

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



创新思维法学教材

比较宪法学

王广辉等 编著

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	15
第一节 不同流派的宪法概念	15
一、实证主义的宪法概念	15
二、决断主义的宪法概念	17
三、融合理论的宪法概念	19
第二节 如何界定宪法的概念	19
一、涵盖的属性	19
二、逻辑的方法	20
三、内涵与外延	21
四、主导属性	22
第二章 宪法的观念	23
第一节 宪法意义的变迁	23
一、作为制度意义的宪法	23
二、作为特许状的宪法	25
三、作为契约的宪法	27



四、作为对君主绝对权力限制的宪法	28
第二节 宪法的基础观念	29
一、自由主义	29
二、共和主义	30
三、宪政主义	32
第三章 宪法理论	35
第一节 狄骥的宪法理论	35
一、国家理论	35
二、主权批判理论	36
三、对自然权利学说的批判	37
第二节 施米特的宪法理论	38
一、主权决断论	38
二、紧急状态理论	39
三、法西斯的国家主义与大民主思想	41
第三节 布坎南的宪法理论	42
一、关于政府的两个阶段理论	44
二、关于制度和约易受无政府状态攻击的理论	45
三、宪法改革	45
第四节 哈贝马斯的宪法理论	46
一、权利与权利体系	46
二、宪政国家	49
三、司法机构与立法机构	50
四、宪法爱国主义与世界大同共同体	50
第四章 宪法的创制	52
第一节 英国的制宪思想	52
第二节 美国的宪法创制思想	54
第三节 法国革命时期西耶斯的制宪思想	55
第四节 施米特与阿伦特的制宪思想	57
第五节 新近的制宪思想	61
一、布鲁斯·阿克曼的宪法变革学说	61
二、新宪政主义者的有关理论	63

三、哈贝马斯的欧盟立宪思想	65
四、奈格里的立宪思想	67

第二编 基本权利

第五章 基本权利概述	72
第一节 宪法典结构中的基本权利	72
一、名称	72
二、体例	72
第二节 宪法典中的人权规范内容	74
一、人权宣示条款	74
二、人权保障条款	75
三、人权限制条款	77
第三节 规定人权的方式	79
一、列举的权利	79
二、未列举的权利	80
第四节 人权的发展阶段	83
一、第一代人权	84
二、第二代人权	85
三、第三代人权	86
第六章 生存权	88
第一节 生存权概说	88
一、生存权的产生和发展	88
二、生存权的属性	89
第二节 生命权	94
一、生命权的产生	94
二、出生权	94
三、生命存在权	98
四、生命自主权	100
五、生命健康权	103
第三节 人性尊严	104
一、人性尊严概述	104



二、德国基本法规定的人性尊严·····	107
三、日本宪法中的人性尊严·····	109
四、美国宪法中的人性尊严·····	111
第四节 环境权·····	112
一、环境权的内涵·····	112
二、环境权的存在形态·····	113
三、环境权的理论根据·····	115
第七章 平等权 ·····	117
第一节 平等权概述·····	117
第二节 美国宪法中的平等权保护·····	118
一、美国宪法平等权的规定·····	118
二、种族隔离与平等保护·····	119
三、选举权与平等保护·····	119
四、受教育与平等保护·····	121
五、女性公民权与性别平等·····	121
第三节 日本、德国等国家宪法中的平等权保护·····	124
一、日本战后宪法中的平等保护·····	124
二、德国的平等理论与判例·····	129
三、意大利宪法有关平等权的理论与实践·····	132
四、法国的平等权保障问题·····	135
第八章 自由权 ·····	137
第一节 人身自由·····	137
一、禁止对公民人身的奴役·····	137
二、正当法律程序对人身自由的保障·····	138
三、住宅不受侵犯·····	142
四、迁徙自由·····	142
第二节 表达自由·····	144
一、言论出版自由·····	144
二、结社自由·····	162
三、集会、游行、示威的自由·····	168
第三节 宗教信仰自由·····	171

一、宗教信仰自由概述·····	171
二、美国宪法中的宗教信仰自由·····	173
三、日本宪法中的宗教信仰自由·····	179
第九章 参政权 ·····	185
第一节 选举权与被选举权·····	185
一、选举权与被选举权概述·····	185
二、选民及候选人的资格·····	186
第二节 罢免权·····	192
一、罢免权的含义·····	192
二、罢免权的内容·····	193
第三节 创制权·····	195
一、创制权的含义·····	195
二、创制权的内容·····	195
第四节 复决权·····	196
一、复决权的含义·····	196
二、复决权的内容·····	197
第十章 社会权 ·····	199
第一节 财产权·····	199
一、宪法财产权的规范结构·····	199
二、美国宪法对财产权的保护·····	203
第二节 劳动权·····	209
一、劳动权的内容·····	209
二、劳动权的保障·····	211
三、德国基本法上的职业自由·····	212
四、日本宪法上的劳动权·····	215
第三节 社会保障权·····	220
一、社会保障权规范在宪法结构中的地位·····	220
二、宪法规定社会保障权的视角·····	222
三、社会保障权的内容·····	223
四、保障社会保障权实现的原则·····	223
五、美国宪法对社会保障权的保障·····	224

第十一章 文化权	227
第一节 受教育权	227
一、概述	227
二、日本宪法中的受教育权	228
三、美国宪法中的受教育权	234
第二节 艺术自由	235
第三节 学术自由	240
一、学术自由的主体	240
二、学术自由的客体	242
三、学术自由的内容	242
第十二章 少数人的权利	249
一、少数人的概念	249
二、少数人权利的内容	251
三、少数人权利的保护	254

第三编 国家权力

第十三章 元首机关	262
第一节 概述	262
一、概念	262
二、类型	262
第二节 国家元首的产生	263
一、世袭制	263
二、选举制	265
第三节 国家元首的职权	266
一、任免权	266
二、立法权	267
三、紧急命令权	268
四、军事权	269
五、外交权	270
六、司法权	270

七、其他权力·····	271
第十四章 立法机关 ·····	272
第一节 概述·····	272
一、议会的产生·····	272
二、议会的构成·····	273
三、议会的内部组织·····	275
四、议员·····	277
第二节 议会的职权·····	278
一、立法权·····	278
二、财政权·····	281
三、监督权·····	284
四、其他职权·····	292
第三节 议会的议事规则·····	293
一、法定人数原则·····	293
二、多数决原则·····	294
三、会议公开原则·····	295
四、一事不再议原则·····	296
第十五章 行政机关 ·····	297
第一节 政府的含义与特征·····	297
一、政府的含义·····	297
二、政府的称谓·····	297
第二节 政府的组成·····	299
一、政府首脑的产生·····	299
二、政府首脑同政府其他组成人员的关系·····	301
三、政府机构的设置·····	304
第三节 政府的职权·····	307
一、执行法律权·····	307
二、制定和实施政策的权力·····	308
三、经济社会事务管理权·····	308
四、外交权·····	308
五、行政立法权·····	309



六、立法参与权·····	310
七、其他方面的职权·····	310
第十六章 司法机关·····	311
第一节 司法权与司法机关·····	311
一、司法权的基本含义·····	311
二、司法机关的构成·····	313
第二节 司法机关的组织·····	317
一、检察机关·····	317
二、法院·····	321
第三节 司法机关的活动原则·····	334
一、司法独立原则·····	335
二、公平审判原则·····	338
三、权利平等原则·····	340
第十七章 国家权力与政党·····	342
一、政党的特征·····	342
二、政党制度·····	346
三、政党在国家中的地位·····	352

第四编 运行制度

第十八章 基本原则·····	355
第一节 普遍性原则·····	355
一、人民主权原则·····	355
二、基本人权·····	358
三、权力制约·····	359
四、法治·····	361
第二节 代表性国家的宪法原则·····	363
一、英国·····	363
二、德国·····	365
三、日本·····	371
四、美国·····	375

第十九章 宪法修改	377
第一节 宪法修改的基本问题	377
一、修宪权.....	377
二、宪法修改的限制.....	380
第二节 宪法修改程序	381
一、动议.....	381
二、议决.....	383
三、公布.....	385
第三节 美国宪法的修改	385
一、提案.....	385
二、批准.....	389
三、宪法修改的限制.....	392
第四节 日本宪法的修改	393
一、国会的动议.....	393
二、国民投票承认.....	395
三、公布.....	396
四、宪法修改的限制.....	397
第五节 瑞士宪法的修改程序	399
一、全面修改.....	399
二、部分修改.....	399
三、特点.....	400
第二十章 宪法解释	402
第一节 宪法解释体制	402
一、立法机关解释体制.....	402
二、司法机关解释.....	404
三、专门机关解释.....	406
第二节 宪法解释的基本立场	409
一、原教旨主义.....	410
二、文本主义.....	413
三、解释者主义.....	414



第二十一章 违宪审查	416
第一节 专门机关审查制	416
一、法国的宪法委员会	416
二、德国的宪法法院	425
第二节 司法审查制	432
一、美国	432
二、日本	441
第三节 违宪审查的原则与方法	445
一、违宪审查的原则	446
二、宪法判断的方法	453
三、违宪审查制与“反多数难题”	456
后 记	459

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，并以之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