

第十二辑

国际法与比较法

INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW

论丛

R E V I E W

主 编 李双元

依宪治国新论

对浮动担保制度各模式发展与演化的探讨
论合同规则的趋同化

美国国家豁免法的历史演进及其发展新动向

荷兰2001年侵权冲突法

中国方正出版社

第十二辑

INTERNATIONAL AND
COMPARATIVE LAW
REVIEW

国际法与
比较法
丛论

李双元 主 编

中国
方正
出版
社

图书在版编目(CIP)数据

国际法与比较法论丛.第十二辑/李双元主编.一北京:中国方正出版社,2004.12

ISBN 7-80107-720-2

I. 国… II. 李… III. ①国际法—文集 ②比较法—文集
IV. ①D99-53 ②D908-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 114837 号

国际法与比较法论丛

(第十二辑)

李双元 主编

责任编辑:许 睿

出版发行:中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编:100813)

发行部:(010)66124758 门市部:(010)63094573

编辑部:(010)66158711 出版部:(010)66510958

网址:www.FZPress.com

责编 E-mail:XR@FzPress.com

经 销:新华书店

印 刷:北京金华印刷有限公司

开 本:889 毫米×1194 毫米 1/32

印 张:18.375

字 数:506 千字

版 次:2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-720-2

定价:35.00 元

(本书如有印装质量问题,请与本社出版部联系退换)

目 录

[宪法与行政法]

依宪治国新论 邓联繁(1)

古典共和之宪政解读

..... 戴激涛(131)

[民商法]

对浮动担保制度各模式发展与演化的探讨

..... 徐冬根(211)

论合同规则的趋同化

..... 李先波 邓叶芬 张敏纯(252)

形象商品化与形象权法律保护制度之研究

..... 熊 伟(304)

[国际公法]

美国国家豁免法的历史演进及其发展新动向

..... 郭玉军 徐锦堂 王 菁 张飞凤(431)

论平时时期在他国专属经济区进行军事活动的权利
及其限制

..... 邓 智(522)

当事人未做选择时信用证法律适用问题初探
——以美国法为例

..... 刘 星(552)

International Law Materials

- Dutch Private International Law: the 2001 Act Regarding Conflict of Laws
on Torts Translated by Du Huanfang (569)**
- Dutch Private International Law: the 2002 Act Regarding Conflict of Laws
on Filiation Translated by Xiao Fang (575)**
- Soliciting Article Notice (581)**

Contents

Constitutional Law and Administrative Law

- A New Study on Ruling by Constitutional Law Den Lianfan (1)
- The Constitutional Reading of Classical Republicanism
..... Dai Jitao (131)

Civil and Commercial Law

- On the Development and Evolution of the Modes of Floating Charge System
..... Xu Donggen (211)
- On the Convergence of Contractual Rule Li Xianbo (252)
- On the Image Merchandising and the Legal Protection on the Right of Image
..... Xiong Wei (304)

International Law

- The Historical Evolution and Development of United States Foreign Sovereign
Immunities Act of 1976
..... Guo Yujun Xu Jintang Wang Jing Zhang Feifeng (431)
- Right and Its Limits: Peacetime Military Activities in Other State' s Exclu-
sive Economic Zone Deng Zhi (522)
- A Study of Choice of Law of Commercial Letter of Credit in the Absence of
Governing Law——Taking Example for American Law
..... Liu Xing (552)

International Law Materials

Dutch Private International Law: the 2001 Act Regarding Conflict of Laws on Torts	Translated by Du Huanfang (569)
Dutch Private International Law: the 2002 Act Regarding Conflict of Laws on Filiation	Translated by Xiao Fang (575)
Soliciting Article Notice	(581)

[宪法与行政法]

依宪治国新论

邓联繁*

目 次

- 一、依宪治国：依法治国之精义
- 二、善待中国宪政：依宪治国的急切呼唤
- 三、驾驭全球化：依宪治国的时代课题

问题意识与基本观点

从学者们多年来倡导宪法是依法治国之本，宪法至上是中国法治之路的灵魂，依法治国的实质就是依宪治国，到 2002 年 12 月 4 日胡锦涛总书记在首都各界纪念现行宪法公布施行 20 周年大会上强调依法治国首先就要全面贯彻实施宪法，2002 年 12 月 26 日胡

* 邓联繁（1977—），湖南武冈人，武汉大学法学院宪法学博士研究生，主要从事宪法学和中国重大现实问题研究。

锦涛总书记在中共中央政治局第一次集体学习时将保证宪法得到贯彻实施提到依法治国根本要求的高度，再到2004年3月31日温家宝总理在国务院第三次学习讲座时明确将依法治国的最根本之点定位于依宪治国……

从最高人民法院在1955年对新疆高院的批示中指出，宪法并不规定如何论罪科刑的问题，因而在刑事判决中，宪法不宜引为论罪科刑的依据，以及最高人民法院在1986年对江苏省高院的批复中指示法院在审理民事和经济案件中可以引用法律和行政法规，而没有提及宪法，到2001年8月13日最高人民法院明确判决被告侵犯了原告“依据宪法规定所享有的受教育的基本权利”，从而引发了社会各界对“宪法司法化”的普遍关注和持续讨论，再到2003年国务院在孙志刚事件发生后迅速废除了违宪的收容审查制度……

从人们以前抱怨“宪法大而空”、宪法只是政治宣言书、宪法虚无飘渺，以为宪法作为国家根本大法只是关涉国家大事，而与普通人的日常生活毫不相干，到前段时间63岁的北京老人黄振机和他的街坊依靠几件简单的武器——一面插在门口的国旗，一本刚刚修订过的宪法单行本，其中的“公民的合法的私有财产不受侵犯”被圆珠笔画出，一句精心挑选出的“国家尊重和保障人权”被放大了贴在门上，^①从而阻止了北京市崇文区政府危房改造工程的强制拆迁，暂时保住了他的房子——房屋虽破，但那却是黄振机和他老伴的栖身之所，更重要的是，那是属于“中华人民共和国宪法”庄严承诺予以保护的私有财产……

① 类似的一幕出现在沈阳。一位家住沈阳的公民因为没有与开发商达成拆迁协议，开发商就把他封困在自己家中长达二十余天！期间不许送饭，每天用砖头砸窗户，用烟熏，晚间每隔十多分钟就砸一次楼板，时常用推土机摆出推房的架式；外圈有多名保安值勤，禁止“闲杂人员”靠近；更外圈有当地沈阳警察的“积极配合”，比如抓扣前来采访的“不稳定因素”——记者；更更外圈还有司法、行政、权力部门长达二十多天的集体“失语”。经过长达二十多天的“协同作战”，一幢好好的居民楼被成功地拆成了“危楼”。楼内另一位有着律师身份的居民，为抵制“强拆”，把《中华人民共和国宪法》贴在窗上，自己抱着《宪法》坐在窗台上。参见采石工：《如此拆迁，拆掉的是执政基础！》，载“人民网”2004-05-27。

从在新中国成立以后的相当长时期内，我们不仅在宪法和法律上不使用“人权”概念，而且在思想理论上将人权问题视为禁区^①，到1985年6月6日邓小平从我们与西方人权观区别的角度间接地提出了社会主义中国可以讲人权以及讲什么人权的问题，^②再到1991年11月1日国务院新闻办公室发表《中国的人权状况》白皮书，再到将“人权”概念写入党的十五大报告和党的十六大报告，再到第四次修宪将“国家尊重和保障人权”写入宪法，从而将“人权”由一个政治概念提升为法律概念，将尊重和保障人权的主体由党和政府提升为“国家”，使尊重和保障人权由党和政府的意志上升为人民和国家的意志，由党执政和政府行政的政治理念和价值上升为国家建设和发展的政治理念和价值，由党和政府文件的政策性规定上升为国家根本大法的一项原则……

从在相当长的一段时间内，“违法”实际上只是指违反法律法规而不包括宪法，而且不包括国家机关违法；到1989年《行政诉讼法》出台，规定“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼”；再到2003年1月25日，河南省洛阳市中级人民法院30岁的助理审判员李慧娟在判决书中写道：“《种子法》实施后，玉米种子的价格已由市场调节，《河南省农作物种子管理条例》作为法律阶位较低的地方性法规，其与《种子法》相冲突的条（原文如此，应为条款）自然无效”，最后在河南省人大和省高级法院的直接要求下，洛阳中院免去其助理审判员资格；再到2004年5月

① 甚至到改革开放初期，一些重要报刊还以“人权是哪家的口号？”、“人权是资产阶级的口号”、“人权不是无产阶级的口号”、“人权口号是虚伪的”等为题发表过一大批文章，把人权看作资产阶级的“专利”，强调“无产阶级历来对‘人权’口号持批判的态度”。

② 针对国际敌对势力对中国的攻击，邓小平指出：“什么是人权？首先一条，是多少人的人权？是少数人的人权，还是多数人的人权，全国人民的人权？西方世界的所谓‘人权’和我们讲的人权，本质上是两回事，观点不同。”《邓小平文选》第3卷，人民出版社1993年版，第125页。

全国人大常委会成立局级单位“法规审查备案室”，“负责法规备案”，“审查下位法与上位法尤其是与宪法的冲突和抵触”，“具体负责备受社会各界关注的违宪违法审查工作”，一时为众目所瞩——京城某报以《我国首次成立专门机构进行违宪审查》为题作了整版报道，中央某大报在头版头条显著位置刊登了《违法违宪审查纳入启动程序》的报道，不少观察人士认为“这无疑是朝向建立违宪审查制度迈出了重要的第一步”^①……

所有这些，不仅生动地体现了国人宪法意识与宪政观念的增强，而且充分说明国家领导人、学者与民众在宪法宪政问题上形成了诸多有益共识；不仅深刻表明宪法对于依法治国的不可或缺作用在国人眼中日益清晰，而且鲜明地昭示出依宪法治国的极端重要地位，这就是：依法治国首先是依宪法治国，最根本、最重要、最关键的也是依宪法治国，依宪法治国乃依法治国之精义。难怪国内外不少有识之士惊呼，中国依宪法治国的春天已然来临。

前事不忘，后事之师；以史为鉴，可以知兴衰，可以明得失，可以使我们的头脑更加清醒，使我们的思想更加自觉。对于依宪法治国的喜人势头，欣慰是应该的，但欣慰不应是全部。回顾百余年的宪政运动史可以发现，像当下这样重视宪法与宪政的时期在历史上并不是没有，但最后的结局却逃不出昙花一现的窠臼，给热心宪政之士留下诸多遗憾与困惑。如何把握这次依宪法治国的良机，让依宪法治国的观念一劳永逸地在中国社会深深扎根，并绽放出绚丽的花朵、结出丰硕的果实，值得所有宪法学人深思。在笔者看来，要让依宪法治国的春天永驻，有必要对依宪法治国进行新论述，从而为依宪法治国提供有力且可靠的理论支持。而这种新论述，至少包括以下几个方面：

一方面，对依宪法治国在依法治国中的地位进行新论证。依法治国作为治国方略，已被载入宪法，并得到越来越多的人信赖，

^① 参见谢德蓝：《期许中国违宪审查大步前行》；秋风：《从李慧娟到法规审查备案室》，载《南方周末》2004年6月24日。

因而，依宪治国必须站在依法治国这个“巨人的肩膀上”求得话语权，而不是另起炉灶。尽管学界从不同视角论及到依宪治国在依法治国的重要地位，但无论是论证方式还是具体结论仍有待于进一步商榷。其实，依宪治国乃依法治国之精义，这完全可以从依法治国自身的逻辑中推导出来。

另一方面，对依宪治国在今日中国之要求进行新判断。这就需要对依法治国的现状进行全面考察，既要看到真正问题，又要肯定实际进展。“究竟如何认识今日中国，这是一个令人困惑的智力和道德难题。”^① 不了解今日中国宪政建设的现状，就难以提出有针对性、建设性的主张，从而不仅给人以盲人摸象、隔靴搔痒之感，而且有可能导致事与愿违、南辕北辙之尴尬。考察依法治国的现状会发现，“善待中国宪政”已成为依法治国的深切呼唤和当务之急。

再一方面，对全球化语境中的依宪治国之方向进行科学且合理的新定位。全球化是依宪治国的大背景，它对依法治国的影响不仅全面，而且深刻。依宪治国不能回避全球化，也不能局限于应对全球化，而应有驾驭全球化的气概与胆略、行动和实绩。这不仅是必要的，而且是可行的，关系到依法治国的命运。驾驭全球化，不是空穴来风的呐喊表白或外强中干的趾高气扬；驾驭全球化的关键，在于为人类宪政作出应有的贡献。

一、依宪治国：依法治国之精义

所谓依宪治国，是指依照宪法规范及其确定的基本原则所蕴含的内在精神来治理国家，宪法在国家生活中占据最高地位，享有最高权威，宪法得到国家机关、政党、社会团体和公民的普遍认同与一体遵循。对依法治国与依宪治国本身进行剖析不难发现，依宪治国乃依法治国之精义，这既是依法治国自身逻辑的自然展开

^① 崔之元：《如何认识今日中国：“小康社会”解读》，载《读书》2004年第3期。

和必然结果，又牢固地奠基于宪法对于依法治国的特殊重要性。

对宪法之于依法治国的特殊重要性，学者们有诸多有益的论断。他们不仅在一般意义上讲宪法的产生是近代法治确立的标志，宪法至上是法律至上的核心，而且直接说过，宪法是依法治国之本，是依法治国的基础、程序、前提和首要前提、法律依据与根本法律依据、准则与根本准则、法律保障与根本法律保障；他们不仅强调依法治国首先要求全面准确地实施宪法，依法治国的关键在于确保宪法的贯彻实施，依法治国首当其冲地是要实现依宪治国，依法治国的核心是依宪治国，而且明确提出：“依法治国就是依宪治国”，“依法治国实际上就是依宪治国”，“依法治国、建设社会主义法治国家的实质就是依宪治国、建设社会主义宪政国家”。^①学者们的这些论断，从多方面揭示了宪法对于依法治国的不可或缺性。依宪治国之所以是依法治国之精义，具体说来是因为：宪法统领依法治国中的“法”；依法治国中的“国”立基于宪法与宪政；宪法是依法治国的法律依据和重要标志；依法治国的关键是依据宪法规范国家权力；宪法深深嵌入依法治国的战略意义；宪法至上是依法治国之命门。

（一）宪法：依法治国中的“法”之统领

严格说来，在基本的也是主要的意义上，“法治”应该是也必须是“宪法之治”，而不应仅仅是一般的法律之治，^②依法治国首先应当是也必须首先是依宪治国，这是因为“依法治国”中的“法”以宪法为龙头和核心，宪法是其他法之母、之根、之源，是

① 参见丛文胜：《宪法是依法治国之本》，载《中国法学》1998年第6期；莫纪宏：《依宪治国是依法治国的核心》，载《法学杂志》1999年第4期；苏雪梅：《宪法与法治》，载《四川师范大学学报》（社会科学版）1999年第4期；汪进元：《良宪治国：依法治国的核心》，载《现代法学》2002年第2期；刘霞：《宪法实施与依法治国关系探析》，载《现代法学》2000年第3期；鲁士恭：《试论宪法和依法治国的关系及其在依法治国中的作用》，载《山东法学》1997年第6期；杨海坤主编：《跨入新世纪的中国宪法学》（上），中国人事出版社2001年版，第71—73页。

② 参见荆知行著：《宪法变迁与宪政成长》，台湾台北正中书局印行1982年版，第179页。

法律的法律，是最高的法，是“非法之法（能够否定其他法律的法律）”。

有资料指出，在美国，司法审查理论是“宪法拱门上的拱顶石”，司法审查已经成为“宪法机器中绝对必要的部件，抽掉这个特制的螺栓，这部机器就化为碎片。”^① 还有资料指出，“没有司法审查，宪政就根本不可能实现”，“司法审查的历史，就是宪法限制权力的历史”。^② 这与一些美国宪法起草者的初衷相一致。在部分宪法起草者看来，司法审查乃是一部宪法中必要的且不证自明的部分；而且在联邦宪法被批准以后的讨论中，这些宪法起草者亦以极为明确的论述捍卫了他们的这一观点。宪法对于法律体系的作用，丝毫不逊色于司法审查对于宪法、宪政的价值。如果把法律体系比作一个金字塔，那么宪法就处于塔的顶峰，对整个法律体系有着决定性影响。

毛泽东曾指出，世界上历来的宪政，不论是英国、法国、美国，或者是苏联，都是在革命成功有了民主事实之后，颁布一个根本大法，这就是宪法。宪法作为一国法律体系中的重要组成部分，当然具有同行政法、刑法、民法、经济法、诉讼法等普通法律相同的特征，但与这些法律相比，宪法具有自己鲜明的特征，即宪法是国家的根本大法，正如我国现行宪法在序言中所明确规定：“本宪法以法律的形式确认了中国各民族人民奋斗的成果，规定了国家的根本制度和根本任务，是国家的根本法，具有最高的法律效力。”正是由于宪法在一国法律体系中位阶最高，效力最高，具有最高性、稳定性、适应性、纲领性、概括性等特点，是其他一切法律的立法基础和制定根据，因而是宪法而不是别的什么法在依法治国过程中统领着整个法的体系，为全部社会关系建立起一个法律规范的

① [美] 伯纳德·施瓦茨著：《美国法律史》，王军等译，中国政法大学出版社 1990 年版，第 39、41 页。

② 参见 [英] 弗里德利希·冯·哈耶克著：《自由秩序原理》（上），邓正来译，三联书店 1997 年版，第 235、406 页。

外壳和正常秩序的框架，因而是依法治国首要的法律依据，亦是根本的法律依据。同时，在依法治国的过程中，法律体系内部组成难免会随着社会发展变化而出现各种冲突、矛盾，而惟有宪法才能高瞻远瞩地对社会各种发展变化作出科学的判断和预见，平衡各种利益主体之间的冲突和矛盾，从而能够有效防止法出多门，协调法律体系中各部门法之间的关系，使其形成互相配合、有机统一的整体。可以说，没有宪法就不会有法的统一，也不会有法的权威。而一旦法不统一、法无权威，依法治国就无从谈起。

宪法统领依法治国中的“法”，还可以从法的效力这一视角来进行分析。法的效力是法不可缺少的要素，它与国家的合法性、权威性和社会控制能力密切相关，是法律程序的核心问题。在当代西方法哲学中，不同法学流派对法的效力有不同见解。在自然法学派看来，法的效力是一个“伦理的观念”，法的效力最终是法的道德约束力，因而有效力的法律必须符合正义和有道德。社会法学派则将法的效力作为一个“事实的观念”，认为法的效力就是法对社会成员的实际或事实上的约束力，亦即“实效”，因而那些从未对或不继续对社会生活起实际控制和指引作用的法律规则不能被看作是有效力的。在实证法学派眼里，法的效力是一个“逻辑的观念”，法的效力就是国家约束力，因而凡是出自有立法权的机关的规则就是有效力的，法的效力不同于法的实效。^① 不过，尽管法律实证主义否认一个法律规范的效力取决于其实效，但他们同时指出，整个法律程序的实效是该程序的每个单个规范之效力的必然条件，即一个法律规范的效力取决于它所在的法律程序（法律体系）的实效。当作为整体的法律程序失去其实效时，该程序内的单个规范就不再被人们当作有效力的规范。例如，由于社会革命或政变原因，“一旦宪法失去其实效，即一旦建立在宪法之上的法律秩序整体失去其实效，法律秩序

^① 参见张文显著：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社1996年版，第433—434页。

和每个单个规范就会马上失去其效力。”^① 在这里，法律实证主义者将宪法的效力等同于整个法律体系的效力，强调了宪法的效力对于法律体系内的各个要素以及整个法律体系的重要作用。

（二）宪法：依法治国中的“国”之圭臬

在不同的语境中，国家有不同的涵义，在英语中可用 country 和 state 等多个单词来表达。但是，依法治国中的“国”，不是指疆域意义上的“国”，也不是指以血缘或文化为纽带的传统意义上的国家，而是指以制度为基石的现代政治国家。这种现代政治国家，主要通过国家权力的民主高效运作来实现其目的。而其立基的制度，正是以宪法为前提与依据的宪政制度。可以说，宪法是国家之“圣经”、之圭臬。正因为如此，孙中山先生说：“我国有了一个好的宪法，才能建立一个真正的共和国。”^② 宪法之于现代政治国家的价值，学界有不同概括，有学者将之归纳为以下四个方面：宪法是立国的政治宣言，是治国的法律依据，是建国的基本纲领，是卫国的有力武器。^③ 有学者进一步明确强调宪法对构造法治国家的价值，指出法治的实现首先要有一部符合宪政精神和法治价值的宪法，宪法是法治国家立国的政治宣言，是法治国家治国的法律依据，是法治国家强国的经济宪章。^④

何谓国家，仁者见仁，智者见智。里德法官认为国家是“有组织的共同体”。美国学者道格拉斯·C. 诺思构建了关于国家性质的“暴力潜能”分配理论，并运用产权理论来研究国家，提出“新古典国家理论”。他认为，“暴力潜能”是国家的重要属性，它在社会成员间的不同分配产生了性质各异的国家，即契约性国家与掠夺性国家。国家有双重目的，既要使统治者的租金最大化，又要降低交易费用使社会总产值最大化以增加国家税收。这两个目的之间的矛

① H. Kelsen, *The General Theory of Law and State* (revised edition), Harvard University Press, 1949, p. 119-213.

② 《孙中山选集》，人民出版社1981年版，第488页。

③ 李龙著：《宪法基础理论》，武汉大学出版社1999年版，第212—218页。

④ 汪习根：《论宪法对构造法治国家的价值》，载《政治与法律》1999年第6期。

盾、冲突和对抗，就成为国家兴衰的原因。^①而“韦伯国家观和马克思主义都认为，政治权威结构把国家建构为独立于社会而存在的组织，具有使用暴力维护这些结构的权利和义务”。^②

法学家对“国家”也是各持所见。哈特认为国家是如下两个方面的内容的统一，一是领土下的一定居民，一是相对的独立性。美浓部达吉认为国家是最高地域的统治团体。^③布莱克斯通在《英国法评论》中说，国家是一个集体，为其自身安全和便利联合起来，旨在像一个人似地一起行动的人群所组成。伯拉马基在其《政治法原理》中认为，国家是人类最完备，因而也是最自然的状态。伯克将国家视为“有强制力的人群团体”。在拉斯基看来，每个国家是一个有一定地域的社会，内分政府和人民；政府是国内的一组人们，应用国家所赖以生存的法律的命令，而且和该一定地域社会内其他各团体的人们不同，政府能够使用强制力量，使法律的命令得以受到服从。乔伊特的《英国法律辞典》指出，享有执行权的统治机构，常常被叫做“国家”。我国宪法学前辈龚祥瑞先生认为，“国家就是民众遵从（在必要时得施用强制力量）某种生活方式的社会。”^④

从宪政主义的视角来看，国家只能是这样一种政治实体——有效的、受到了公民权利强有力制约的政府和国家的权力体系，这些权力体系的合理性由宪法和法律规定，是立宪的理性使得国家具有了合理的正当性。在哈贝玛斯看来，民族和传统文化所形成的共同体是前政治性的共同体，它的成员的身份不是公民，而是民族或文化群体成员。现代意义上的政治共同体与民族或者传统文化共同体

① [美] 道格拉斯·C·诺思：《经济史中的结构与变迁》，陈郁等译，上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版，第 21、22 页。

② [美] 亚历山大·温特著：《国际政治的社会理论》，秦亚青译，上海世纪出版集团 2000 年版，第 103 页。

③ [日] 美浓部达吉著：《宪法学原理》，何作霖等译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 114 页。

④ 龚祥瑞著：《比较宪法与行政法》，法律出版社 2003 年版，第 169 页。