



LL.D. SERIES

中国法学博士文丛

D911.04

Z81

● 朱福惠/著

宪法与制度创新

法律出版社

◀ The Constitution and Constitutional Innovation ▶

图书在版编目(CIP)数据

宪法与制度创新/朱福惠著. - 北京:法律出版社,2000.9
(中国法学博士文丛)
ISBN 7-5036-3186-4

I. 宪… II. 朱… III. ①宪法-研究-世界②宪法-体制改革-研究-世界 IV. D911

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 67338 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/李 跃

责任校对/何 萍

印刷/北京宏伟胶印厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/9.75 字数/239 千

版本/2000 年 9 月第 1 版

2000 年 9 月第 1 次印刷

印数/0,001—3,000

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱:/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3186-4/D·2906

定价:18.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

第一章 导 论

一、宪法比较研究的新视野

法系的划分是比较法学者对不同国家的法律以及法律制度进行研究的一种重要的手段和方法。比较法学者为了对具有不同历史和文化背景的法律制度进行比较,往往要对各种不同的法律制度根据一定的标准进行分类,如德国比较法学者茨威格特和克茨在《比较法总论》一书中按各国法律的历史和传统文化、法律制度的特点、法律渊源等将世界各国的法律划分为罗马法系(大陆法系)、德意志法系、英美法系(普通法法系)、北欧法系、社会主义法系和其他法系六种体系。有些美国学者则从“国家法律制度的相似性”出发,通过对不同国家的法律传统、法律结构、诉讼程序、法律职业和法律职业者等的相同性或者相似性的研究,认为世界各国的法律可分为罗马日耳曼法律传统、普通法传统和社会主义法律传统三种类型。他们认为:“尽管任何两个国家的法律都不会是完全相似的,但是在某些重要的方面,一些国家法律制度的相似性却足以将它们归于几个主要的法系之中。”^① 法系的划分有利于对法律制度的比较研究,通过比较可以认识不同国家法律的特征。

比较法学有几个重要特点:第一,以国家法律制度的外在表现

^① 格伦顿、戈登、奥萨魁:《比较法律传统》,米健等译,中国政法大学出版社1993年版,第3页。

形式作为比较的基点,一般认为大陆法系国家和普通法系国家之间的区别表现在法律渊源、法官在诉讼中的地位、法院判决的程序、法的分类等方面的不同,这些区别并不反映法的实质性内容而更多地体现出法的传统。第二,主要以民事法律、刑事法律、诉讼体制以及律师制度作为比较的内容,对国家之间在宪法方面的区别以及成因较少涉及,因此比较法难以解决近代宪法产生以来不同国家间在法律制度方面的相互渗透以及公法变革对私法产生的影响。第三,比较法学更多地注重于区别,而对产生法的相同性或者相似性的文化、政治和经济原因缺乏必要的研究。

对于宪法学研究而言,比较宪法学的任务之一是对不同国家的宪法内容、宪法规范和宪政体制等方面进行比较研究,这种研究要有实际意义就必须要通过比较研究宪法发生与发展的规律,研究近代以来宪政体制的形成以及在法治环境下的变迁,研究不同国家间在宪法规范和宪法制度方面的异同及其产生的原因,研究不同国家间宪法制度借鉴和移植的意义及其可能性。要做到这一点,除了需要大量吸收比较法学的研究方法和成果外,还要根据宪法自身的特点,对宪法进行实质性的比较研究。

自1884年英国宪法学者蒲莱士以宪法是否具有统一的法典形式为标准将宪法分为成文宪法与不成文宪法以来,宪法学者又以各种形式标准对宪法进行分类,有刚性宪法与柔性宪法、君主制宪法与共和制宪法、平时宪法与战时宪法等的区分,这些分类虽然也能说明宪法在不同国家以及不同法系中的某些特点,有重要的学术价值,但同样不能解决宪法在不同国家之间存在规范和制度层面上的相同性、相似性及产生的原因。美国宪法学者罗文斯坦以宪法是否实施为标准,将宪法分为“规范宪法、名义宪法与语义宪法”,^①通过宪法规范的形成及其在国家政治生活中的实际作

① 参见何华辉:《比较宪法学》,武汉大学出版社1988年版,第20页。

用判断宪法的法律和政治价值,他将宪法规范与社会现实之间是否协调一致作为宪法能否发挥作用的前提有其科学依据,而且他把那些从西方移植过来的宪法而母国又不具备宪政生长条件的称之为名义宪法,把政府将宪法作为其权力的运用的工具或者点缀的宪法称之为语义宪法。^①可见,这种分类方法虽然存在“意识形态决定论”和“西方中心论”的痕迹,但同其他西方学者的比较研究相比,他对宪法在不同国家间形式上的相似性所产生的原因进行分析,扩充了比较宪法学研究的内容,开阔了视野。

从宪法史的角度来考察,国家与国家间在宪法产生的方式、宪法规范的内容以及政府体制方面受到各种因素的影响而存在很大的差异,甚至在那些法律传统、政治观念、宗教信仰和国家性质基本相同的国家,这些区别也十分明显。“世界上没有含义相同的宪法和行政法条文,每个国家都有自己特定的观念,两个条文在不同的国家其适用的范围可能完全不同。”^②但我们同时也发现,随着宪政和民主制度在国际范围内作为政治发展的主流,宪法迅速成为一种国际性的法律现象,一个国家的宪法在另一些国家的政治革命和改良中作为借鉴和吸收的重要内容,从19世纪初开始,制定宪法并依照宪法规范政治生活、建构法治制度成为一股国际性的政治风暴,在短短的数十年间席卷全球,其实质性影响直到现在仍然在那些建设法治、提倡民族振兴的国家存在,可以说没有哪一种政治力量和哪一种普通法律能在近代产生如此巨大的跨国界的影响,能以如此惊人的文化魅力推动国家政治发展和文化进步。由于宪法这一划时代的历史性贡献,所以宪法在不同国家间的相

① 参见林来梵:《规范宪法的条件和宪法规范的变动》,载《法学研究》1999年第2期。

② Bergamin and Maarseveen: Constitutional and administrative law, See: The constitution of the Kingdom of the Netherlands p381.

同性或者相似性远没有私法那样存在严格的地域和文化传统特征,至少在形式上是如此。虽然法律和文化传统在欧洲(包括北美、大洋洲等以欧洲移民为主而组成的近代国家在内)形成了普通法法系和大陆法系那样明显的区别,但在宪法和民主制度方面属于普通法系的美国和属于大陆法系的法国其相同之处不仅仅表现在形式上,而且更主要表现在实质性内容上。如果对一些有代表性的国家的宪法进行比较,可以发现以下几个共同的特点:

第一,在成文宪法中,宪法典的结构以及宪法原则、公民权利等内容已经超越社会制度、文化传统和地域的限制,出现大致相似的情形。荷兰两位宪法学者对 142 部成文宪法进行比较研究后得出结论:有信仰或者宗教自由条款的占 127 部,其中绝大多数规定宗教自由,规定信仰自由的只有老挝和坦桑尼亚宪法;用了公民权利或者类似术语的占 90.1%。以各种方式提到民主的占 75.3%,涉及到法律面前人人平等或者人的权利平等的占 82.4%。所有宪法都用了三权概念:“都包括关于中央行政和中央立法机关的规定,占有 100%,绝大多数宪法都包括中央立法机关,占有 95.8%”。^① 这种特性还表现在民主原则、法治原则、司法独立原则以及政府形式等方面。

第二,大多数国家宪政体制的内部结构在许多方面呈现出相似性。以宪法反映的政权组织形式而论,分为绝对君主制、君主立宪制和民主共和制三种形式,而其中最典型的形式是民主共和制。^② 但君主立宪制和民主共和制在政府组成原理上的相似性日益增多,“戴高乐总统和美国总统就是今天的‘共和制君主’”,而在

^① 亨利·范·马尔赛文、格尔·范·德·唐:《成文宪法的比较研究》,华夏出版社 1987 年版,第 371 页、第 2 页。

^② 现在共有 19 个君主国(包括绝对君主制国家和君主立宪制国家),它们是阿富汗、比利时、不丹、丹麦、埃塞俄比亚、希腊、伊朗、日本、约旦、列支敦士登、卢森堡、摩纳哥、尼泊尔、荷兰、挪威、沙特阿拉伯、瑞典、泰国、英国。

君主立宪国,君主就是共和制总统。^①当然,总统和君主之间的区别不能从形式上否定,但在法治国家,在国家权力受到宪法规范的国家,两者的职能和应遵循的原则已经从法律规范上获得了更多的一致性,两者与民主政治之间的关系没有实质性的区别。英国的民主制度和美国的民主制度在宪法上的区别只有成文和不成文的区别,而在法律原则方面则是一致的,包括政府运行的一些最基本的法律原则。而在君主制国家,正像民主共和制与民主政治相互协调一样,“如何使君主制和民主政治不相矛盾而得以继续存在”也是君主制能够存在的理由。^②这一理由使得君主制国家(绝对君主制除外)的法律制度同民主共和制国家的法律制度逐步接近。

第三,宪法适用和宪法变迁的方式呈现出某些共同的规律性。宪法是法律的一部分,它应当为国家机关所适用,并通过适用来解决政治生活和社会生活中出现的法律问题。由于英国宪法是由大量的宪法惯例、法院判例和与普通法律具有同等法律效力的宪法性法律所组成,因此英国宪法为普通法院所适用是一项不可动摇的法律原则。1803年,美国联邦最高法院审理马伯里诉麦迪生一案中宣告最高法院有权解释宪法、裁决法律的合宪性,显然受到了这一观念的影响。在欧洲大陆国家,一般由特设的司法机关和专门政治机关来适用宪法,但这些专门机关的组织和工作程序逐步司法化,从而使得普通法院审查制和专门机关审查制的区别大为缩小。从宪法变迁的方式来看,由于民主制度的相对稳定,通过宪法解释推动宪法与社会发展的协调所付出的成本以及所产生的风险比其他方式更小,因此大大增强了宪法的稳定性与社会适应性。

研究不同国家间宪法的区别以及存在于它们之间的相同性和相似性不是本文所要解决的主要问题,比较宪法学的另一个重要

① 佐藤功:《比较政治制度》,法律出版社1984年版,第27页。

② 佐藤功:《比较政治制度》,法律出版社1984年版,第27页。

任务在于:通过对不同国家宪法异同的比较,从中探究产生这些现象的原因、它体现出来的法律和文化价值以及对民主宪政的影响等等更深一层次的法律问题。当然,不同国家的宪法出现的相同性和相似性的现象是相对的,由于历史传统文化不同、政治经济条件各异,因此不同国家的宪法各有自己的特点,它反映了宪法原则的普遍性与民族性的结合,并不会因为宪法作为一种文化现象在国家间的相互渗透而改变其民族性特征。

二、宪法与制度创新的关系

宪法在不同国家间的相同性或者相似性表明近代宪法包含了一些不受地域、主权和民族特性限制的法律原则和价值体系,这些法律原则和价值体系组成了新的法文化体系。因此,从宪法的相同性和相似性中可以推导出近代民主与宪政的普遍性价值,这些普遍性价值应当成为宪政国家法律制度的一部分。“宪法可以称之为世界通用的文化,因为明显地存在着有关宪法的一些基本观念,这些观念,确切地说,不是国家的观念、国家的政治或国家的法律秩序决定的。”“虽然国际上公认的一些概念并非都自动地为各国所承认,并吸收到宪法中去,但制宪者一定会了解这些观念并加以考虑。对每个国家来说,宪法也面临着一个体现国际政治法律标准的问题,以及‘各文明国家所承认的一般法律原则’(国际法院组织法)的问题。”^①由此可见,人类社会的进步从古代进入近代,不仅是物质文明的改善,而且表现为制度上的进步。

制度创新本是科学技术和经济学上的术语,西方制度经济学派的代表人物道格拉斯·诺斯认为:“有效率的经济组织是经济增

① 亨利·范·马尔赛文、格尔·范·德·唐:《成文宪法的比较研究》,华夏出版社1987年版,第371页。

长的关键;一个有效率的经济组织在西欧的发展正是西方兴起的原因所在。”^① 他所讲的制度是“一系列被制定出来的规则、守法程序和行为的道德伦理规范。”^② 在经济学上,建立一个与技术进步和高效管理相适应的经济组织以及与这些经济组织保持有机联系的制度体系是经济增长的关键。同样,对于国家的法制体系而言,要使它能与社会进步保持良性互动关系,推动法律制度的创新是至关重要的。

所以,本文所讲的制度创新就是指法律制度的创新,其核心是宪政制度的创新。它指国家的法律制度在政治、经济和文化因素的共同作用下通过某种方式逐渐为一种具有新的特质的法律制度体系所取代,具体而言,它包括两个方面:第一,制度创新首先是指封建法律制度向近代民主宪政制度的转变。它是创立宪政制度的过程,其创新表现在创立一种以宪法和宪政体制为主要形式的法律制度。第二,法律制度的创新还指近代法律制度形成后,为适应社会政治、经济和文化发展的需要,对原有的宪政体制进行改革,形成具有新的内容和形式的宪政体制,它可以是宪政体制的整体改变,也可以是宪政体制的部分改变。

人类社会的进步除了科学技术的发展和物质财富的增长外,还需要不断地改变那些不适应进步的体制设置,改变传统的政治法律观念和道德准则,在此基础上形成推动社会经济和政治制度进步的创新机制。可以说,任何社会的进步都是经济发展与制度创新相互推动的结果,在现代科学技术高度发展的条件下,制度创新从某种意义上来说具有决定性的影响,当“技术、知识及人力资

① 道格拉斯·诺斯、罗伯特·托马斯:《西方世界的兴起》,华夏出版社1989年版,第1页。

② 道格拉斯·诺斯:《经济史中的结构与变迁》,上海人民出版社1994年版,第225—226页。

本等现代化动力因素又难以在短期内取得突破性进展”时,“制度因素的重要性尤为突出”。^① 因为,经济与社会的协调发展最终表现为制度结构的优化。宪法在制度创新中必须适应发展和变化着的社会环境以及政治因素的变动,不仅在宪政制度比较完善的国家是如此,在宪政制度尚处于形成过程中的国家也是如此。如,英国是最早实现民主宪政的国家,但是,随着社会的变化,国内政治已经发生了不利于英国宪政体制稳定的多种因素,英国曼彻斯特大学法学教授罗德尼·布雷恩预计:“一些重要的宪法权力正在联合王国内部重新分配,在下一个世纪的最初十年里,联合王国可能消失,苏格兰被允许独立,爱尔兰可能成为统一的岛国。”^② 英国的宪政体制被公认为建立在公民优良法律素养的基础之上,在现代社会民主宪政发展的形势下,也面临法律秩序动摇的威胁,说明宪政制度的创新是社会发展的结果。

制度创新与宪法的关系极为密切。

政治社会中强制性的公共权力往往压制个人的意志自由,对公共事务的管理由少数人垄断,国家机器的运行在于实现个人意志对公共意志的压制。所以,古代的法律制度建立在个人专制的基础上,社会秩序的形成、利益的分配、公共权力的配置主要依靠个人的权威而不是依靠公共意志。这种法律制度是在人类生产力不发达的条件下形成的,由于生产力不发达,人类认识自我的能力也受到限制,因此对国家权力的理性分析以及对个人存在的价值思考受到主观条件的制约。随着生产力的发展和交往的加强,强调以人为本位,重视人的价值的思想必然成为进步的社会思潮,由

① 何显明、揭艾花:《制度变迁与中国现代化进程》,转引自《新华文摘》1999年第6期,第194页。

② Rodney Brazier: The constitution of the United Kingdom, see Cambridge Law Journal, 58(1), March 1999, p128.

个人自由发展到对民主政治的需要是必然的结果,市民社会与政治国家之间的对立推动法律实践目标模式的转变,人们需要新的法律和制度,就像人们不断追求物质生活的满足和新的生活方式一样,传统法律制度为新的法律制度所取代是人类社会进步的必然结果。传统法律制度和法律体系的革命性变革是从公法开始的,在古代,由于诸法合一,调整国家机关权力关系的法律与其他民事的、刑事的法律一样具有同等法律效力,君主的命令是最高的法律。而近代法律制度建立在人民主权和代议制的基础之上,国家机关的权力及其运行原则由宪法作出规定。因此宪法是传统法律制度向近代法律制度转变的集中反映。这种转变在制度上表现为:第一,国家政治制度的民主化和法制化,当专制政治被近代民主政治所取代时,法律权威高于个人权威和国家机关的权威,任何组织和个人都没有超越法律的特权,拥有权力的人同样服从法律的统治,形成法治制度。第二,国家权力与公民权利的关系上升为法律调整,国家机关作为行使国家权力的机构,其行使权力的目的在于保护公民权利和维护社会的整体利益。第三,代议制成为组织政府的主要形式,它反映了公民在国家政治生活中的地位的提高,是人民主权原则的具体体现。这三个方面可以说是新型法律制度的基本特征。这些基本特点说明:宪法本身是法律制度创新的结果,同时它又推动法律制度的创新。

法律制度的创新表明国家的政治和社会生活发生了质的变化,与这一过程相伴随的是政治权力的重新配置和经济利益的调整,因此制度创新既是社会大变更的反映,又是社会进步的一部分。社会的进步总是有一定的方式,法律制度的创新既然是社会进步的反映,它一定与社会进步的方式相联系。社会生活的复杂性和政治、经济利益关系多元,使人们对社会进步的迫切性认识有强烈的个人色彩和团体意识,政治权力的配置和经济利益的调整必然引起社会关系的改变,从而出现创新与守旧、创新目标与传统

文明、创新体制与传统体制之间的全方位的矛盾,这些矛盾最终反映在是否制定宪法、制定什么样的宪法以及选择什么样的宪政道路上。同时,从人类历史发展的角度来考察,社会进步往往通过以暴力为主的革命和以非暴力为主的改良两种典型的方式来实现。至于哪些民族国家在何种历史条件下实行革命或者改良取决于该国的经济条件、社会结构和政治法律传统。法律制度的创新与政治变更有密切的不可分割的联系,革命与改良同时也是法律制度创新的两种主要方式,不过改良在法律制度的创新过程中比革命这一方式更为普遍。革命与改良的实际后果就是制定宪法,然后以宪法为依据组织国家机关,形成以宪法秩序为核心的法律秩序。

在近代,随着科学技术的进步以及社会交往的扩大,国家与国家之间、民族与民族之间的文化传递已非古代所能比拟。从一般意义上来说,古代国家的文化相对处于彼此封闭的状态,因为国与国之间、民族与民族之间的生存竞争并不表现为科学技术的进步和制度的优越,一个国家的进步在很长时间内不会对其他国家产生深远的影响,如中国进入封建社会确立封建制度的时间比欧洲国家早得多,但欧洲国家进入封建社会并未受到中国的实质性的影响。而近代则不同,国家与国家之间、民族与民族之间的生存竞争主要表现为科学技术的发展和制度的优越性,军事技术的进步和有组织力的商业渗透使得落后国家的生存受到严重的威胁。因此,吸收他国的科学技术和法律制度来改变本国的落后的制度成为民族振兴的重要途径,先进的法律制度成为它国实现制度创新的目标和借鉴的对象。因此,自英国代议制度形成后 150 年左右,欧美国家大多实现了法律制度的近代化,在随后的 50 年时间内,又迅速向其他非西方国家传播,促使这些国家的封建制度解体,通过移植先进国家的宪政制度成为落后国家实现法律制度近代化的重要途径之一。这一特点说明,宪法以及宪政制度不仅是一种法文化现象,而且是国际范围内制度创新的推动力,近代法律制度的

创新与宪法紧密相联,并且具有普遍性和国际性,虽然国家与国家之间有各自的创新动力和创新的形式。

由于法律制度创新以宪政制度的形成和不断完善为基本标准,而宪法与法治的关联性使得移植宪法具有必然性:一是移植别国的宪法及其法律制度使本国建立了与先进国家大致相同或者相似的近代化的法律体系,导致如上文所述的国家与国家之间在宪法规范的内容以及宪政体制上的相同性和相似性,实现本国宪政体制与宪法普遍性价值的结合;二是移植和借鉴别国的宪政制度虽然产生与本国法律传统的冲突,因为法律与制度本身就是文化的一部分,它具有某种文化上的适应性,在那些封建传统深厚的国家,由于国内政治关系的复杂性直接影响到对它国宪法接受的程度以及对它国宪法内容的取舍。但是通过移植它国的宪法和宪政体制,可以实现本国传统法文化体系主体结构的近代化,在长时间的宪法本土化过程中,形成具有本国文化特色和宪法普遍性价值的宪政文化。

三、研究制度创新的意义

(一)有利于进一步扩大比较宪法研究的范围

比较宪法学应当研究不同国家间宪法表现形式的异同以及不同国家间宪法制度的异同,为了适应现实的需要,常常注重对现行宪法规范的比较。研究宪法与制度创新的关系必须以宪法的历史发展为主线,阐述宪法制度的形成、阐明宪法制度的原则和精神、论述宪法普遍性价值的基本内容。从而扩大比较宪法研究的范围。

1. 可以研究外国宪法产生方式上的特点。

宪法是法律文化发展的产物。是封建社会末期政治、经济与文化共同作用推动社会进步的结果。国家与国家之间政治、经济

和文化传统各异,虽然实现民主与宪政是国家近代化的必经之路,但在各种因素的作用下,走向民主与宪政的道路是不相同的。研究外国宪法产生方式上的这些特点可以进一步探讨影响宪法产生的各种因素以及这些因素之间的互动关系,进一步探讨一国宪法和法律制度对另一国家产生的影响。

2. 可以研究外国宪政制度相同性和相似性形成的途径。

由于宪法是主权国家的最高法律,因此它与国家主权有密切的联系。宪法要规定国家的政治制度和社会制度的一般原则,建构国家的法律制度和法律体系,同时还要规范政府的行为,它的这些功能不仅与封建专制制度相对立,而且还与民族的法律传统和宗教信仰相抵触。因此,具有某一法律传统特征的宪法规范要被不具有这一法律传统的国家吸收和借鉴,只有通过法律思想的传播和宪法移植两种途径才能实现,而宪法移植是主要的途径。当然,宪法移植不能简单地理解为对某一国家宪法规范和宪政体制的照搬,而应当视为宪政模式借鉴和对宪法普遍性价值的引入两者的结合,在立宪时体现民主宪政的一般原则。

宪法的移植是以移花接木的形式将它国的宪法规范引入到本国的宪法之中,或者引入某一国家宪法的基本框架之中,或者以某一国家的宪法为主同时引入其他国家的部分宪法规范。通过移植形成了近代宪政国家在宪法形式上的相同性和相似性。而研究法律规范与法律制度的移植,可以进一步探讨宪法的可移植性以及它在反专制制度方面的共同性,^① 探讨宪法原理和原则在不同文

^① 宪法规范的可移植性是指宪法的某些规范和原则具有在不同文化环境下生长的能力,它包括:第一,宪法作为法律所要调整的社会关系基本相同,调整的手段和方式也大体一致,因而具有司法适用性。第二,被移植国的政治、经济状况与移植国有相似之处,制宪时较多地参考这些国家的宪法并模仿其制度设计。第三,移植国的经济结构发生了变化、国内的政治力量中民主因素对宪法的制定产生一定的影响。如果同时具备了以上三个条件,宪法规范和宪法制度的移植将会取得比较好的效果。

化区域内的共性。

3. 可以研究宪法对法律制度创新的推动。

宪法对法律制度的推动表现为:第一,近代民主政治要求将政治关系上升为法律调整,政治机构的建立以及权力配置由宪法加以规范。因此,凡以民主方式制定宪法并以宪法规范国家政治生活的法律制度才是民主和法治的国家,才是真正意义上的宪政国家。在宪政国家里,法律制度的改革必须以宪法为依据,必须遵守宪法程序。当社会生活和政治生活的条件发生了变化,需要对国家的法律制度进行改革以适应社会进步时,首先反映到宪法的改革上,通过宪法的改革推动制度创新,这是近代以来宪政国家制度创新的主要形式。第二,在封建法文化相当成熟的国家,虽然通过政治革命制定了宪法,其宪法的内容也肯定了那些宪政国家的宪法所确认的民主与法治原则,但现实的法律制度是以人治为主体的制度,宪法所确认的民主原则只具有宣告性的功能,而缺乏对政治的实际控制作用。这些国家的法律制度还不是近代法治制度,只能称之为具有民主制外表的宪政国家,法律制度的创新任务并没有完成,在这种背景下,总结近代制度创新的经验和教训,进一步借鉴国外先进的法律制度,改造法律传统,通过宪法制度的改革来实现制度创新显得十分重要。第三,移植宪法规范和宪政体制对本国的制度创新产生了深远的影响。移植引起制度创新虽然产生与民族法律文化传统的冲突和激烈的利益对抗,但宪法和宪政制度的建构可以从根本上解决体制引起的秩序混乱和社会失控。

4. 可以从动态中研究宪法的价值和功能。

毫无疑问,宪法具有反封建专制和建立民主制度的价值以及限制国家机关的权力、保护公民基本权利的功能。但对宪法的价值和功能的认识一般是从理论上进行抽象论证得出的结论,在强调封建专制主义的各种弊病后,从人性论和人本主义出发阐明宪法的正义价值。这种观察问题的方法是一种理性认识方法,在宪

法的制定以及宪政价值的普及方面发挥了重要的作用。

如果从宪法规范和宪政制度的相同性和相似性出发研究宪法在建构国家制度方面的独特价值和功能,则可以从动态的角度来看待这些问题。通过对宪法在不同国家的制度创新中的作用的研究可以分析宪法的哪些原则是具有世界性的或者说是跨文化的准则,即近代宪法的普遍性价值是什么?它与民族传统法文化的关系是什么?宪法普遍性价值与传统法文化和现行宪政体制的冲突通过什么方法解决?比较宪法学的重要任务之一就是科学地揭示宪法的民族性与宪法的普遍性价值之间的关系,强调宪法原则与民主和法治的不可分割性。

(二)有利于总结我国近代宪法失败的经验,探索我国法律制度创新的目标和模式

古代中国与欧洲国家在法文化体系和社会结构方面存在极其明显的区别,欧洲古代社会是一种契约型社会结构,君主与贵族之间的关系不是一种伦理关系基础上的君臣关系,而是一种习惯法上的权利义务关系,同样,自由民与贵族之间的关系也是如此。因此,西方古代的商品经济能够在封建社会内部中生长并逐步取代自然经济成为新型社会制度的基础。这一特点也导致古代欧洲国家成为多元政治社会,这是古代法律制度向近代法律制度转变的主要因素。中国传统的法文化理论体系是以儒家学说为核心的“礼法文化”,这种法文化体系从本质上来讲与近代民主和法治原则相对立,其主体意识是一种与封建专制一致的权力本位思想,因此它以权力至上为基本点和归宿,不能从中抽象出推动古代法律制度向近代法律制度转变的限权思想,不能产生导致向近代法文化转型所必需的民主因素。不仅如此,这种法文化还从根本上阻碍商品经济的生存和发展,维持权力对经济资源的垄断,通过神化个人权威并运用道德标准来进行职业评判,从而扭曲社会正常的发展机制。在这一历史条件下,中国近代的法律制度创新受到传

统法文化的阻碍而失败,其中的经验教训是当代法治制度建构所必须重视的。

中国传统法律制度向近代法律制度的转变受到传统法文化的阻碍而失败,它说明探索法律制度创新的途径和形式是走向法治的关键,通过比较研究借鉴其他国家制度创新的经验。中国走向法治的关键在于完成法文化体系主体结构的近代化进程,在市场经济逐步成熟的前提下,传播先进的法律思想以及移植别国的法律规范是实现这一转变的重要方式,然而只有通过体制的优先转变才能最终实现制度的创新,因为它是法律制度与法文化之间的联结点。