量对比关系、体现统治阶级意志等属性，现实上很难采用经验来加以验证。而规定国家的组织及国家与公民之间的关系，这确实是各国宪法最具有普遍性的内容，可以直接为人们观察得到。

二、逻辑的方法

由于上述的原因，中国的宪法学者与国外的宪法学者在界定宪法概念的方法上存在着明显的差异。这种差异表现在：中国的宪法学者比较喜欢运用演绎推理的逻辑方法，从理性的角度对宪法的本质进行抽象的思辨和概括，形成一个比较规范、全面和严谨的宪法概念。具体表现为，在几乎所有的宪法学教材和著作中，都有对宪法概念进行分析或解说的内容，把对宪法概念的分析作为构筑整个宪法学体系的逻辑起点。而国外的宪法学者在揭示宪法概念的内涵时，逻辑上多使用归纳推理的方法，也就是实证的方法，从现象、内容和外部特征等方面来说明宪法的含义，很少从理性的角度，在本体的意义上来揭示宪法的本质。多数的西方学者只是从宪法规定了什么和看起来是什么的角度来界定宪法的含义，因而，在国外宪法学者的著作中，很难找到比较规范的宪法概念。在国外的学者看来，在本体的意义上来揭示宪法的实质，这种研究不是建立在严格的科学研究和检验的基础上，会使对宪法的研究“陷入单纯的哲学思辨和未经证实的空想式研究”。^① 因此，才会出现美国联邦最高法院大法官

^① [美] 肯尼思·W. 汤普森：《宪法的政治理论》，张志铭译，三联书店1997年版，序言第2页。

Charles Evans Hughes 所提出的“宪法就是法院说它是（宪法）的东西”的说法。^①甚至有些学者认为，“不可能给宪法下一个实质性的定义”，“为了弄明白‘宪法’一词的定义，最好研究一下宪法形式上的性质，即宪法外在的、可以感觉到的特征”。^②

三、内涵与外延

在界定的宪法概念内涵和外延上，中国宪法学者界定的宪法概念内涵大，外延小；国外宪法学者界定的宪法概念内涵小，外延大。采用演绎推理的逻辑方法，希望从本体上揭示宪法所具有的本质时，必须是从一般的前提中推出个别的结论，经过思辨和抽象，形成规范性的概念范畴。就宪法这种法律现象来讲，是一种非常典型的社会现象。而一种社会现象很难具有固定不变的本质，它的本质往往要受到其所处社会性质的影响，并且随着社会的发展而发生程度不同的变化。再加上宪法作为法律规范存在时，其内容虽说不能脱离其所处的社会经济发展水平的制约，但其形式却是主观的，必然要承载着许多价值性的追求，因而非常容易受到制定宪法的人们所遵奉的价值观念影响，更容易受到特定意识形态的左右。在这样的情形下，也就很难概括出具有普遍性的宪法的本质，所概括或归纳出的往往是宪法在一定时期或一定国家所具有的本质。这样的宪法概念自然也就只能用来指称特定社会发展阶段的宪法，而不能将所有的宪法都涵盖其中。如我国宪法学界所界定的宪法概念，在很大程度上仅仅是近代意义的宪法才具备。如国家的根本大法、最高的法律效力、民主制度的法律化、规定国家的根本问题或根本制度等。国外的宪法学者从经验的角度，用实证的方法和归纳推理的逻辑方法来揭示宪法的内涵，由于是从宪法的现象、内容和外部特征来对宪法所具有的属性进行描述，把宪法概念所具有的内涵建立在经验性的基础之上，并不注重宪法所谓的本体属性，因而不大容易受意识形态的影响，也容易将意识形态的内容排除在宪法的属性之外，因而能够将不同时期和不同形态的宪法都涵盖其中。如西方的学者比较倾向于将宪法看做是一套调控国家机构及其权力运行的法律规则，从这个意义上讲，这样的宪法无论如何不是近代才出现，因为只要有国家，当然就应当有解决国家权力行使的

^① Ralph A. Rossum and G. Alan Tarr, *American Constitutional Law*, 1991 by St. Martin's Press, Inc. 3rd edition, p. 1.

^② [荷]亨利·范·马尔赛文等：《成文宪法的比较研究》，陈云生译，华夏出版社1987年版，第296～297页。

规则，这种规则，无论是成文的还是不成文的，简单的还是复杂的，都无关紧要。

四、主导属性

在中国学者的宪法概念中，宪法的阶级属性和根本法属性非常突出，在宪法的属性中居于主导性和决定性的地位，这显然是中国学者对概念内涵的揭示主要是一种定性研究和分析所导致的结果。而国外学者对宪法概念内涵的分析很多的情形下是立足于经验的基础上，侧重于对宪法表层功用的阐述，因而给人一种具体性、明确性的感觉。由此而导致的结果是，由于对宪法概念内涵中阶级性的强调，所构筑的宪法学体系中，国家制度的内容一直占据比较大的篇幅，而且始终将国家制度的内容放在公民权利之前进行分析。即便是我国现行宪法在结构上作了调整，国家机构的内容安排在公民基本权利义务这一章的后面的情形下，这种体系结构并没有改变。受此影响，我们非常重视和强调国家对社会的管理作用，强调宪法是统治阶级意志和利益的集中体现，很少研究对国家权力的限制或制约问题。即便是对公民权利的研究，在什么意义上研究公民权利，其与对国家权力的研究之间是一种什么关系，这个问题可以说不明确的。因而给人造成这样的印象，研究公民权利就是研究公民权利，研究国家权力就是研究国家权力，似乎国家权力与公民权利之间没有任何关系。近代宪法为什么将公民权利与国家权力规定在一起，都作为国家的根本问题来对待，法国的《人权宣言》之所以宣称“凡权利没有保障分权未确立的国家就没有宪法”，都表明公民权利与国家权力之间存在着密切的联系，是矛盾的双方。因而，我们必须从二者之间关系的角度来加以研究，才有可能触及到问题的实质，抓住问题的要害。因此，国外的学者在人民同政府的关系中来揭示宪法概念的内涵，无论如何有其合理之处，至少与宪法规定的内容有着程度比较高的一致性。特别是国外学者在人民同政府的关系中来研究宪法概念的内涵时，非常强调宪法对国家权力限制和对公民权利保障的功能，这可以说是西方个人主义价值取向和国家权力有限的传统在对宪法概念理解上的体现。

将中外学者对宪法概念内涵理解作上述比较，主要的意图是在于说明对宪法概念的解读，由于受逻辑方法、思维方式、文化传统等的影响，会存在比较大的差别，还难以形成共识。无论是哪一种理解，都具有其合理和可取之处，不可能说哪一个宪法概念就是绝对合理的，更不具有要肯定哪一个，否定另外一个的意思。只有这样，才会使人们对宪法概念内涵的揭示随着社会的发展而相应地发展，不至于使宪法概念的内涵发生僵化。

第二章 宪法的观念

第一节 宪法意义的变迁

现在我们所谓的宪法，一般是指的近代以后的立宪主义宪法，以规定国家组织与个人享有的基本人权为内容。但在实际上，宪法是否必然与国家联系在一起，是否一定以规范的形态存在，内容上是否将人权作为根本的目的加以追求，需要做历史的考察以后才能加以回答。

一、作为制度意义的宪法

今天人们普遍使用的“宪法”一词，多是规范性的概念或法律用语，意指通过制宪权的行使而创设的以“宪法”而命名的法律文件及其制度。从历史渊源来讲，无论是德文的“Verfassung”还是英文的“constitution”，在近代之前更多的时候是在指从一个政治秩序的实际状态的意义上来使用的。而政治秩序的实际状态就表现为或通过缔结契约而建立，或经由现实力量而形成的制度。在此意义下，每一个国家都必定要有自己的宪法，否则将会陷入混乱无序的状态，共同的社会生活无法营造，国家的治理也无法进行。

近代意义的宪法最早在英国出现，但在英国人的观念中，“宪法”并不是指的法律文件和法律部门，而是指的“代议制”这种政治制度。英国的资产阶级在反对封建专制的斗争中，根据人民主权的原理，创立了议会这种人民行使国家权力的形式，并在此基础上形成了“代议制”的政治制度，即人民通过选出代表，组成议会这样一个代表机关，来代表人民行使国家权力。这种以限制国家权力，保障个人权利自由为实质的“立宪政体”的政治制度，英国人将其称为“constitution”，也就是我们今天所说的宪法。英国著名的宪法学家艾沃·詹宁斯爵士（Sir Ivor Jennings）指出：“如果宪法仅指成文文件，那么很明显，大不列颠没有宪法。在具有这种文件的国家，“宪法”一词意即成文文件。但是，这种文件本身只不过是叙述那些决定政府机构的设置和运行的