

# 比较宪法学

宪法的词源和宪法概念的形成  
宪法原则与宪法规则  
公民宪法权利的保障与救济  
宪法权力的功能与类型  
宪法变迁概念的界定  
宪法审判机关的权限范围及其审判方式

高等学校法学教材

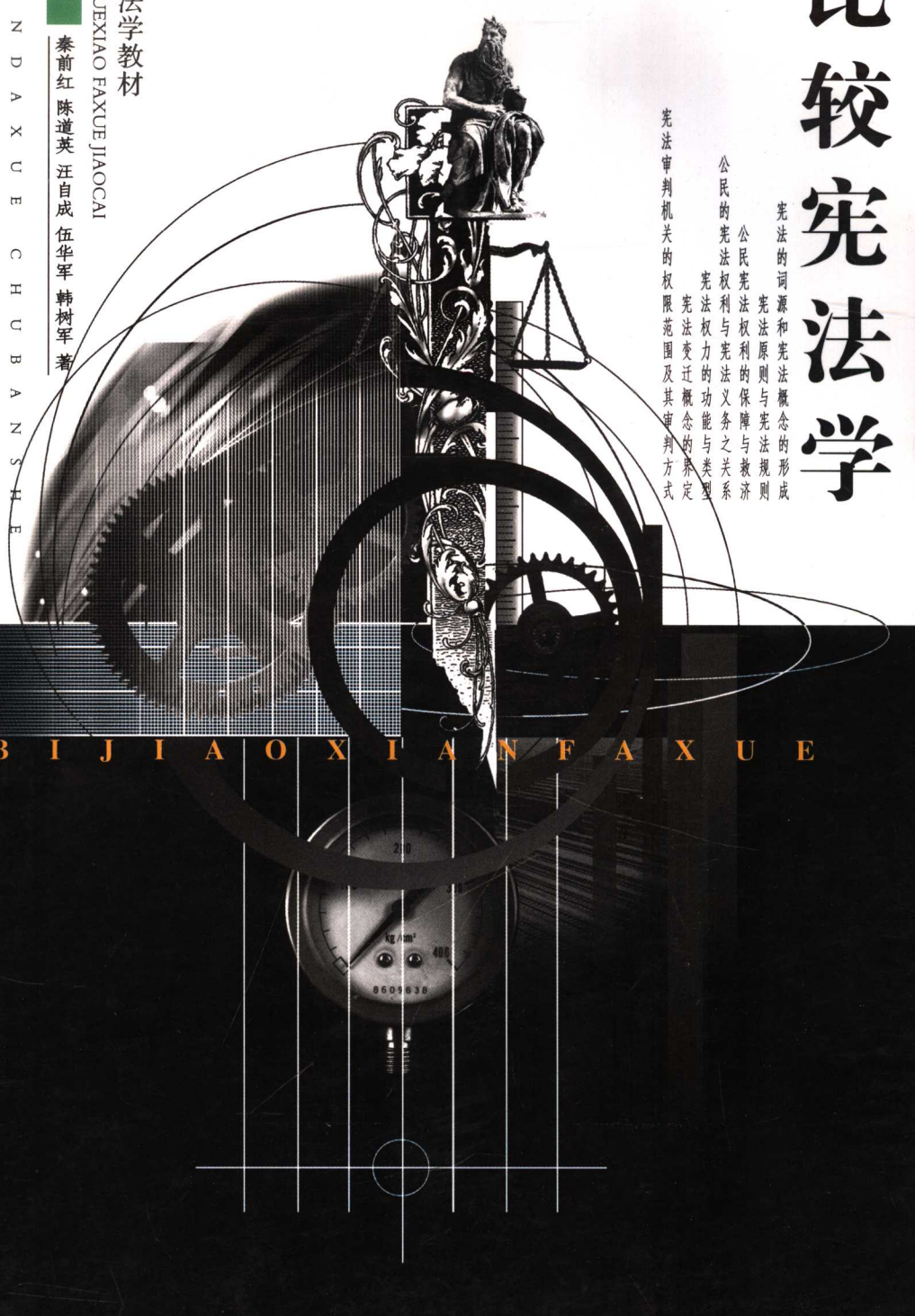
GAODENG XUEXIAO FAXUE JIAOCAI

秦前红 陈道英 汪自成 伍华军 韩树军 著

W U H A N D A X U E C H U B A N S H E

B I J I A O X I A N F A X U E

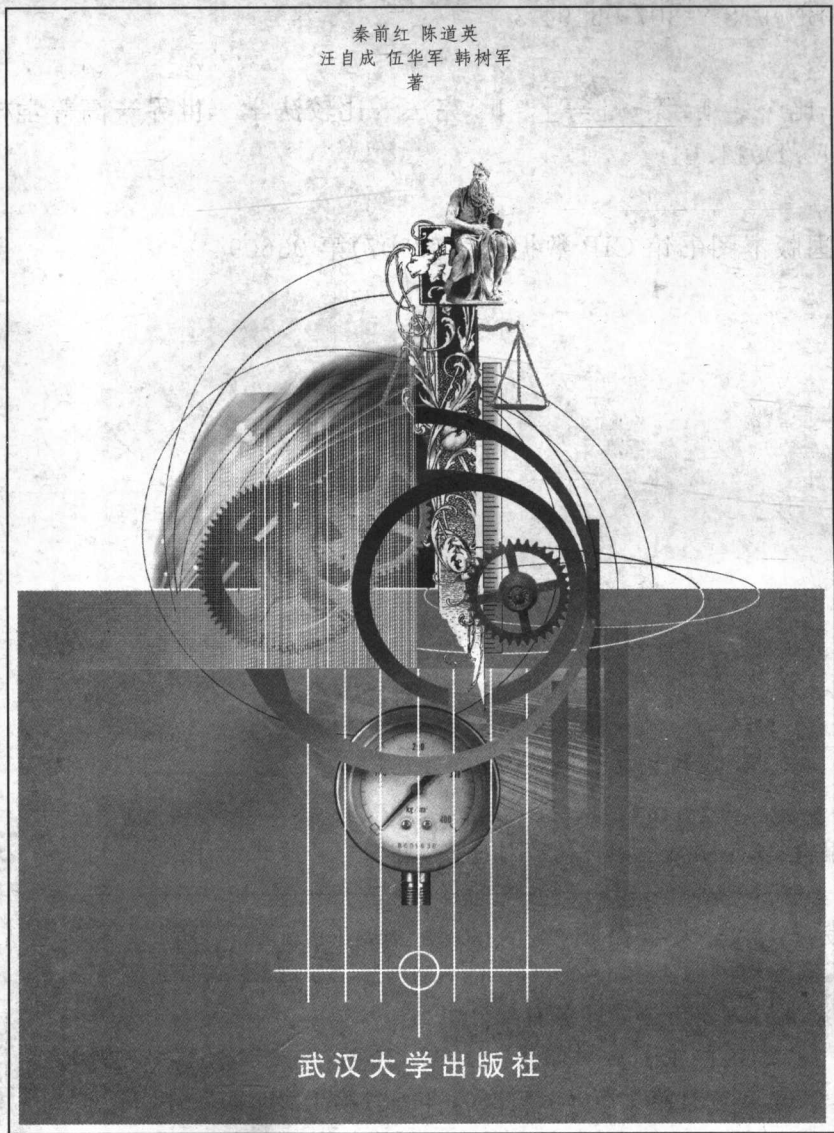
WUHAN UNIVERSITY PRESS  
武汉大学出版社  
<http://www.wdp.com.cn>



高等学校法学教材

# 比较宪法学

秦前红 陈道英  
汪自成 伍华军 韩树军  
著



武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

比较宪法学/秦前红等著. —武汉: 武汉大学出版社, 2007. 5

高等学校法学教材

ISBN 978-7-307-05494-3

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 036094 号

责任编辑: 郭园园

责任校对: 王 建

版式设计: 支 笛

---

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 湖北省荆州市今印印务有限公司

开本: 787×980 1/16 印张: 21.75 字数: 387 千字

版次: 2007 年 5 月第 1 版 2007 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-05494-3/D·722 定价: 28.00 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。

## 绪论 中国宪法领域的法比较 ——方法与趋势

比较法的发展与演进在传统上总是与私法相勾连的。<sup>①</sup> 法律的法典化、文明的多样化与认同、职业比较法学家的兴起是比较法出现的最基本条件。

中国作为一个后法治化的国家，比较法的发展带有强烈的目的导向，这通常表现为要在了解外国法律的基础上，进一步认知本国法律，并促进本国法律的完善与发展，与此同时，还要适应全球化的发展趋势，开展国际法律合作。这些目的实际上也契合于改革开放国策所提出的法律逻辑需求。尽管比较法发展到今天，从事比较法研究的队伍越来越壮大，对外国法制的观照视野越来越开阔，但比较研究尤其是宪法领域的比较研究成果还是不尽如人意，个中原因难以一一述及，但比较方法的不当首当其冲。

宪法的比较研究从方法论的视角而言，应重在探讨不同宪政秩序之间的异同及其原因，并以此来推进对国内宪政问题的深入理解与解决。它不同于对国外个别国家宪政状况进行专门介绍的法学研究方法，更不能等同于针对不同国家宪政秩序的单纯罗列对照。具体言之：

宪法的比较研究首先必须设定比较的目的和功能，着眼于具体宪政问题的解决。宪法比较的重要任务在于观察、探究各个不同宪政国家在面对共同或类似问题时，为什么会有不同的解决方式与途径。然后回头审视国内宪政框架下面对同样的系争问题所采取的对策背景、对策的妥当性，并进一步分析国外的不同经验模型是否有助于更清楚地了解和解决本国的宪政问题。换言之，宪法比较的前提必须是不同宪政秩序之间存在“共同问题”。所以，如何摆脱客观与主观的条件制约，正确发现或认知“共同问题”，就成为宪法比较研究的关键环节。举例来说，在政治国家的存在成为客观必然的情况下，如何防范国家

---

<sup>①</sup> 比较法的最初出现与罗马帝国的扩张引致的法律需求有关。万民法的发展中含有法律比较的因素，即对罗马法与被罗马征服地区原有法律之间的比较。自19世纪开始，随着资本主义的全球化运动和资本主义法学世界观的兴起，比较法迎来了第一个发展高峰。而这种发展也主要在私法层面展开。作者注。

公职人员的权力腐败，是各个宪政国家无从逃避的共同问题。我国过去解决该项问题的宪政设计偏重于国体层面的制度安排。认为国家权力一定要掌握在人民手中，并以代表人民利益的先进政党对国家的领导来防止公权力的异化。在中华人民共和国成立后的很长一段时间，面向权力异化的经验应对也多偏重于思想教育、道德提升，并混淆理论的应然与行为的实然，把一个政党整体的先进性机械地等同于某个具体组织甚至个别党员的先进性，其结果是腐败现象屡禁不止。从理论的逻辑而言，任何权力都必须落实具体的行使主体问题，在中国也同样面临国家权力的所有者与国家权力的行使者不完全一致的问题，这就必然会出现权力行使者悖离甚至故意歪曲权力所有者意志的情况。西方宪政国家针对此种问题立足于从政治制度层面来防范和解决，他们设计了以个人制约权力——表现为个人对权力行使不当后果的控告、司法起诉、宪法诉愿等制度安排；社会制约权力——表现为划定国家权力的边界，通过代议机关来表征权力来源和行使的正当性；以权力制约权力——表现为国家权力的分立与制衡等三种制度模式。从实效观察的角度来看，上述安排似乎更能行之有效地解决问题。国家权力的组织与安排是一个有着价值性、政治性强烈指涉的宪政制度设定，诸如民主体制、法治国等必然会受到政治、意识形态的巨大影响。比较宪法学者通常视这一领域的比较为畏途。但笔者认为，政治制度的终极观照其实服务于人类所面临问题的解决，人类尊严和生活品质的提高，人类政治文明成果必然蕴涵着非意识形态化的技术规则、程序方法，这一部分经过科学探究，是可拿来为任何民族国家宪政秩序的完善服务的。

其次，作为宪法比较对象的“宪法”并非仅指宪法规范文本或者“规则作品”，相反，它往往是“一国国民文化发展状态、文化自我表述手段的表现，其文化遗产的反映，乃至其希望的基础所在”，“作为开放社会各方宪法解释者完成之作的，活生生的宪法，无论由形式或实质内容而言，都是文化的表述与传述。如是，宪法学被理解为文化之学；法规范文本自始就必须参照其文化脉络来理解”。<sup>①</sup>

各国在确立宪政秩序的过程中，都把确立的成败直接化约为宪法是否具有巨大的权威，宪政政府是否受到信仰这一指标体系。但如果舍弃文化脉络的梳理，我们就会陷入文化织就的陷阱。比如，美国有着与宗教传承、自然法理念相一致的“高级法”背景，“最令人信服的解释是将此（宪法信仰）归于深深植根于美国人心目中的信念——宪法表达了更高级的法，它实际上是不完美的人最为完美地复制了布莱克斯通所至尊为‘区分善恶的、永恒不变的法，这

<sup>①</sup> 陈爱娥：《继受法国家的法比较》，载《月旦民商法杂志》2004年第4期，第12页。

种法连造物主本身在其设定的所有管理制度中都予以遵守，而且只要这种法有必要来指导人类行为，那么造物主就使人类理性能够发现它”。<sup>①</sup>“高级法”的背景赋予宪法高于政治权力（所有政府的一切权力都来自宪法）、高于立法机关制定的一切法律的地位，从某种意义上来说，宪法权威本身在美国就是先定、超验的，它构成美国宪政秩序的前提，而不是美国宪政秩序需要解决的问题（指在观念层面）。如果说“西方的宪政是基于西方的文化传统所内生的一种现象，是西方社会、文化自然演进的结果，它被称为 Unintended Consequence，即没有预期到的，没有想到的结果”。<sup>②</sup> 中国人对宪政问题的思考是由西方的武力侵逼而引发的。“由于近代中国所面临的主要问题是救亡图存，对国家与民族的生死存亡的焦虑，中国人在学习西方宪政时，就不可能发其端竟其绪而只能用‘截取’办法，首先从最易和最大功用处入手。”<sup>③</sup> 这种对待宪政的实用主义态度浸润日久，便演变成宪法工具主义。20世纪80年代至90年代所出现关于“良性违宪”的争论，<sup>④</sup> 以及在宪法之外还要用其他标准判断人们的行为等都是宪法本身没有权威的表现。因此，站在比较宪法的立场，美国赖以确立宪法权威的范式其实我国无法借鉴，中国必须寻求树立宪法权威的其他资源。

宪法的文化品格决定了宪法的比较研究不仅要考量被比较对象的事实上的法制环境条件，还要考虑宪法规范的文化脉络。正如 Christian Stark 所指出的那样，个别法律制度或法律问题的法比较（微观比较）是以宏观的法比较即整体法领域的比较为前提的。<sup>⑤</sup>

德国公法理论近年在我国法学界受到了热捧，一些德国宪法释义学的概念、范畴几乎不经过任何过滤就成为我国宪法释义学的基础范畴。比如：法律

① [美] 爱德华·S·考文著，强世功译：《美国宪法的“高级法”背景》，三联书店1996年版，第2页。

② 王人博著：《宪政的中国之道》，山东人民出版社2004年版，第1页。

③ 王人博著：《宪政的中国之道》，山东人民出版社2004年版，第3页。

④ 参见郝铁川：《论良性违宪》，载《法学研究》1996年第4期，第89~91页。曦中：《对“良性违宪”的反思》，载《河南政法干部管理学院学报》2000年第5期，第26~33页。

⑤ 参见陈爱娥：《继受法国家的法比较》，载《月旦民商法杂志》2004年第4期，第12页。比较法学家莱因斯坦(R. Rheinstein)认为，宏观比较是关于整个法律制度的比较，例如英美的普通法和所谓民法，或在民法内，以法德两国法律为典范的所谓罗马法体系。微观比较是关于具体法律规则和制度的比较。当然，这两种比较法相互交错，特别是在程序和法律思想方面。参见沈宗灵著：《比较法研究》，北京大学出版社1999年版，第39页。

保留、法律优位、第三者法律效力等。这种直接跳过宪法理论的“转化”，直接援用德国宪法释义学来注释中国的宪法，或者甚至把德国的宪法释义学当成可以放诸四海而皆准的宪法理论，既违背了宪法比较的基本方法，也会产生北橘南枳的可怕效果。以法律保留为例，它最初诞生于德国法治国建设过程中王权（君主）与立法权的对立与博弈，博弈的结果是王权若要对人民的自由与财产进行限制，就不能没有国会法律的许可。<sup>①</sup>以后，法律保留又发展为法治国的三项核心原则之一。<sup>②</sup>在自由主义宪政思潮盛行的时代，“法律保留”的要义体现为基本权利的限制保留，即将限制公民基本权利的权力授予国会，并使行政权屈服于国会立法的控制，其意图是将对公民基本权利必不得已的限制交给人民的代表来进行，杜绝行政权对公民自由与财产的恣意干涉。社会法治国理论登堂入室后，国家不再是社会秩序的“守夜人”，而要采取各种措施振兴国家经济，增加就业机会，提升公民的生活质量。与此同时，一种新型的“社会权利”也成为公民基本权利家庭中的新成员。基于民主原则和国家行政所具有的特殊社会机能，一种全部保留的理论兴起。<sup>③</sup>法律保留之立法目的也不再主要是限制基本权利，而是形成基本权利。正如 Hipple 教授所说，法律保留已经演变为立法者可以全盘考量社会各阶层的利益及国家社会需要后，公正地决定人权的界限和内容。<sup>④</sup>据上所述，法律保留的内涵与当时德国流行的治国理念、法律思潮、政治经济力量的分殊与对比情势密切相关。更重要的是法律保留还必须契合于德国特有的政治架构之上：即实行明确的分权体制，国家权力的分立要表现为职能的清晰划分。国会的职权就是制定法律，司法的职能仅限于法律适用，以及由专门的违宪审查机构保障这种分权目标的实现等。而我国以人民代表大会制度作为根本政治制度，这一制度的核心是由人民代表大会代表人民行使国家权力。根据宪法和法律的规定，全国人民代表大会对国

<sup>①</sup> 参见秦前红、叶海波：《论立法在保障人权中的地位——基于“法律保留”的视角》，载《法学评论》2006年第2期，第3~10页。

<sup>②</sup> 奥托·麦耶认为，法治国包括三项原则：“形成法律规范的能力，法律优先，法律保留”。参见〔德〕奥托·麦耶著，刘飞译：《德国行政法》，商务印书馆2002年版，第60页。日本行政法学家盐野宏认为，“所谓法律的法规创造力，是指制定一般规律的立法权的独占（但承认委任命令）；法律优先，在司法上被认为是当然的道理，对行政则特别予以明确的宣告；法律的保留，则指仅限于执行权的活动的一定对象，法律是必要的基础”。〔日〕盐野宏著，杨建顺译：《行政法》，法律出版社1999年版，第50页。

<sup>③</sup> 参见〔日〕盐野宏著，杨建顺译：《行政法》，法律出版社1999年版，第55页。

<sup>④</sup> 陈新民著：《德国公法学的理论基础》（下册），山东人民出版社2001年版，第358页。



家的一切重大事务享有最高决定权：它有权修正宪法、制定基本法律；有权审查和批准国民经济和社会发展规划以及计划执行情况的报告；有权审查和批准国家预算和预算执行情况的报告；有权决定战争与和平问题；有权选举和决定中央国家机关的领导人员，并且监督这些机关的工作，使之遵循人民的意志。总之，凡属应当由最高国家权力机关行使的职权，它都有权行使。<sup>①</sup>因此，按照宪法的原义解释，人民代表大会的权力并没有明确的边界，同时根据现行宪法第 89 条规定，国务院既可以根据宪法和法律规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令；又可以行使全国人民代表大会和全国人大常委会行使的其他职权。现行宪法第 126 条和第 131 条也着重强调人民法院和人民检察院依照法律独立行使审判权和检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉，并非排除人民代表大会对审判权、检察权的行使的介入。从以上规定可以合逻辑地解释为我国政治体制设计的要义在于：以人民代表大会为中心，加强国家各种权力行使的协调与配合。同时在理念上又把立法权、行政权、审判权、检察权等都视为由同一主体即人民行使的同质权力，没有分立与制衡的制度需求。有鉴于此，法律保留与我国政治体制有着重要的抵触，对这一制度的借鉴如果没有必要的过滤，则既不能达成借鉴的目的，同时也会造成我国原有宪政体制运行的混乱。对这种可能产生的混乱所引发的进一步追问是：当全国人民代表大会集制宪、修宪、立法等多重角色于一身时，法律保留所要求的以人大立法为审查对象的违宪审查机制建立的可能性和必要性是什么？在执政党领导和统筹重要立法活动，而执政党的行为边界没有依法厘定的时候，法律保留对公民基本权利的贡献和保障又是什么？依据现行宪法第 67 条的规定，全国人民代表大会解释宪法并监督宪法的实施，这种解释权限是否可以理解为针对全国人大制定的法律是否具备合宪性？等等。因此，仅仅从表层去审视法律保留所蕴涵的立法机关与行政机关的权限划分，立法机关的活动更值得期待等含义，而忽略此种单兵突进是否会悖离我国政治制度的内在机理，无疑会导致一叶障目，不见泰山。事实上奉行议会至上原则的英国并未采行法律保留的制度，即可有力证成作者的上述主张。

再次，宪法领域的法比较要致力于对比较对象差异形成的背景及原因的探究。

比较法学界形成的主流共识是比较法应包括三个主要阶段：1. 寻求对于作为比较对象的外国法秩序与相关制度的认识（理解）；2. 进行对外国法与本国法相关制度与概念差异的澄清与对照；3. 根据上述研究成果，探究外国与

<sup>①</sup> 周叶中主编：《宪法》，高等教育出版社、北京大学出版社 2005 年版，第 227 页。



本国宪政秩序面对共同问题时发展出不同解决途径的原因，并进而回过头来思考外国相关宪政制度或模式引进本国，或者适度供作本国宪政秩序建立参考的可能性与限制，借以协助澄清并解决本国宪法的问题。<sup>①</sup>

宪法的比较研究不同于对外国法的单纯描述、介绍。如前所述，宪法领域的法比较最终必须有助于解决国内宪政发展中的具体问题或者争议。如果仅仅是将不同国家的宪政制度或者宪法概念进行异同对照，那么充其量也只能进行“相同与不同”、“哪个层面相同，哪个层面不相同”的浅层次比较，而缺乏对导致不同的背后原因的深入发掘。因此，真正意义的比较必须完美地实现比较目的与功能的结合。正如比较法学者茨威格（Zweiger）所说，“真正的比较法，不能单纯停留在‘认识’或‘介绍’外国法制的阶段，也不能只从表面‘观察’与‘平行对照’不同法秩序之间的差异，而必须呼应一个在个案中被运用的‘比较法’所被赋予解决本国法特定问题的任务与功能，基于认清该问题本质、协助解决该问题的目的，着眼于探查比较对象之间差异背后的形成原因。‘真正的比较法’因此预设问题之提出，并重视问题的深刻认识与解决；换言之，‘真正的比较法’即已意指功能性的比较法”。<sup>②</sup>

单纯性地对不同宪法制度或宪法概念进行比较对照，可能产生的一个不良后果是忽略了宪法本身的高“价值性”与“政治性”，从而导致把不具有比较性的对象硬性地进行比较。比如，简单地把中国的人民代表大会当成西方国家的议会看待，或者片面地从政治结社的角度分析探究中国的执政党合法性与正当性等。又比如，宪政在西方国家通常是内生的自然演进的结果，而在许多亚洲国家包括中国在某个特定期限，都会出现“有宪法而无宪政”的特殊景观，宪法文本的出现只是政治统治者寻求统治合法性的一种手段，并非立宪主义目的达成的结果。<sup>③</sup> 如果只是局限于对相关国家宪法文本进行释义学的分析，那

<sup>①</sup> 参见黄舒菀：《比较法作为法学方法——以宪法领域之法比较为例》，载《月旦法学》2005年第5期。意大利比较法学家·卡佩莱蒂则将比较法的研究方法，划分为六个步骤或阶段。参见沈宗灵著：《比较法研究》，北京大学出版社1999年版，第47~48页。

<sup>②</sup> 参见 Zweigert/kotz, aa. o. (fn. 9), s. 33-35, 43. 转引自黄舒菀：《比较法作为法学方法——以宪法领域之法比较为例》，载《月旦法学》2005年第5期。

<sup>③</sup> 近代立宪主义市民宪法，旨在用宪法制定政治和社会的基本形态，同时要求施政必须遵照宪法。这种宪法的基础是人们对自由、平等的渴求和对乱政束缚、歧视的权力以及对执政者不信任的心理。现代市民宪法一般在资本主义的框架内引进社会国家（福利国家）的理念，追求保障包括工人阶级在内的一切国民过着真正人的生活。这种理念特别将如下两点具体化：一个是引进对社会经济强者的经济自由权的积极限制，另一个是对社会经济弱者的“社会权”的保障。参见〔日〕杉原泰雄著，吕昶等译：《宪法的历史——比较宪法学新论》，社会科学文献出版社2000年版，第22、114页。

么会得出十分错误的结论。<sup>①</sup>

宪法的高“政治性”或“高价值性”决定了宪法比较的局限性，但不能由此而否定乃至取消宪法的比较研究，它只是提醒我们：“首先，有鉴于政治因素对不同法制所产生的影响，在进行比较时，必须特别注意‘宪法领域比较法研究’以及‘政治科学研究’两者之间的区分，不能将比较法与政治研究混为一谈；其次，正是基于此一区分，在宪法领域法比较的过程中，必须留意比较法研究种种可能的功能局限。例如，法制度差异背后之政治影响力的评估，恐怕就不完全是比较法研究所能提供或完整说明。据此‘一个法制度的政治成分越高，比较法研究也就越可能发生问题’。但反过来说，一定作为问题主轴与比较法研究对象的法制度仍然具备相当的规范浓度，那么要成就一项有意义的比较法，便应仍可预期。”<sup>②</sup>

对宪法概念或制度进行对照性的描述比较，可能坠入的另外一个陷阱是忽略了因语言的模糊性或不确定性所引致的语境差异，从而在制度的移植和借鉴时削足适履。比如确认政治国家权力的所有与行使主体，是当代民族国家宪法所面临的共同使命。大多数成文国家的宪法都使用了“人民”这一主词来表征这一功能。例如，德国宪法第20条第2款规定：全部国家权力来自人民。人民通过选举和投票表决并通过特定的立法、行政、司法机关行使这种权力。中国现行宪法第2条规定：中华人民共和国的一切权力属于人民，人民行使权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。但两国宪法文本的人民所表达的语境是大相径庭的。德国宪法文本中的“人民”所指涉的是由全体国民所组成的政治集合体；而中国宪法文本所指涉的“人民”是指一定历史发展阶段，在某一特定国家与敌人相对应而言的政治集合体。<sup>③</sup>造成这种差异的原因在于两种宪法文本所抱的政治国家权力理念和人权观不同。德国宪法

<sup>①</sup> 许多后法治发展国家，其宪法文本上的公民基本权利条款可能比西方许多宪政国家的权利清单更丰富、更完备，但并不能藉此得出前者比后者法制更优良的结论。另外，宪法的比较方法通常与只对一个国家宪法文本进行释义学的解释方法存在较大的差异，比较法学者茨威格（Zweiger）甚至认为宪法的比较研究方法是反释义学的。有些学者如 Peter Haberl 则主张“比较法”是除了萨维尼传统底下的四种（文意、体系、历史、目的）解释方法之外的第五种方法。本文则认为宪法的比较方法与宪法释义学的方法则是相互交叉、相辅相成的。作者注。

<sup>②</sup> 黄舒芃：《比较法作为法学方法——以宪法领域之法比较为例》，载《月旦法学》2005年第5期。

<sup>③</sup> 全国人大常委会办公厅研究室政治组编：《中国宪法精释》，中国民主法制出版社1996年版，第101页。

表达的是一种“全民政治国家”理念和人人平等的普适性人权价值观；<sup>①</sup>而中国宪法所表达的是一种“革命民主观”。“革命”民主论首先是一种社会分层的理论。在人民民主专政的国家政权下，社会中存在一个潜在的身份划分：一部分人属于民主的主体，通常是广大的劳动人民，被称之为“人民”，另一部分人则属于专政的对象，它们是少数的社会制度破坏者，也是一部分独特的刑事犯罪分子，被称之为“敌人”。人民与敌人的分界并非总是清晰明了，而且相互之间会转化。但是，在人民民主专政的国家，总有一小部分人被视为潜在的“敌人”。其次，“革命”民主论是一种国家权力正当性的理论。在人民民主专政的国家，权力的正当性来源于“革命”民主的理论和实践。从理论上讲，“革命”民主论为人民民主专政的国家政权的建立提供了路径、方法和意识形态支持。从实践上讲，“革命”民主从“革命形式”向“国家政权形式”转变的过程，奠定了国家权力获取来源、途径的正当性。正是在这一过程中，新的国家得以产生，广大劳动人民的社会、政治、经济和文化地位得到了翻天覆地的改变。这样一种历史成就奠定了国家权力的正当性。另外，“革命”民主的目的性追求也是人民民主国家权力正当性的重要因素。依“革命”民主论，国家权力正当性的根基在于它作为一个斗争工具，必须保证人民民主的实现，并有效地对“敌人”实行专政。放弃其中的任何一个方面，都将使国家权力失去正当性存在的理由。<sup>②</sup>

注重宪法概念的语境探究，对于当下中国的宪政转型具有重大的现实意义。中国宪法文本是一个跨时态的集合。2004年宪法修正案将“国家尊重和保障人权”写进宪法后，造成宪法权利主体制度的安排没有一个最大公约数。“人民”、“公民”、“妇女”、“老人”与“儿童”、“民族”都成为宪法权利主体，他们彼此之间的逻辑关系是什么？彼此之间是否存在冲突？对现实的权利保障可能产生何种影响？这些问题既需要加强宪法释义层面的研究，更需要从宪法比较的视角来探寻宪法适应社会转型的变迁机制。

未来中国宪法领域的法比较应该着重解决的问题或者发展趋势有如下几个方面：

首先，要借鉴宪法比较研究所形成的成果，来认知和解决中国因剧烈社会转型所带来的法制问题，缓解法律规范与社会现实的尖锐冲突。当下中国社会的发展表现为一方面将一切问题归结为法律问题，寄希望通过法制的途径获得

<sup>①</sup> 秦前红、陈俊敏：《“人权”入宪的理论思考》，载《法学论坛》2004年第6期。

<sup>②</sup> 参见秦前红、叶海波：《宪法修正与宪政民主观的确立》，载《法学评论》2005年第2期，第3~7页。

有效的解决；另一方面，表现为法制滞后于社会发展现实，法制应对社会问题的资源供求不足。这样就决定了必须依靠宪法的比较研究来弥补此方面的不足。比如，孙志刚案件<sup>①</sup>所凸显的法律与行政法规之间的权限分工问题，物权法草案所引发的关于宪法与民法的关系问题，都是在比较宪法的框架内讨论或者解决的。和谐社会建设纲领的提出，要求解决社会阶层利益共享和权利平等问题，国家要获得形成社会政策的更大空间，公民也要以社会权的名义向国家表达更多的权利诉求。现行宪法关于社会政策的规定散见于总纲与公民基本权利条款之中。国内比较宪法学者试图借鉴德国宪法“客观秩序”的理论来解决上述问题并取得一定成效，这也预示了宪法比较研究的巨大作用空间。

其次，因应中国对外开放的需要和全球化的发展趋势，宪法比较研究要承担起了解他国法律、开展国际合作的重要使命。人权保护的国际化是当前人权领域发展的一个重要面向，人权领域的跨国合作也变得越来越频繁。中国已先后加入了两个国际人权公约即《公民权利与政治权利国际公约》、《经济、社会、文化权利国际公约》。第九届全国人民代表大会常务委员会第20次会议于2001年2月28日决定，批准我国政府于1997年10月27日签署的《经济、社会和文化权利国际公约》。由于上述两个国际公约所规定的内容与我国宪法关于公民基本权利、义务的规定有密切的关联，人权的实施和保障首要的是一个宪政层面的问题。因此随着未来两个国际人权公约在我国的实施，必将引发包括宪政理念、宪政规范和宪法保障机制等各个层面的调适、整合和重构问题，这些问题的解决也必须依靠宪法的比较研究，做到既能与国际人权发展潮流合拍，又能适合中国的具体国情，在充分考量中国的文化传统、法制背景与地理环境等因素的前提下，找寻行之有效的中国人权发展道路。全球化下开展宪法比较的可能条件是：1. 宪法的普世性增强。各国宪法在价值层面上获得越来越多的共识。普遍性的宪法标准逐渐产生，宪法裁判机构开始诉诸于国际性的共同标准，而不是单纯依赖于本国的法律传统。美国宪法学者阿克曼（Byuce Ackerman）称此现象为“世界性的宪法主义”。其中表现最为突出的是 Louis Henkin 所说的人权保障的普遍化。美国宪法以及“二战”后的国际人权运动，构成了当代立宪主义的主流。欧洲人权公约和欧洲人权法院的出现，更加证明了这一趋势的发展。2. 全球性共同问题的出现，为各国宪法提供了共同的问题意识和相互借鉴解决共同问题的宪法方式的可能性。这些各国必须

<sup>①</sup> 孙志刚是武汉某高校的一名大学生，在广州找工作时被当地警察以“证件不齐”的名义收容审查，并被殴打致死。此案的发展导致了1980年国务院颁布的收容审查条例被国务院自行废止。作者注。

面临的共同挑战包括：全球性环境公害，以及市场的全球力量对国家主权的挑战，在全球化带来的“公”“私”界限的模糊化背景下，如何确保公共决策的民主与公众参与等。全球化下宪法比较的障碍在于，宪法被视为与一国文化传统、民族精神乃至地理条件密切相关的“地方性知识”，是国家主权、国家同一性和特殊性的表现，司宪机构倾向于坚持以自己国家的历史、传统、条文先例和国家利益作为适用宪法的标准，而拒绝将超越国界的、国际性的或全球性的因素纳入考虑的范围。全球化给宪法的比较带来的方法意义的革新在于：1. 比较对象涉及高度普遍化，并具有全球性共识的普遍原则时，采用比较的方法具有价值意义上的正当性；2. 从问题主义的立场出发，立足于功能比较的方法将更加频繁。当比较的对象涉及他国也共同或曾经面对的问题时，借由比较而吸收他国宪政运作的成功经验应为必然；3. 全球化带来立宪运动发展的“谱系化”现象，东欧民主国家纷纷参照西方国家的宪法模式制宪或修宪即为典型例子；4. 全球化促进宪法领域比较的批判性反思，而舍弃传统比较意义的单纯规则对照，强调对规则所立基的背景和价值的反思。与之相关联的是比较素材也逐渐扩大。除了传统的将不同国家的宪法规则纳入比较的范围外，国际法、宪法以外的文献，以及所有政府部门的行为等，凡是与宪法有关联的，都成为比较的对象。

再次，宪法比较研究的方法将更加多元化，比较宪法的体系应该立足于功能取向，变得更加宽容和开放。为了服务于宪法比较目的的实现，比较宪法不应应对某个具体的法学研究方法抱残守缺，应该跟踪宪政实践的最新发展，不断发掘新的研究方法。同时，在研究方式上，应该超越既往研究中的粗糙、简单的研究进路，建立更精细的研究范型。比如，违宪审查是当代宪政制度中的支柱性制度，我国宪法学者近二十多年来表现了持续的关切，但或许是宪法比较研究对学者素质的严苛要求，或者因为其他客观条件的制约，我国关于违宪审查比较研究的重大创见性成果并不多见，无论是关于国外几种典型违宪审查制度的学理梳理，还是关于我国违宪事件的实证研究都做得远远不够，大量的研究仅停留在重复他人的劳动成果上……随着比较研究队伍素质的提升和问题意识的更新，宪法比较研究应能跟上时代发展的步伐。

绪论 中国宪法领域的法比较——方法与趋势	1
第一章 宪法基本理论	1
第一节 宪法与宪政	1
一、宪法的词源和宪法概念的形成	1
二、宪法概念的比较	4
三、宪法的分类	12
四、宪法与宪政	19
第二节 宪政与民主	24
一、民主概论	24
二、宪政与民主的关系	28
三、宪政民主的机理分析	36
第三节 宪政与法治	43
一、法治思想源流	43
二、法治的含义与模式	50
三、法治与宪政的关系	53
第四节 主权与人权	56
一、主权理论概述	57
二、人权概述	65
三、主权和人权的一个视角：人权的挑战和限制	70
第五节 宪法原则与宪法规则	76
一、宪法原则和宪法规则的逻辑联系	76
二、宪法原则概述	78
三、宪法原则的规则适用形式	80
四、宪法规则	94
第六节 宪法形式与宪法渊源	97
一、宪法形式与宪法渊源之辩	97

二、宪法渊源（宪法的外部形式）	99
三、宪法的内部形式	104
四、我国的宪法形式	116
<b>第二章 宪法权利制度</b>	120
<b>第一节 宪法权利概述</b>	120
一、宪法权利的概念	120
二、宪法权利的性质	123
三、宪法权利概念辨析	125
四、宪法权利的主体	127
<b>第二节 公民宪法权利体系</b>	131
一、公民宪法权利体系分析	131
二、人格尊严与平等权	136
三、自由权	139
四、社会权	147
五、参政权	150
<b>第三节 公民宪法权利的保障与救济</b>	154
一、公民宪法权利规范的效力	154
二、公民宪法权利的保障	160
三、公民宪法权利的救济	162
<b>第四节 公民的宪法权利与宪法义务之关系</b>	169
一、公民的宪法义务	169
二、公民的宪法权利与宪法义务的关系	172
<b>第五节 政党宪法权利</b>	173
一、政党概述	173
二、政党宪法权利的内容	176
三、政党宪法权利的救济	181
<b>第三章 宪法权力制度</b>	185
<b>第一节 宪法权力界说</b>	185
一、权力与宪法权力	185
二、宪法权力的法治价值	188
三、宪法权力的功能与类型	190
<b>第二节 立法权</b>	192



一、立法权界说	192
二、立法权的行使主体	197
三、立法机关的主要职权	207
第三节 行政权	212
一、行政权界说	212
二、行政权的历史演进	218
三、行政权的行使主体	224
第四节 司法权	230
一、司法权界说	230
二、司法权的行使主体	237
三、司法审查制度	243
<b>第四章 宪法变迁与实施</b>	<b>251</b>
第一节 宪法变迁概论	251
一、宪法变迁概念的界定	251
二、宪法变迁和宪法权威、宪法效力	252
三、宪法变迁与宪法适应性的关系	255
四、宪法变迁的界域	257
五、宪法变迁与宪法文化	259
六、宪法变迁与民主政治	260
第二节 宪法惯例	261
一、宪法惯例的概念与特征	261
二、宪法惯例的理论基础及产生的原因	264
三、宪法惯例的效力	265
四、宪法惯例引起宪法变迁的方式	267
五、各国宪法惯例举要	269
第三节 宪法修改	274
一、宪法修改概述	274
二、宪法修改的可行性与影响	276
三、宪法修改的方式	279
四、宪法修改的限制	281
五、宪法修改的程序	284
六、各国宪法修改的制度与实践	287
第四节 宪法解释	293

一、宪法解释的含义与功能 .....	293
二、宪法解释的机关 .....	297
三、宪法解释的程序 .....	300
四、宪法解释的原则 .....	303
五、宪法解释的方法 .....	305
六、宪法解释的效力 .....	309
第五节 宪法诉讼 .....	311
一、宪法诉讼概论 .....	311
二、宪法诉讼的类型 .....	313
三、宪法诉讼的起源 .....	315
四、宪法审判机关的性质、地位及其组成 .....	319
五、宪法审判机关的权限范围及其审判方式 .....	323
六、宪法裁判的效力 .....	329
后记 .....	331