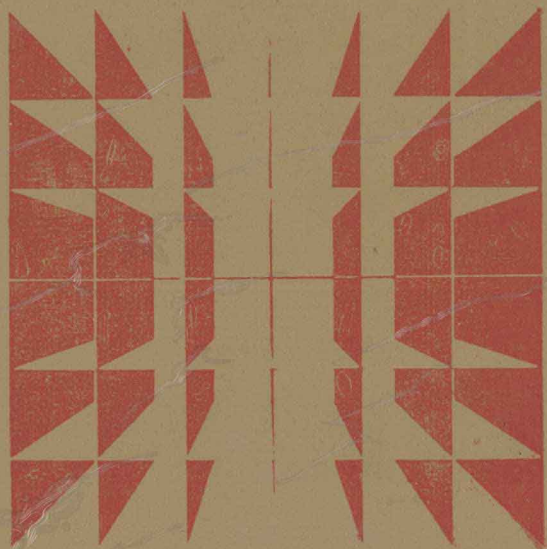


宪法比较研究文集

XIAN FA BI JIAO YAN JIU WEN JI

1

XIAN FA BI JIAO YAN JIU WEN JI

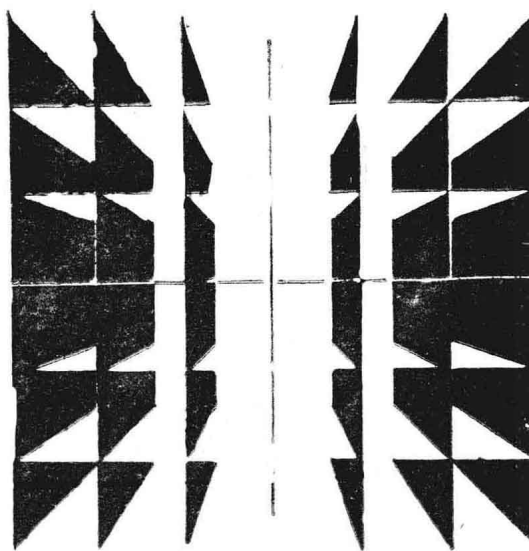


宪法比较研究课题组编

XIAN FA BI JIAO YAN JIU WEN JI

南京大学出版社

宪法比较研究文集



XIAN FA BI JIAO YAN JIU WEN JI

南京大学出版社

(苏)新登字第011号

宪法比较研究论文集(一)

宪法比较研究课题组编

南京大学出版社出版发行

(南京大学校内 邮政编码: 210003)

安徽繁昌印刷厂印刷

*

开本: 850×1168 1/32印张: 15.875 字数383千

1993年6月第1版 1993年6月第1次印刷

印数1—1200

ISBN7-305-02232-2/D·297

定价: 12.00元(平)

15.00元(精)

前 言

中国社会科学院法学研究所与中国东方文化研究会法律文化分会于1991年8月26日至28日在北京联合召开了比较宪法学研讨会。来自全国各地法律院校、科研机构 and 实际工作部门的专家、学者五十余人出席了会议。与会者就比较宪法学的一般理论问题和研究方法以及宪法比较研究的若干专题进行了较为深入的讨论。本文集的部分文章就是从这次研讨会的与会者所提交的论文中挑选出来的。同时,我们又约请宪法学界的部分同志为本书撰写论文,并得到了他们的热情支持。编者对本文集的部分论文只作了少许文字上的加工;对部分论文则作了较多的删改,但仍保持了作者本人的基本观点。论文的先后次序,按内容的逻辑顺序排列。

开展宪法的比较研究,是提高我国宪法学研究水平的一条重要途径。这已成为很多同志的共识。我们希望在推动这方面研究的组织工作中能尽自己的一点微薄之力,并希望今后能继续得到大家的帮助与合作。

李步云谨识

1992年6月1日

目 录

比较宪法学的研究方法论	龚祥瑞(11)
比较宪法学研究的目 的、对象与方法	董和平(1)
关于宪法比较研究的几个问题	李步云(17)
宪法特征比较初探	程辑雍(24)
立法程序论	董璠舆(45)
政党立法与政党政治形式比较	王振民(74)
宪法修改的比较研究	徐秀义(87)
宪法结构与宪法内容的比较研究	张庆福(99)
拉丁美洲宪政特点比较	莫纪宏(134)
非洲 23 国宪法及其国家形式比较	宝音胡日雅克琪(147)
元首制度的比较与思考	董成美 隆仕明(158)
坚持与完善人民代表大会制度	赵树民(177)
宪法与公务员制度	田培炎(199)
选举资格和被选举资格 的比较研究	戴鸿映(227)
抵抗权理论比较研究	杜钢建(241)
知情权制度比较研究	杜钢建(272)
日本的国家赔偿制度——与中国法的比较	李毅多(285)
宪法中的环境保护规定	马骧聪 陈茂云(313)
国家立法机关会议制度和议事程序比较研究	

.....	陈寒枫(341)
两院协议会	董璠舆 冯玲娣(390)
紧急状态法律程序比较研究	莫纪宏 徐 高(404)
司法控制论纲——司法制度比较研究	
.....	许崇德 吴德星(432)
宪法解释模式及主要原则	张庆福 周汉华(457)
从比较法看香港基本法的解释	陈 克(473)

附录：

比较宪法学研讨会综述	莫纪宏(488)
全国比较宪法学研讨会综述	莫纪宏 周汉华(494)

比较宪法学的研究方法论

龚 祥 瑞

法律问题历来不是一个单纯的条文字面规定的问题。各国宪政史表明,有宪法上的各种明文规定并不意味着有受宪法制约的政府的存在。成文宪法的发展和受宪法制约的政府的发展决不是同一回事。正如一种法律可以由政府强制实施(制定的法律)或由政府当局和非政府力量共同商订(协议的法律)一样,宪法也可以是强加或商订的。宪法与宪政是有区别的。

有效的宪政制度必须基于社会成员或社会中的主要集团的基本共识。说到底,法律总是一种以理服人的工具。宪法就它的范围来说,是一种容忍现存社会关系中各种政治、经济、文化等力量合法消长的总框架。宪法就它的效力来说,是政治力量间斗争、发展的结果,又是各种政治力量自觉或者不得不共守的规则。宪法就其内容和作用来说,是国家法。或称政治法,它既可能是政治斗争的公认前提,也可能是政治斗争的矛头所向。因而,政治关系包涵法律关系,而又远较法律关系丰富复杂而活跃;法律制约着政治关系,而政治关系每每又超越于法律之上或法律之外。所以,可以说,政治学是法学的基础。特别在英国政治学就是宪法学,这是因为议会立法必须遵从一定的政治学说,而执法(包括司法在内)也必须从国情或案情出发,就法论法总有局限性,总不能究其根源。宪法是政治法,是治国之法,治官之法,是“法中之法”,是从崇尚个性解放、保护合法权益、保护人身、言论、出版等自由,遏止暴政、苛政出发的。有人说宪法也要保障合法权力。这种貌似“全面”的看法是自相矛盾的。由此引伸出来,又说行政诉讼法不是“控权法”而应该是“保障行政权合法行使的法”。所有这类观点都是传统的“官本位”、“大国家”思

想的反映,从民主宪政的原理来看,是极其错误的。权力本身意味着一种能力,一旦不受控制便会变成暴力。而且这种权力本身不需要法律保护即可存在并发挥作用。既然一切(包括合法与不合法)是由权力来决定的,而且既有了权,还需要用法来为之保障么?因此,针对权力的先定性、腐蚀性和侵略性,人们就要用宪法与行政法来约束它,管制它,使之分别由不同主体行使并置于人民监督之下,这才是我们所以要研究比较宪法的目的。

有人好援引列宁的话说,“革命的根本问题是政权问题”,但是列宁从未说过取得政权是革命的最终目的。作为治理新社会的手段政权自然应有其明确的目的和性质,并负有一定的任务;在文化模式上,权力不能是最高的,充其量是一种完成任务的必要手段,因此须受这些目的、职能和任务的制约。或受人民的监督,或受其内部分权的牵制。成文宪法明文授予政府的权力最好不过地说明了政府——政权要受宪法所授予的目的的制约。从实质而不是从形式上看,宪法总是社会中人们之间的一种约定,是当事人必须平等地遵守的,是政府治者与老百姓的一种契约关系,这种法学思想是从人民主权思想中引伸出来的。

由此可见,离开政治、离开民情来研究法律、法学,使法学研究抛开政治学,就有陷入法律本本主义(或者注疏式法律宣传)的泥坑的危险。

我的拙作《比较宪法与行政法》无论它当初作为一门课程1981年在北大来讲授,还是后来作为一本著作1985年由法律出版社来出版,都是基于上述这样一种基本考虑,因而,确切地说,它应该被命名为“宪法与行政法的比较政治学研究”。这部书既是笔者以往多年来的教学研究成果的总结,又是后来的诸多新思路的基点。

作为一名比较宪法与行政法的教师,我积多年的研究心得,

对比较宪法的研究方法，愿向学界同人贡献三点意见：

其一，立足改革现实的需要，突出西方国家实施宪法、着力于宪政研究的借鉴作用。

我国四十年来，宪政建设一波三折，原因很多，其中一条是我国的政权结构中缺少一种制约机制，民主监督功能很不发达，政权结构好比一部机器，我们这部机器看起来，力量似乎很大，上令下行、上行下效。但缺乏制约监督功能，就会刹车不灵。有权的人不受制约监督就会往下滑去，以至出现“以权谋私”，甚至赤裸裸地进行权钱交易、敲诈勒索、贪赃枉法的腐败现象。这些现象并非完全是个别的，即使是少数人的个别现象，也会损害党的整体形像、国家的整体形像。外国有位历史学家阿克顿勋爵总结了一句极中肯的话：“权有腐败的趋势，绝对不受制约，必然绝对地腐败。”我们从事比较宪法的研究，其重要目的就在于借他山之石以攻玉，为了加强我国现代化的政权建设与法制建设，有鉴于此，对于权力制约机制、文官制度、行政诉讼制度、行政司法制度、地方法人制度的比较研究，包括西方国家的实践模式，在以系统性见长的基础上，突出分析不同模式之间的差异及其成败得失的经验（因果关系）才得以作为拙作《比较宪法与行政法》初版的主要内容，它也勾画了自1985年本书出版以后行政法学理论发展和行政法制建设进步的某些基本线索，也成为本人在建立和健全我国公务员制度、政府监察制度、行政诉讼制度、地方法人制度方面诚恳倡议的理论根据。

其二，着眼理论联系实际，研究具有人类共性的宪政成果。

诚如我在许多场合坚持不懈地指出的那样，宪法是保护人民利益的根本大法。我们要研究人性中残酷的一面、人间的疾苦的一面，忠诚地以人类追求正义的精神而不懈地积累、更新如何予防权力被人类弱点所滥用的根源、技术与方法。

人性中共有的对正义、公平理想的追求和信念以及对人性

固有的弱点的确认(求存、恐惧,不顾目的只图强权的取得之观念,以强凌弱、维护既得利益……)构成本人勾划研究体系、确定研究重点和宣扬研究结论的自始至终的考虑。虽然宪法学的比较研究包括宪法的制定与实施、公民的权利与义务、国家机构、政治团体、行政体制等方方面面,但核心只有一个,不论宪法在各国有多少变种,也不论宪章的实施和施行的效力如何,宪法之所以构成现代民主国家的标志,恰恰在于它是从被治者、从弱者、从多数人的立场出发(至少形式上都是如此),强调公共政治权力对每一个社会成员的基本生存权利和发展权利的依法平等保护。人权至上乃是宪法之不同于封建王朝的君主敕令的精髓所在;控制政府权力,只是维护公民基本权利的逻辑结论。

我们读西方宪法原著几乎无一不是从它们各自的时代出发,在前人基础上的继承与发展的创作。例如英人霍布斯(1588—1679)、洛克(1632—1704)、边沁(1748—1832)、白芝浩(1826—1877)、戴雪(1835—1922)、詹宁斯(?—1965)和邓宁(1899—)等人的著作,都是承上启下,实事求是的创作。比较宪法学不但要联系各该国的实际(案例教育法就是明证),更要联系本国的实际,不能照搬照抄。为此,我从1984年起就有志于结合中国宪法的实施的学术研究。以前我是把西方的东西介绍给中国的学人;之后,大部分时间则致力于本国政治体制问题的探讨,把东方的东西介绍给西方。我在斯德哥尔摩大学(1982)、哥伦比亚大学(1984)、伦敦大学和巴黎第一大学(1986)和康奈耳大学(1988)讲学的内容虽名曰“比较宪政制度”,但都以我国特色为重点。1985年我去重庆、泸州、武汉、黄石等市访问调查城市政权体制存在的问题。1987年我带领三名研究生到深圳专访行政审判庭并顺访了南京、上海、杭州、郑州、武汉等市的行政审判庭试点。特别是今年7月2日至8月10日我去到东北吉林省小吉县江密峰法庭,参加了法庭组织的巡回审判、当事人问访、

普法宣传,了解当前农村生产、生活中出现的突出的社会矛盾及其法律对策,实地考察我国基层政权建设的现状及其可能的发展方向,亲自验证我在大学所讲的课程是否符合老百姓的需要。所有这些理论与实际相结合的活动所给予我的启示是:在许多方面,社会关系协调之对法律机制的需要,超越了东西方国家制度之间的一般差别。许多我一向作为西方法治原则介绍的观念,也正由我国的基层司法人员加以努力实践,并对他们的实践起着有益的指导作用。例如法庭对程序规则的重视,法律面前人人平等观念的宣传,法制是对违法行为的制裁及作为保护合法权益的武器的新界定,“民告官”的行政诉讼的强调,重证据、重调查、重执行的法律权威性的建立,改“不告不理”为“主动巡回审案”的实践活动,主张在基层实行司法行政综合化制度,……所有这些都不仅仅是一些学术意见,而是已成为或正在成为不少基层司法人员的共识,这是我始所未料的。于是也就增强了我治学的自强自信心,理所当然地也会增强青年学生们和人民群众学法、懂法、用法的自强自信心。

其三,弱化技术细节,突出宪政进步的政治文化背景。

我深信,精巧的技术设计如不以宏观政治条件的改善为前提,则必将以完备的法典条文始,以普遍的“法不责众”终。正因为如此,我在《比较宪法与行政法》一书中抛开了某些传统的研究程式,揉进了自己对于时局和潮流的细腻感受。笔触远处,将域外制宪护宪历史的文化渊源,抑或名人典故推敲擷英;收笔之时,又将对本国政制的改善之途直言坦陈。虽然不多条文典章的罗列,也甚少西欧各国宪政制度的细节堆砌,但总想尽力将近现代宪政发展史上的各种变迁消长的源流走向勾勒清楚。这样着笔的用意,首先在于拓展读者的视野,不致使他们拘泥于作者本人有限的知识和经验;其次在于引导读者将目光自宪政文明之树的灿烂花果转移于其所由来的根本。

弱化技术细节,侧重宏观背景的研究方法,使得吾人能将行政法作为宪法的动态部分来研究,明确行政法律效果的宪政意义,这一方法在我其后开设的《宏观行政学》一课中得到了进一步发展。

比较宪法学研究的 目的、对象与方法

董和平

在我国，解放前有一些学者曾致力于比较宪法研究。王世杰和钱端升所著《比较宪法》一书，影响就很大。解放以后，由于种种原因，在将近四十年的时间，比较宪法学的研究基本上处于停滞状态。最近几年，随着法学教学与科研的发展，适应我国社会主义民主宪政建设的需要，比较宪法学的研究开始复生，相继有三部专著问世，也有一些专题论文见诸学术论坛。但目前的研究在力量上仍十分薄弱，理论上有待深化，特别是关于比较宪法学研究的一些基本问题还须进一步认识。笔者拟就比较宪法学的研究目的、研究对象和方法谈一些看法。

一、比较宪法学的性质和研究目的

比较宪法学是比较法学的一个部门，又是宪法学的一个分支学科，对其性质和研究目的的认识有赖于对其在比较法学和宪法学研究中的地位和功用的分析。

首先，比较宪法学是一门基础性部门比较法学，在比较法学体系中占有极其重要的地位。比较法学是对不同国家法律制度的比较研究，既包括本国法和外国法之间及不同的外国法之间的现状的比较，也包括对不同历史时期一定法律制度在不同国家的形成与发展比较。其意义在于比出差异，发现规律。比较宪

法学是寻求对法的本质和规律认识的深化。由于比较宪法学是对各国根本制度立法及其实际运作状况的特点和规律的研究,而在实际政治生活中其他具体法律制度的存在和作用都受这些特点和规律的影响与制约,所以,比较宪法学对于其他比较部门法学的研究无疑具有指导和基础的意义。

其次,比较宪法学是宪法学研究体系中的应用学科。宪法学是所有以宪法规范和宪政制度为研究对象的学科的总称。对宪法和宪政制度的全面研究包括历史研究、社会研究和比较研究,它们从不同的角度形成对宪法和宪政制度的全方位认识。对宪法的历史研究是从自身纵向发展的角度探讨宪法和宪政制度产生、发展和变化的规律,由此形成中国宪法思想史、外国宪法思想史、中国宪政制度史和外国宪政制度史及国别宪法史等学科。对宪法的社会研究是从周边社会因素与宪法和宪政制度的相互渗透、相互影响和作用的角度,分析宪法和宪政制度发展、变化和存在、生效的原因和规律,由此产生宪法社会学、宪法政策学和宪法意识、宪法文化等研究。对宪法的本体研究侧重于从宪法和宪政制度的现状总结其一般特点和规律,由此形成宪法原理、中国宪法、外国国别宪法、宪法规范学、宪法立法学等研究分支。对宪法的比较研究则是将宪法和宪政制度置于人类政治发展的历史过程和种种复杂的政治、经济、文化等社会联系之中,将一国的宪法制度置于各国宪法制度的同类之中,通过对特定宪法制度在各国不同历史时期立法和运转状况的全面比较分析,研究宪法制度发挥效用的具体条件和规律,找出宪法立法和完政运作的最佳途径、方法和质点,由此形成国别比较宪法史,各国比较宪法史、宪法规范比较研究、宪法制度比较研究、宪政环境比较研究等分支学科。在整个宪法学科群中,比较宪法学纵横联络、融会贯通,它以历史、社会和本体研究中发现的规律为指导,从一般到具体,于个别对比与鉴别中发现一般规律在各个特殊

环境中的作用方式和条件,总结具体宪法立法与宪政运作中的经验和教训,为本国的宪政实践提供指导和借鉴。所以,如果说对宪法的历史、社会和本体研究是宏观抽象研究,则比较宪法学属于对宪法的微观具体研究,因为其目的不在于揭示和表述一般规律,而在于分析一般规律的具体作用,深化认识;如果说对宪法的其他研究属于理论研究,则比较宪法学在更大意义上属于应用研究。

在我国目前的比较宪法学研究中,关于研究目的有几种认识需要澄清。(1)认为比较宪法研究的目的在于分析批判资产阶级宪法制度,加深对我国现行宪法制度的基本精神的理解和领会,说明我国宪政制度的优越性;(2)认为比较宪法研究的目的在于开拓视野,了解外国的宪法制度;(3)认为比较宪法研究的目的是比较各国宪法制度的异同和优劣,为我借鉴。这三种观点虽然都有一定的道理,但都有可商榷之处。

第一种观点混淆了宪法本体研究和比较研究的界限。本体研究是对宪法与宪政制度现状的研究,其中的宪法原理和中国宪法分支都是在现状研究的基础上,分析两类不同宪法制度的特点,说明我国宪政制度的基本精神和优越性;而比较宪法学虽然其研究结果在一定程度上能够加深对我国宪法制度基本精神的领会,但主要目的在于借“他山之石”攻我国宪政之“玉”,以别国之经验教训,指导我国宪法立法和宪政实践;第二种观点混淆了本体研究中国别宪法学与比较宪法学的区别。国别宪法学研究的目的在于开拓视野,介绍外国宪政制度,当然也兼具为我所借鉴的意义,但侧重于前者。比较宪法学虽然客观上有开拓视野的功用,但目的在于通过比较分析,把握各国宪政立法和实践的共同特点,找出宪法立法和宪政运作的最佳模式,为我所用;第三种观点笔者基本同意,但对其中“比较各宪法的优劣”一语不敢苟同。如果对宪法规范进行静态研究,可以得出孰优孰劣的结

论。但比较宪法是从动态角度研究宪法规范和宪政制度,优劣很难判定。一制度在立法上简明而严谨,但不合国情,难以实现,何以断其优?一制度在立法上谈不上“民主”程度很高,但符合实际需要,能够保障人民的根本利益,何以断其劣?以宪法公民权利制度为例,我国现行宪法没有规定迁徙自由,与某些规定此项权利的国家的宪法相比是否属劣?显然并非如此。在中国人口众多,城乡差别和各地区差别极大的情况下,这种规定实堪称优。所以,动态考察各国宪法,很难摆出一个截然分明的优劣界限。比较宪法学的目的并不在于要从各国宪法的异同中判断优劣,亦非哪个国家宪法规定优或实际效果好就学习和引进,而是要从这些不同特点中分析研究宪法立法和宪政运作的具体规律,总结出最佳模式和要注意的问题,以此来指导本国的宪政实践,决不可将二者混为一谈。

二、比较宪法学的研究对象和范围

比较宪法学的性质和研究目的决定了它是以比较分析各国宪法制度的不同特点为基础,以宪法立法和宪政运作的具体规则、模式、方法和途径,亦即宪法发展变化的一般规律在各种不同状况下发生作用的条件与方式为研究对象的宪法学分支学科,比较宪法研究不仅仅是展示各国宪法规范和宪政制度的异同,更重要的是要将这些不同的特点与其存在的历史和社会条件联系起来,与其维护阶级政治统治的效果联系起来,从中总结出带有规律性的东西用于指导宪政实践,否则便失去其社会价值和理论价值,同一宪法制度在不同的国家或同一国家不同的历史时期立法上有何差别,为何会有这些差别,差别导致的实际效用如何?相同的立法为什么在不同国家的宪政实践中效用各异?特定的宪法制度在立法与实际运转中要受哪些社会因素

的影响和制约,这种作用有几种类型,由此会导致宪政制度的哪些变化,其中有无规律可循,人的主观能动性在其中的作用如何?在哪些情况下,宪法立法和宪政运作的最佳模式和规则如何?宪法立法与实际宪政制度在不同的国家或不同的历史时期是否一致,为什么会一致或不一致,如何求得一致而取得最佳效果?等等。诸如此类问题都需要在对各国宪法史、宪法规范、宪政制度和宪政环境的归类分层比较研究中得到解决。可见,比较宪法学并非纯粹运用一般规律,从抽象到具体的研究,其中也必然包含对具体的抽象和升华过程,否则就不成其为理论研究了。

既然比较宪法学要研究各国宪法立法和宪政运作的具体规律,那就必须对其从历史、社会、本体三个角度进行全方位比较,比较宪法学的研究范围也就一目了然了。

(1)宪法史比较研究。这是对各国宪法立法与宪政制度的纵向分期研究,目的在于深化对宪法产生与发展规律的认识,从中分析出宪法发展变化和不断完善的原因与条件。包括东西方宪法思想史比较研究,中国宪法史比较研究,各国宪法史比较研究、两种不同类型宪法史研究等。

(2)宪法规范比较研究。这是对各国现行宪政制度立法状况的比较研究,可以从静态和动态两方面来进行。静态研究是对宪法条文的比较研究,从中比出差异和优劣。动态研究则是从社会政治运转的角度比较分析形成这种差异的原因、条件、改进途径等。这两个方面结合起来就构成对宪法规范的全面认识,就能够总结出立法经验,为完善现实宪政立法提供借鉴。

(3)宪政制度比较研究。这是对各国宪政实践状况的比较研究,目的在于把握宪法立法与宪政实践之间关系的规律和宪政运作的经验与最佳模式。包括各国宪政制度分项比较研究、两类不同宪法制度分项比较研究。

(4)宪政环境比较研究。这是对影响各国宪法规范和宪政运