



新阶梯卓越法律人才培养系列教材

中国宪法学课程系列教材

# 中国宪法学

第二版

CHINESE CONSTITUTION

主 编 汪太贤

副主编 张 震 刘泽刚



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



新阶梯卓越法律人才培养系列教材

中国宪法学课程系列教材

# 中国宪法学

第二版

CHINESE CONSTITUTION

主 编 汪太贤

副主编 张 震 刘泽刚

撰稿人（以撰写章节先后为序）

吴晓秋 冉思东 何永红 刘泽刚

陈建平 李鼎楚 汪太贤 梁洪霞

温泽彬 陈兴立 张 震 林孝文

高应可 莫江平



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

中国宪法学 / 汪太贤主编. — 2 版. — 北京: 法律出版社, 2016. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9112 - 9

I. ①中… II. ①汪… III. ①宪法—法的理论—中国—高等学校—教材 IV. ①D921.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 018292 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/三河市兴达印务有限公司

责任印制/沙 磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/13 字数/220 千

版本/2016 年 1 月第 2 版

印次/2016 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9112 - 9

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 总 序

教学质量是高等学校的生命线;重视教材建设,是提高教学质量的重要环节。早在2005年,教育部就以1号文件下发了《关于进一步加强高等学校本科教学工作的若干意见》,要求“加强教材建设,确保高质量教材进课堂……对发展迅速和应用性强的课程,要不断更新教材内容,积极开发新教材,并使高质量的新版教材成为教材选用的主体”,而且特别强调教材应当“具有中国特色、中国风格和中国气派”。教材是课程及教学内容的载体,是在校大学生获得知识的重要途径。教材的编写过程本身,有利于及时反映社会状况的最新变化和学术研究的最新成果,有利于改进教学方法、提高教学水平、增强科研能力。这都是对教学与科研的反思和总结。通过教材的编写,还可以促使教师总结教育教学规律,了解学生的知识需求,培养热爱教学和关爱学生的教育情怀,实现教师、教材与学生三者的有机联结与良性互动。

依法治国是党领导人民治理国家的基本方略,高等法学教育是国家法治发展的重要依托。我国高等法学教育大众化的快速推进,引发了人们对法学教育质量的疑虑,进而促使法学教育工作者深刻思索如何改革法学教学方式、如何完善法学课程体系等问题。法学教育必须适应法律职业对法律人在知识、能力等方面的实际需求,而法学教育的进一步改革和发展又必须以法学核心课程教材建设为基础。如果说法学核心课程的确立,是对我国法学教育历史经验深刻反思的成果,是对养成法学思维方式所需基本知识体系的科学总结;那么,编撰高质量的法学核心课程配套教材,就是目前高等法学教育工作者不可推卸的责任。

西南政法大学前身是1950年成立的以刘伯承元帅为校长的西南人民革命大学。1953年,以西南人民革命大学为基础,合并重庆大学、四川大学、贵州大学、云南大学、重庆财经学院的法律院系成立西南政法学院。1958年,中央公安学院重庆分院又并入我校。特殊的建校背景,使学校汇集了当时西南地区法学和法律界的主要资源,也因此被誉为“新中国政法类的西南联合大学”。在我校的发展历程中,先后经历了多次隶属关系变更。“文革”期间曾一度被迫停办。1977年,经中央批准恢复法学本科招生。1978年,经国务院批准为全国重点大学,是司法部部属政法院校中唯一的全国重点大学。1979年,开始招收法学硕士研究生,是改革开放以后全国首批硕士学位授权单位。1993年,被国务院学位委员会批准为博士学位授权单位。1995年,经原国家教委和司法部批准,更名为西南政法大学。2003年,被国务院学位委员会确定为全国首批法学

一级学科博士学位授权点;同年,经人事部批准设立法学博士后科研流动站。2012年10月24日,教育部、重庆人民政府签署共建西南政法大学协议,教育部副部长杜玉波在共建合作协议签字仪式讲话中指出:“西南政法大学办学历史悠久,为国家培养和输送了众多优秀人才,推动了国家的法制昌明,被誉为‘新中国法学教育的黄埔军校’。”同年,西南政法大学同时入选教育部、中央政法委员会公布的应用型、复合型法律职业人才教育培养基地、涉外法律人才教育培养基地和西部基层法律人才教育培养基地等全部三类首批国家级卓越法律人才教育培养基地。

经过六十多年的建设,学校正在发展成为以法学为主,法学与政治学、经济学、管理学、文学等多学科协调发展的特色鲜明、优势突出的研究型高水平大学。学校与美国、英国、德国、法国、俄罗斯、加拿大、意大利、日本和泰国等国家以及我国香港、澳门和台湾地区的一些大学,建立了校际友好关系,进行广泛而深入的学术交流与合作。

高水平大学应当有高水平的教材。作为国内规模最大的法学人才教育培养基地,西南政法大学历来高度重视本科教学质量及本科教材建设,不仅培养了一大批具有较强教学研究能力的中青年学者,而且逐步形成了自己独具特色的教学模式和教材风格。面对新世纪新阶段法学教育的变化,学校做出积极反应,在提高本科教学质量方面,做出了更大的努力。学校在总结已有教材编写经验的基础上,广泛吸取国内外其他法学教材的长处,与法律出版社合作,编写出版本套教材,以践行我校法学教育理论性与实践性充分结合的办学理念,并积极努力为我国高等法学教育事业做出自己新的更大的贡献。

本套教材以发展着的马克思主义为指导,坚持社会主义法治理念,贯彻和实践科学发展观,遵循理论联系实际的原则,力求适应国内依法治国与构建和谐社会的新要求,适应国际经济全球化发展的新态势,准确把握现代法治精神,在吸纳国内外法学研究最新成果的基础上,树立精品意识与创新观念,按国家级规划教材的高标准致力于打造符合国家精品课程要求的品牌教材。为了确保编写质量,我校通过专家论证,由教材委员会遴选高水平教师主持本套教材的编写和修订任务,并在教材建设经费上给予了重点支持。我们对本套教材的特色要求是:通过对基本知识点重点阐述,保证学生掌握基础理论;通过对学术前沿问题的介绍,拓展学生视野,启发学生思维;通过对基本技能训练的指导,提高学生处理法律事务和应对国家司法考试的能力;通过课后作业的问题设计,引导学生独立思考、深入研究。

本套教材主要作为高等学校法学专业本科教学用书,也可供报考法学各专业研究生复习备考使用。

## 编者及修订者简介

**汪太贤** 男,1963年生,1986年获重庆师范学院汉语言文学学士学位,1989年获西南政法学院法学硕士学位,2004年获武汉大学法学博士学位。1992年晋升为讲师,1996年晋升为副教授,2001年晋升为教授。1999年任硕士研究生导师,2003年任博士生导师,现为重庆市宪法与行政法学学术带头人,西南政法大学行政法学院教授、博士生导师。主要研究方向有法治理论、近代中国宪法史等。专著主要有《从治民到民治:清末地方自治思潮的萌生与变迁》、《西方法治主义的源与流》、《法治的理念与方略》等,主编或参编教材有《法学绪论》、《法学导论》、《法理学》等,在《法学研究》、《中国法学》等期刊上发表学术论文八十余篇。

**张震** 男,1999年毕业于中南政法学院法律系法学专业,获法学学士学位,2002年毕业于中南财经政法大学法学院宪法学与行政法学专业,获法学硕士学位,2009年毕业于中国人民大学法学院宪法学与行政法学专业,获法学博士学位,2014年获西南政法大学法学博士后。现为西南政法大学行政法学院副教授,硕士生导师,宪法教研室主任,兼中国宪法学研究会理事。主要研究方向:宪法学、人权法学。出版个人学术专著四部,并在《人民日报》、《法商研究》、《现代法学》、《法学评论》、《政治与法律》、《当代法学》等重要报刊上发表论文三十余篇,其中多篇文章被《中国社会科学文摘》、《人大报刊复印资料》等全文转载。主持全国博士后科学基金、国家安全部、中国法学会、重庆市博士后特别资助项目等课题。获得由环保部、中国法学会颁发部级科研奖励五项。荣获西南政法大学优秀教师。

**刘泽刚** 男,1996年获西南政法大学法学学士学位,1999年获西南政法大学法学硕士学位,同年留校任教。2011年获武汉大学哲学博士学位。现任西南政法大学行政法学院副教授,硕士生导师。主要研究方向:宪法权利、德国宪法、法哲学、隐私法、信息法。在《现代法学》、《华东政法大学学报》、《哲学评论》、《德国哲学》、《宁夏社会科学》、《社会科学家》、《法律与医学》等期刊上发表论文十余篇,其中数篇被《社会科学文摘》、《人大复印资料》全文转载。主持与主研多项国家级和省部级项目。

**莫江平** 男,1964年生,1982年考入西南政法学院法律系就读,1986年毕业留校任教,现为行政法学院副教授。主要研究方向:宪政制度、人权保障。撰写《权利时代的宪法》、《中国宪法学》(主编)、“法眼看非典”、“知情权名称厘定与性质分析”、“选举权的误区”、“法律的情感与理性”、“‘无罪推定’应该写进宪法”、“人民代表三论——纪念《代表法》颁布10周年”、“我国公民的平等权及其误区”、“人有没有恐惧的权利?”等著述。

**吴晓秋** 女,1964年生。1986年获重庆师范学院汉语言文学学士学位,2002年获西南政法大学法学硕士学位,2015年获西南政法大学法学理论博士学位。1996年被评为编辑,2002年转评为讲师,2004年晋升为法学副教授,2005年任宪法与行政法专业硕士生导师。现任西南政法大学行政法学院副教授。主要研究方向:宪法与领土、新闻自由、女权主义。在《环球法律评论》、《政法论坛》、《西南民族大学学报》、《湘潭大学学报》、《西南政法大学学报》等学术刊物上发表论文十余篇。

**冉思东** 女,1963年生,法学硕士,1986年毕业于西南政法学院法律系,现为西南政法大学行政法学院副教授,硕士生导师。长期从事中国宪法学、外国宪法学的教学工作,主要研究方向为宪法学。曾在《现代法学》、《法学家》、《西南民族大学学报》等刊物上发表“民事诉权制度:一种私权的公力救济方式”、“论中国宪法的人权表达”、“宪法的自由逻辑进程”等文章。

**陈建平** 男,1974年生,湖南邵阳人,法学博士,西南政法大学副教授,宪法与行政法专业硕士研究生导师,从事宪法学与人权法学的教学和理论研究。在《现代法学》、《甘肃社会科学》、《法制日报》等报刊上发表论文数十篇,代表性著作有《湖南省宪研究》。

**温泽彬** 男,法学博士,西南政法大学行政法学院副教授,硕士生导师。先后在西南政法大学、中国人民大学法学院学习,2011年毕业于中国人民大学,获法学博士学位。主要研究领域:基本权利、宪法制度及行政法学。在《现代法学》、《法商研究》、《法学》、《政治与法律》、《法制日报》等核心刊物发表论文三十余篇,其中多篇为《人大报刊复印资料》、《高等学校文科学术文摘》转载。主持国家社科基金项目一项,主持省部级社科项目多项,并参与多部著作、教材及工具书编写。

高应可 女,1964年生,1986年毕业于西南政法学院,获法学学士,现任西南政法大学行政法学院讲师。主要研究方向:宪法基本理论、中国宪法中的自治制度。主要著作有《中国宪法学》(参编)、《宪法学教程》(参编),并发表学术论文多篇,代表作有:“论违宪审查及建立我国违宪审查制度的构想”、“浅议我国宪法实施的途径”。

陈兴立 女,1965年生,1987年获得西南政法学院法学学士学位,2001年获得西南政法大学法学硕士学位。现为西南政法大学副教授,宪法与行政法专业硕士生导师。长期从事中国宪法学、外国宪法学的教学工作,先后参与《宪法学新编》、《中国宪法学》、《宪法学教程》等教材的编写工作。主要研究方向为人权、选举制度、中国基层民主、村民自治、行政法学。曾在《南京社会科学》、《西南大学学报》、《探索》、《行政法学研究》、《学习与研究》等刊物上发表论文十余篇,代表作主要有:“宪法人权视野中的刑法解释观”、“中国特色社会主义法治建设需冲出‘潜规则’重围”、“关于我国村民自治的若干理论问题”、“正确认识和处理农村党支部和村民委员会的关系”、“当前行政执法存在的问题及解决建议”、“对行政问责制度的宏观思考”等。

梁洪霞 女,1978年生。曾就读于中南财经政法大学、西南政法大学,获得法学硕士、博士学位。现为西南政法大学行政法学院讲师、硕士研究生导师,主要研究方向为弱势群体人权保护、公民基本义务等。出版专著《公民基本义务:原理、规范及其应用》;在《法律科学》等刊物上发表论文“论行政诉讼中公民死亡后的原告资格转移问题”、“论行政诉讼中法人或其他组织终止后的原告资格转移问题”;主持国家教育部课题:“城乡统筹背景下城市流浪乞讨人员行政救助理论与实证研究”等。

李鼎楚 男,1980年生,曾就读湘潭大学法学院,获得法学学士、法律史学硕士、诉讼法学博士学位。2011—2014年挂职湖南省益阳市人民检察院检察长助理、湖南省郴州市中级人民法院院长助理。2014年完成吉林大学法学博后流动站研究工作。现任西南政法大学行政法学院副教授,硕士生导师。主要从事中国宪政及人权理论、中国传统法律文化方面的研究与教学。已出版学术专著一部,在《光明日报·理论周刊》、《政法论坛》、《法商研究》、《政治与法律》等报刊上独立发表学术论文十余篇,其中多篇被《人大报刊复印资料》全文转载;主持一项国家社科基金项目、三项省部级课题。2011年曾荣获全国性奖项“中国法律文化研



究成果奖”之“青年奖”。

**何永红** 男,曾就读于华中科技大学法学院、西南政法大学行政法学院,2010年获法学博士学位。现为西南政法大学行政法学院宪法教研室副教授,硕士生导师,主要研究领域为公法理论和英国宪法。曾在《政法论坛》、《清华法学》、《现代法学》等刊物上发表论文十余篇,著有《戴雪宪法理论研究》,主持国家社科基金项目“宪法惯例规范研究”。

**林孝文** 男,法学博士,西南政法大学行政法学院副教授,硕士生导师。出版学术著作有:《浙江省宪研究》、《中国近代宪法的起源》、《清末君主立宪思想史》、《法官自由裁量权的法理与哲理》,并在《法律科学》、《政治与法律》等核心期刊上发表学术论文三十余篇,主持和参与国家社科基金项目以及多省部级项目多项。

## 前 言

宪法学,一直是西南政法大学法学专业主要开设的课程之一。早在20世纪50年代西南政法学院创立时期,宪法学就被列为法学专业的重点课程。1978年西南政法学院复办时,成立了“国家与法的理论”教研室,其中涵盖了宪法学、法学理论等多个学科。在当时,“宪法学”仍是重点发展的主干课程之一,并于1982年在全校各专业普遍开设,亦印制了由主讲教师编写的宪法学讲义(校内印刷厂印制),课程讲授为一个学期。其课程内容主要包括宪法的调整对象、宪法的本质、政体与国体、社会主义宪法的优越性、资本主义宪法概述、国家结构形式、公民权利等内容。

1985年西南政法学院教研室调整,单独成立宪法教研室,开设了“社会主义宪法”和“资本主义宪法”两门课程,随后分别改名为“中国宪法”与“外国宪法”。其中“中国宪法”作为主干课程,开设于法学、刑事侦查等本科专业,教材采用了全国统编教材《宪法学》(吴家麟等主编,群众出版社出版)。

1989年以来,随着我国宪法的修改和宪法理论的发展,宪法学科对“中国宪法学”课程的教学内容进行了重大调整,删除了其中已经过时的部分,修改了其中不适宜的内容(比如经济制度部分中的“计划经济”),并增添了一些新的内容。为了配合该课程内容的改革,宪法学科决定不再使用国家统编教材,由学科重新编写教材《宪法学新编》(朱福惠主编,法律出版社1999年版)。随后,又编写了课程教材《中国宪法学》(莫江平主编,法律出版社2001年版)。

2004年以来,为适应第四次修宪后中国宪法文本的重大发展和变化,本学科对“中国宪法学”课程进行了第三次重大改革,主要包括课程内容、授课形式和授课方法。在课程内容的改革方面,增添了“宪法与人权”、“宪政知识”等内容,吸收了宪法学研究的一些成果等。为配合课程改革,又组织主讲教师编写了“中国宪法学”课程教材《宪法学教程》(高等学校法学核心课程教材,文正邦主编,唐忠民、莫江平副主编,法律出版社2005年版)。在授课形式上,添加了授课前阅读、授课中提问辩论和授课后答疑等环节,增添了影像观

看与讨论等学习手段。在讲授内容上,引入了宪法事件或实例分析等等。同时,为了拓展和深化“中国宪法学”课程的教学,本学科还专门开设了“外国宪法学”和“人权法学”课程,作为“中国宪法学”课程的知识延伸。

本教材《中国宪法学》是在上述教材和教学实践基础上的一种新的尝试,即贯彻我们正在进行的中国宪法学教学改革的一个组成部分。宪法学教研室拟对中国宪法学课程的教材体系进行改革,拟分别编写《中国宪法学》(讲授教程)、《中国宪法阅读教程》和《中国宪法实例教程》,使学生对宪法特别是对中国宪法有多种形式的认知和理解。据此,先行编写讲授教材《中国宪法学》。该教材由西南政法大学宪法教研室的教师集体编写而成。它主要针对法学本科生所开设的“中国宪法学”和“宪法学”课程,为其提供教学和学习用书;但该教材亦可以作为法学各专业研究生和法律硕士研究生学习宪法的参考书。

本教材是对二十多年来“宪法学”和“中国宪法学”教学经验和教训的总结,它的特点主要在于立足于中国宪法文本,注重中国宪法的基本概念、基本知识、基本权力与权利和基本关系的阐述,力求在内容和表述上简洁明了。

本教材的编写大纲由汪太贤教授草拟,经过全体编写人员的认真商讨后确定。其编写分工如下:

吴晓秋 第一章宪法释义

冉思东 第二章宪法的渊源与构成

刘泽刚 第三章中国的制宪(第一、四节)

陈建平 第三章中国的制宪(第二、三节)

汪太贤 第四章中国宪法中的人权

梁洪霞 第五章中国宪法中的公民权(第一、二、三、四节)

温泽彬 第五章中国宪法中的公民权(第五、六、七节)

陈兴立 第六章中国宪法中的国家权力(第一、三节)

张震 第六章中国宪法中的国家权力(第二、四节)

高应可 第七章中国宪法中的地方自治权

莫江平 第八章中国的行宪

由于本教材在体例和内容上都还处于尝试阶段,其中难免存在疏漏及不当之处,真诚欢迎并衷心感谢各位学者和同学批评指正。

汪太贤

2011年8月于重庆渝北

## 修 订 说 明

本教材自出版以来,已历五个春秋,本校已有五届法学本科学生的宪法课程采用了此教材授课。但在这五年之中,教师的讲授和学生的学习为我们提供许多宝贵的意见,使我们认识到本教材的编写还存在诸多问题或不足。这些问题或不足,有的是本教材的编写体例中难以解决的,有的是在其编写体例中可以补正的。基于后者,我们启动了这次小范围的教材修订工作。

本次修订主要涉及三个方面:

第一,字句或表述上的订正,主要是针对本教材中某些字句上错误或不当,以及表述上的不确,使之更为严肃、确当。

第二,局部内容上的修改,主要是对本教材原有某些内容进行了调整、修改或补充,使其更为明了、恰当,以及能与宪法性法律的修改相衔接。后者如,我国《立法法》于2015年3月15日经第十二届全国人民代表大会第三次会议修改后,原教材中的相关内容已与修改后的《立法法》规定不甚相符,故于本次进行了修改。

第三,增设延伸阅读文献的指引和提出应当思考的问题。在增设延伸阅读文献的指引方面,主要是根据每章的内容,为学生指出进一步了解相关内容时需要阅读的课外书目或书目篇章,可能在一定程度上能够满足学生对宪法学的兴趣和求知欲望。同时,我们还在每章的结尾,为学生提出一些与本章内容相关的思考问题,以此启发学生的思维,其目的在于培养其问题意识和思考能力。

本次修订,除教材编写人员参加外,宪法教研室的李鼎楚副教授、何永红副教授、林孝文副教授也积极参与其中,分别参加了对第三章第二、三节,第二章,第六章第三节的修订。

特此说明。

汪太贤

2015年12月12日

# 目 录

第一章 宪法释义 .....	( 1 )
第一节 中西“宪法”的词源与语义 .....	( 1 )
第二节 宪法的性质与地位 .....	( 4 )
第三节 宪法与宪政 .....	( 17 )
第二章 宪法的渊源与构成 .....	( 20 )
第一节 宪法的渊源 .....	( 20 )
第二节 宪法的分类 .....	( 24 )
第三节 宪法典的结构 .....	( 26 )
第三章 中国的制宪 .....	( 29 )
第一节 制宪释义 .....	( 29 )
第二节 清末的制宪 .....	( 34 )
第三节 中华民国的制宪 .....	( 37 )
第四节 中华人民共和国的制宪 .....	( 46 )
第四章 中国宪法中的人权 .....	( 55 )
第一节 人权与宪法 .....	( 55 )
第二节 人权在中国宪法史上的表述 .....	( 62 )
第三节 中国现行宪法上的人权 .....	( 70 )
第五章 中国宪法中的公民权 .....	( 74 )
第一节 公民权的含义 .....	( 74 )
第二节 公民的平等权 .....	( 80 )
第三节 公民的参政权 .....	( 82 )
第四节 公民的自由权 .....	( 85 )

第五节 公民的财产权 .....	( 95 )
第六节 公民的受益权 .....	( 97 )
第七节 公民权利的救济权 .....	( 103 )
<b>第六章 中国宪法中的国家权力 .....</b>	<b>( 105 )</b>
第一节 立法权 .....	( 105 )
第二节 行政权 .....	( 115 )
第三节 司法权 .....	( 123 )
第四节 监督权 .....	( 137 )
<b>第七章 中国宪法中的地方自治权 .....</b>	<b>( 145 )</b>
第一节 民族区域自治权 .....	( 145 )
第二节 特别行政区的自治权 .....	( 151 )
第三节 居民自治权和村民自治权 .....	( 157 )
<b>第八章 中国的行宪 .....</b>	<b>( 166 )</b>
第一节 宪法的解释 .....	( 166 )
第二节 宪法的修改 .....	( 171 )
第三节 违宪审查 .....	( 180 )

## 第一章 宪法释义

### 第一节 中西“宪法”的词源与语义

现代汉语“宪法”的词形源于中国古代,而词义则是从西方移植过来的,即是对西语 constitution 的翻译。因此,对现代汉语“宪法”意义的认知,应当区分古汉语“宪法”与西语 constitution 的含义。

#### 一、古汉语“宪法”的语义

在中国,据现存汉籍文献可考,“宪法”一语最早见于春秋战国时期汉语典籍。《管子·七法》:“有一体之治,故能出号令,明宪法矣。”《国语·晋语》:“夫守而二心,奸之大者也。赏善罚奸,国之宪法也。”

##### (一)“宪”

古汉语“宪法”中的“宪”,写作“憲”。其本义为“敏”。东汉许慎的《说文解字》解释说:“憲,敏也。从心从目,害省声。”但在古汉籍中,“宪”字的本义不常使用,而用义(即由本义引申出来的含义)使用较多。最为常见的用义有:

1. “宪”作名词,义与“法”同。如《尚书·益稷》曰:“率作兴事,慎乃宪,钦哉。”西汉经学家孔安国注解:“宪,法也。天子率臣下为起治之事,当慎汝法度,敬其职。”《尚书·夏书》曰:“先王克谨天戒,臣人克有常宪。”西汉经学家孔安国注解其义说:“言君能慎戒,臣能奉有常法。”唐朝经学家孔颖达解释说:“传‘言君’至‘常法’。正义曰:王者代天理官,故称天戒。臣人奉主法令,故言常宪。君当奉天,臣当奉君。言君能戒慎天戒也,臣能奉有常法,奉行君法也。”又如,《管子·立政》:“正月之朔,百吏在朝,君乃出令,布宪于国。”“首宪既布,然后可以布宪。”再如,《墨子·尚同下》曰:“国君亦为发宪布令,于国之众。”“天子亦为发宪布令,于天下之众。”

2. “宪”作动词,其义为标表、悬,即有发布、公布之意。如《周礼·天官冢

宰》曰：“乃退以宫刑，宪禁于王宫。”东汉末年经学家郑玄注解：“宪，谓表悬之，若今有新法令云。”唐朝经学家贾公彦解释说：“注‘宪谓’至‘令云’，释曰：凡刑禁皆出秋官。今云宪禁者，与布宪义同。故小宰得秋官刑禁文书，表而悬之于宫内也。”又如，《周礼·秋官司寇》曰：“正岁，帅其属而宪禁令于国，及郊野。”这里的“宪”亦是表悬之义。

3. “宪”作名词，有典范之义。如《毛诗·小雅》：“文武吉甫，万邦为宪。”“之屏之翰，百辟为宪。”

## (二)“宪法”

“宪法”一语在中国古代汉籍的使用并不常见，其使用主要有两种类型：

1. “宪法”作为名词，属于“宪”与“法”同义连辍，即宪就是法之义。但在使用中，有泛指和特指两种情况：常法和先王成法；《淮南子·修务》：“烈藏庙堂，著于宪法，此功之可强成者也。”《艺文类聚·封爵部》：“奉诏之日，且惧且悲。惧于始违宪法，悲于不慎，速此贬退。”

2. “宪法”作为一个动宾词组，即“悬法示人之意”。其依据是“周礼悬法示人曰宪法，后人因谓宪为法”。（《集韵》）但其用例无从获得。

古语“宪法”语词的使用，自春秋战国始至19世纪80年代，伴随今语含义的“宪法”术语的出现而消失。

但需要澄清的是，古代中国仅有“宪法”一语，但并无现代意义上的宪法。汉语古语“宪法”与汉语今语“宪法”的词义有较大差异，它们虽都指称法，但所指称的对象却完全不同。在词义上，古汉语“宪法”与现代汉语“宪法”没有渊源关系，也无“根本大法”之义。

## 二、西方语言 constitution 的词义

现代汉语“宪法”词形虽源于中国古代，但其词义却直接源于西方语言中的 constitution 一词。

constitution 是英语、法语中宪法的词形，皆源自拉丁语 constitutio。constitutio 有多种释义，但主要有三种基本含义：一是在自然意义上使用，指人和事物的体质、组织或构造；二是在社会意义上使用，指国家的政体、体制或制度；三是作为法律用语，特指国王的立法。

从词义上讲，拉丁语 constitutio 与古希腊语 politeia 一词有一定的对应性，在意义上有着密切的关联性。在古希腊，politeia 一词是指城邦的政制和公民生活方式。但这个希腊词汇既不是拉丁语 constitutio 的词源，也不是现代西方 constitution(宪法)一词的词源。现代人们在古希腊的文献中看到的 consti-



tution 或“宪法”,大多是古希腊词汇 politeia 的译词。例如吴寿彭先生在汉译亚里士多德的《政治学》时,有时将 politeia 译为“政体”,有时也在其政体意义上被翻译为“宪法”。

在罗马共和国时期, constitutio 主要作为一个政治词汇使用,指称一种政体或体制。在罗马帝国时期, constitutio 则主要作为专门的法律术语使用,指皇帝的立法或政令。同时,出现了拉丁语 constitutio 与 constitution 相互混用的现象。

在中世纪,教会作为罗马文明保存者,把不少拉丁语词带入了日耳曼王国。他们从拉丁语中借用了 constitution 一词,用此词指称基督教教会或某一特定教区教规。但在中世纪后期, constitution 使用开始世俗化,常常用此指称一个特定政府的立法,与古代的习惯法以示区分。此种含义一直持续到 16 世纪末。

17 世纪之后, constitution 的现代含义逐渐形成,主要是规定国家权力目的、构成、功用和运作方式及其限制条件的成文与不成文的原则和规则的集合。

### 三、现代汉语“宪法”的语源

现代汉语“宪法”一词,是 19 世纪后期的一个译名,对译于英语和法语的 constitution。作为一个译词,“宪法”词义最初是日本人在明治维新时期翻译西方语词 constitution 一词而确定的。

在日本, constitution 一语在江户时代末期自西方传入日本,最初的译名较为混乱,如译成“日本国总制度”、“藩论”、“议事体制”、“政体书”、“国体会议”等。

在明治初年, constitution 较为认同的译名是“国宪”。19 世纪 70 年代有人将其翻译为“宪法”。19 世纪 80 年代,“宪法”作为 constitution 语词的译名开始在日本普及。1882 年 3 月 3 日以后,“宪法”一词作为政府或公共用语而被使用。当时,天皇派伊藤博文赴欧洲考察宪法的诏书第一项称:“应考察欧洲各立宪君治国宪法之渊源及其沿革,观察其现行实况,研究利害得失之所在。”<sup>[1]</sup>

在中国,现代含义的“宪法”术语是 19 世纪后期从日本传入的,作为一个专用术语直接对译西方的 constitution。当时,在外国列强的纷纷入侵和国内

[1] [日]阿部照哉、池田政章等:《宪法:总论篇、统治机构篇》(上册),周宗宪译,中国政法大学出版社 2006 年版,第 3 页。

矛盾日益突出的背景之下,变法维新人士在一定程度上接纳了西方政制和法律思想,特别是对西方政制发展具有决定性意义的宪法情有独钟,纷纷呼吁中国的政制改革,提出开国会、立宪法的举措。至20世纪初年,“宪法”成为中国政治改革风潮中最为重要的语词或概念,被政府和民间广泛使用。而此时,“宪法”一词从一个传统语词转变为一个现代政治法律术语,特指国家或政府组织形式和作用方式的根本大法。并且,将宪法定义为:规定国家的基本组织、人与公民的基本权利义务以及基本国策的根本法。

## 第二节 宪法的性质与地位

### 一、宪法的性质

#### (一) 宪法的公法性

宪法属于公法,这是大陆法系对宪法性质的一般认识。公法是相对私法而言的,是古罗马时期法学家所创立的一种法律性质上的分类。宪法是公法的判断,主要根据宪法的调控对象、内容和施行方式,特别是宪法中所表现出来的“公共”性质。宪法的公法性主要表现在以下几方面:

1. 从利益上说,宪法体现出显著的公共利益性。国家利益,甚至民族的利益在宪法中皆有明确的体现。当然,并非宪法不体现私人或个人利益,它既有私人利益的体现,也有公共利益的体现。

2. 从宪法关系的主体上说,宪法关系的主体至少一方具有公的属性。宪法调整的关系主要包括国家组织或机构之间的关系、中央与地方之间的关系、国家或政府与本国公民之间的关系。这些关系可以分为两类:一是公与公的关系,二是公与私的关系。

3. 从宪法规制的对象上说,宪法是以公权力(职权)为规范的核心。比如公权力的分配、公权力的运作和界限等。

4. 从宪法的内容说,宪法以国家的公共政策为重点之一。从历史来看,18世纪的宪法主要以国家机关的组织和职权与公民的权利义务为基本内容;而20世纪后,各国宪法的主要内容除了这两大内容外,多设有关于基本国策的规定,包括国家的经济、文化、教育、外交和国防等主要公共事务。例如,1949年的《印度宪法》的第四篇就专门规定了“国家政策的指导原则”。此类规定,是20世纪以后宪法的一个重大特色,更凸显了宪法的公法性质。

## (二) 宪法的政治性

一般而言,国家的法律都具有一定的政治性。但与其他法律相比,宪法的政治性更为突出,表现更为显著。因而有西方宪法学家说:“宪法表达了生活在各种政治环境里的人们的主张和理想,并表明所有的国家都坚持一些共同的政治法律原则,尽管在他们之间存在各种冲突和意识形态的分歧。”〔2〕

宪法的政治性主要表现在:

1. 从制宪的目的看,宪法具有特定的政治目的。任何国家任何时期的宪法的创制或修改都反映了特定国家在特定时期的政治愿望,这往往成为制宪者最直接的政治动机。

例如,世界上出现最早的英国宪法,既隐含有大贵族和议会的政治目的,也隐含有君主的政治目的。如1215年的《大宪章》的拟订和签署,大贵族的政治目的是胁迫君主承认国民的权利和自由,以及限制君主的权力;而君主的政治目的则是要获得国民特别是贵族在政治和经济上对自己统治的认可和支支持。以后英国的各部宪法性法律皆是如此。

1789年的《美利坚合众国宪法》在序言中直接表达其立国和制宪的政治目的:“我们美利坚合众国的人民,为了组织一个更完善的联邦,树立正义,保障国内的安宁,建立共同的国防,增进全民福利和确保我们自己及我们后代能安享自由带来的幸福,乃为美利坚合众国制定和确立这一部宪法。”

1791年的《法国宪法》在序言中直述其目的:“任何政治结合的目的都在于保存人的自然的和不可动摇的权利。这些权利就是自由、财产、安全和反抗压迫。”

2. 从宪法产生上看,宪法是各种政治力量竞争的产物。有的宪法是多种政治力量博弈之后妥协的产物。例如,英国宪法产生于贵族、平民和君主力量的竞争与妥协,美国的联邦宪法产生于各种政党力量的竞争与妥协;有的宪法则是在各种政治力量竞争中,取得胜利一方的政治成果,宪法往往就为其政治决断和主张的表达。社会主义国家的宪法皆是如此,如原苏联宪法。有的国家的宪法将其看成政治斗争成果的载体,如1982年的《中华人民共和国宪法》在序言中表明:“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果,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。”

〔2〕 [荷]亨克·范·马尔塞文、格尔·范·德·唐:《成文宪法的比较研究——通过计算机进行的比较研究》,陈云生译,北京大学出版社2007年版,前言第1页。

3. 从宪法的精神看,每个国家的宪法都蕴含和直接表达着特定的政治哲学思想或意识形态。

例如,1793年的《法国共和元年宪法》就表达着18世纪欧洲启蒙运动思想家的政治哲学思想。在“序言”(“人权宣言”)就直接表达出自然权利思想、卢梭的法律乃公意的思想等。如“序言”开篇即言:“法国人民深信忽视与轻蔑人的自然权利乃是人类不幸的唯一原因,所以决定将这些神圣而不可剥夺的权利阐明于庄严的宣言之中,以便全体公民都能不断地把政府的决定同整个社会机构的目标加以比较,从而不受暴政的压迫和凌辱;以便人民经常看见自己的自由与幸福的基础;官吏行使其职责时有准则;立法者行使其使命时有目标。”序言的第3条规定:“所有的人按其本性都是平等的,在法律面前都是平等的。”序言的第4条规定:“法律就是公共意志之自由而庄严的表现;它对于所有的人,无论是施行保护或处罚,都是一样的。”此外,在正文中直接规定的“人民的主权”,就有卢梭“主权在民”的思想影子。

1789年生效的《美利坚合众国宪法》是以1776年美国的《独立宣言》为精神基础制定的。而在《独立宣言》中,卢梭和孟德斯鸠的政治哲学思想得到直接的表达。《独立宣言》宣称:“人人生而平等,每个人都有造物主赋予的不可转让的权利,包括生存、自由和谋求幸福的权利。”在该宪法中,孟德斯鸠三权分立的思想也在一定程度上得到了贯彻。

我国现行宪法中也有充分的意识形态的表达,如在序言中表明:“中国各族人民将继续在中国共产党领导下,在马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论和‘三个代表’重要思想指引下,坚持人民民主专政,坚持社会主义道路,坚持改革开放,不断完善社会主义的各项制度,发展社会主义市场经济,发展社会主义民主,健全社会主义法制,自力更生,艰苦奋斗,逐步实现工业、农业、国防和科学技术的现代化,推动物质文明、政治文明和精神文明协调发展,把我国建设成为富强、民主、文明的社会主义国家。”

4. 从宪法的内容看,宪法具有政治宣言的特性,同时它还规定了国家在特定时期的政治任务和原则。有学者指出:“每部宪法都有政治内容,而没有可以称之为不偏不倚的法律内容的东西,现在这是一个普通的常识。毕竟,每一个国家的宪法都有其意识形态的基础。宪法的内容常常具有政治—法律性质,而这种内容尤其是由意识形态和文化及一国历史和国际标准所决定

的。”〔3〕

例如,法国1791年制定了欧洲大陆第一部宪法典,把1789年在法国大革命中诞生的《人权与公民权宣言》作为该宪法的序言,在该“序言”中宣称:

第1条 在权利方面,人们生来是而且始终是自由平等的。只有在公共利用上面才显出社会上的差别。

第2条 任何政治结合的目的都在于保存人的自然的和不可动摇的权利。这些权利就是自由、财产、安全和反抗压迫。

第3条 整个主权的本原主要是寄托于国民。任何团体、任何个人都不得行使主权所未明白授予的权力。

第4条 自由就是指有权从事一切无害于他人的行为。因此,各人的自然权利的行使,只以保证社会上其他成员能享有同样权利为限制。此等限制仅得由法律规定之。

第5条 法律仅有权禁止有害于社会的行为。凡未经法律禁止的行为即不得受到妨碍,而且任何人都不得被迫从事法律所未规定的行为。

1958年的《法兰西共和国宪法》仍然保留了这种政治性宣言:“法国人民庄严宣告,他们热爱1789年的《人和公民的权利宣言》所规定的,并由1946年宪法序言所确认和补充的人权和国家主权的原則。根据这些原則和人民自由决定的原則,共和国对那些表明愿意同共和国结合的海外领地提供以自由、平等、博爱的共同理想为基础的,并且为其民主发展而设计的新体制。”

社会主义国家的宪法同样具有政治宣言的成分,例如,1924年的《苏维埃社会主义共和国根本法(宪法)》专设一篇即第一篇“苏维埃社会主义共和国联盟成立的宣言”,在其中宣称:“自各苏维埃共和国成立以来,世界各国已分裂为二个阵营:资本主义阵营和社会主义阵营。”“在资本主义阵营里,充满了民族的仇视与不平等,殖民地的奴役与沙文主义,民族的压迫与蹂躏,帝国主义的野蛮和残酷战争。”“在社会主义阵营里则是相互的信任与和平,民族的自由与平等,各族人民的和平共处与友爱合作。”

我国现行宪法的“序言”部分,也具有不少宣示性的政治内容。如宣布革命的胜利与建国:“一九四九年,以毛泽东主席为领袖的中国共产党领导中国各族人民,在经历了长期的艰难曲折的武装斗争和其他形式的斗争以后,终于

〔3〕 [荷]亨克·范·马尔塞文、格尔·范·德·唐:《成文宪法的比较研究——通过计算机进行的比较研究》,陈云生译,北京大学出版社2007年版,第262页。

推翻了帝国主义、封建主义和官僚资本主义的统治,取得了新民主主义革命的伟大胜利,建立了中华人民共和国。从此,中国人民掌握了国家的权力,成为国家的主人。”

此外,不少国家的宪法还明确规定了国家主权、任务和原则。例如,1958年的《法兰西共和国宪法》规定共和国的原则是:民有、民治和民享(第2条)。国家主权:国家的主权属于人民,由人民通过其代表和通过公民投票的方法行使国家的主权(第3条)。

我国现行宪法规定了国家的根本任务是:“沿着中国特色社会主义道路,集中力量进行社会主义现代化建设。”(序言)国家机构的活动原则是:“实行民主集中制的原则”(第3条)。

正是基于宪法所具有的丰富而显著的政治性,宪法往往又被称为“政治法”。它作为一种国家宏观层面的法,是政治生活的规范表达,是政治的法律化。作为“政治法”称谓的宪法,主要基于宪法的政治属性,以及宪法与政治之间的密切关联。<sup>[4]</sup>

## 二、宪法的地位

### (一) 宪法是根本法

宪法是根本法的判断,是基于宪法的性质、作用而对其地位的认定。这个命题可以分解为三个子命题:宪法是国家的根本法,宪法是法律的根本法,宪法是公民的根本法。也就是说,宪法是根本法,可以从三个方面来认识。宪法是根本法的论断,可以从以下四个方面来理解:

1. 宪法是国家的根本规范。从国家意义上讲,宪法是根本法,其根本性表现在宪法规定了一个国家的性质、体制和基本组织及其作用。所以,宪法是一个国家建立的根本准则和立国之道的表征。

2. 宪法是公民权利的根本规范。这是从公民角度将宪法称为根本法的一

[4] 宪法对政治事务的规定以及宪法与国家政治之间的密切关系,宪法学家对此有充分的揭示。如认为:“宪法是有关各种政治事务的总体规定,并用法律的形式表达。”“宪法和政治发展有着千丝万缕的联系,并且宪法构成了政治和法律之间的一种联系。”在论及宪法的组织职能时,他们又说:“宪法确定政治预期。宪法明确地表明,什么样的预期是被承认为合法的,也要表明通过哪些程序才能使这些预期得到承认……宪法确认预期,那就是说,特定的预期是政治活动和行政活动的指导原则。”“宪法用法律术语表达政治愿望。”[荷]亨克·范·马尔塞文、格尔·范·德·唐:《成文宪法的比较研究——通过计算机进行的比较研究》,陈云生译,北京大学出版社2007年版,第263、264~265、309页。

个理由。因为在一个国家中,公共权力组织与公民具有地位和力量的不对等性。拥有权力的一方处于强势地位,而权力的相对人居于弱势,因而常常发生公共权力对人与公民的基本权利自由践踏的现象。为了防范公共权力对人权与公民权的侵害,宪法明确了人与公民的基本权利,成为捍卫人与公民基本权利之基本法。在一个国家中,人与公民的自由权利的保障,关键取决于宪法对国家体制的安排和对其的选取的基本立场。

宪法中关于人与公民基本权利的规定,使政府和公民明知,公民对于国家具有何种权利,国家应当承担何种义务。一方面,宪法中的人与公民的基本权利成了公共权力的界限,意味着公共权力在此止步。宪法对此皆有明确的准则可循,非依宪法或其他所授权法律的规定,不得侵害。另一方面,宪法中公民某些基本权利也是政府的义务,国家对此负有成就和保障的责任。所以,人们常常据此认定:宪法是规定国家与人民相互之间的基本权利义务之法。

3. 宪法是普通法律的根据法。从宪法与普通法律的渊源关系上而言,在大多数国家中,宪法都成为制定其他法律依据。这种根据有直接的,如表述为“根据宪法,制定本法”;也有间接的,主要是宪法的精神和原则实际上成为制定其他法律依据。

4. 宪法是最高效力之法。一般而言,一个国家的法律体系都存在一个效力的等级体系。而在这个等级体系中,宪法往往居于顶端。宪法效力的最高性,一方面源于宪法所规定事项的重要性。另一方面源于宪法创制的特殊性,即“人民制宪”这一基本理念。

宪法效力的最高性,主要体现在:

(1) 在一国法律体系中,宪法居于核心地位,其他法律法规都不得与宪法相抵触,任何违背宪法的法律法规无效。在不少的国家宪法中,皆有相应的明确规定。例如:

现行的《日本国宪法》(1946年11月3日公布,1947年5月3日施行)第98条规定:“本宪法为国家的最高法规,与本宪法条款相违反的法律、命令、诏敕以及有关国务的其他行为的全部或一部,一律无效。”

1975年的《希腊共和国宪法》第111条第1款规定:“任何法律或行政法规的任何条款如同宪法相抵触,则自它们生效之日起作废。”

1993年《俄罗斯联邦宪法》第15条第1款规定:“俄罗斯联邦宪法具有最高的法律效力和直接的作用,适用俄罗斯联邦全境。俄罗斯联邦所通过的法律和其他法律文件不得同俄罗斯联邦宪法相抵触。”

我国现行《宪法》第5条第3款规定:“一切法律、行政法规和地方性法规

都不得同宪法相抵触。”宪法效力的最高性是相对于其他法律而言的,有人将宪法的效力高于普通法律也称为宪法的至上性。

(2) 宪法是国家一切组织和个人活动的根本准则,任何行为都不得违反宪法的规定。宪法是一切组织和个人的根本活动准则,在一些国家的宪法中有明确的表达。例如:

日本现行《宪法》第 99 条规定:“天皇或摄政以及国务大臣、国会议员、法官以及其他公务员均负有尊重和拥护本宪法的义务。”

我国现行《宪法》第 5 条规定:“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。”“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”

## (二) 宪法是“母法”

宪法是“母法”,是中国社会对宪法的一种称谓,早在清末就已经出现,一直使用至今。“母法”是相对“子法”而言的,表述的是一种法律与另一法律的渊源关系。在同一法律体系中,宪法被称为母法,其他法律被称为子法,是采用比喻的修辞方法形象地表达宪法和普通法律之间的关系。

“根本法”强调宪法规定内容的根本性、宪法规范具有最高法律效力,而“母法”强调宪法是其他法律的制定依据。宪法是“母法”,一般法律是“子法”,是国人理解宪法与普通法律关系的一种基本学说;但在宪法和普通法律文本中,并未使用“母法”、“子法”这样的法律术语。

在我国,宪法是其他法律的立法根据,在大多数法律的文本中,都有直接的表达,即类似“根据宪法,制定本法”的规定。例如:

我国现行《刑法》第 1 条规定:“为了惩罚犯罪,保护人民,根据宪法,结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况,制定本法。”

2007 年生效的《中华人民共和国物权法》第 1 条规定:“为了维护国家基本经济制度,维护社会主义市场经济秩序,明确物的归属,发挥物的效用,保护权利人的物权,根据宪法,制定本法。”

2006 年生效的《中华人民共和国公务员法》第 1 条规定:“为了规范公务员的管理,保障公务员的合法权益,加强对公务员的监督,建设高素质的公务员队伍,促进勤政廉政,提高工作效能,根据宪法,制定本法。”

2000 年生效的《中华人民共和国国家通用语言文字法》第 1 条规定:“为推动国家通用语言文字的规范化、标准化及其健康发展,使国家通用语言文字在社会生活中更好地发挥作用,促进各民族、各地区经济文化交流,根据宪法,制定本法。”



### 三、宪法的功能

#### (一) 宪法是国家组织之法

从宪法具有的特殊功能而言,宪法是国家组织之法。宪法被称为国家组织之法,主要因为宪法在组织国家实体中担负着特殊使命。自近现代民族国家形成以来,宪法是建立和结构民族国家的重要根据,具有确立建国的精神原则、机构的设置、制度的安排等重要功能。正是在此意义上,人们将宪法看成现代国家形成的重要标志。宪法在国家组织方面的功能主要表现在:

1. 宪法确立了建国的目的、原则和体制。现代国家的建立,都具有明确的目的、价值和体制安排,并将其规定于宪法之中,宪法就成为建国和立国的准则。

有的国家宪法确立了建国目的。例如,具有建国功能的《美利坚合众国宪法》,在它的序言中明确规定其国家的目的:“我们美利坚合众国的人民,为了组织一个更完善的联邦,树立正义,保障国内的安宁,建立共同的国防,增进全民福利和确保我们自己及我们后代能安享自由带来的幸福,乃为美利坚合众国制定和确立这一部宪法。”

有的国家的宪法还确立了组织国家的原则。例如,1958年的《法兰西共和国宪法》第1条规定:“共和国和依自由决定的行为通过本宪法的海外领地的人民组成共同体。”“共同体建立在组成共同体的人民平等和团结的基础之上。”第2条规定:“共和国的原则是:民有、民治和民享的政府。”

有的国家的宪法将国家的体制和国家的价值确立在宪法之中。例如,1993年的《俄罗斯联邦宪法》确定了俄罗斯联邦的国家体制,在它的第1条规定:“俄罗斯联邦——俄罗斯是具有共和制政体的民主的、联邦制的法治国家。”又如,1978年的《西班牙王国宪法》第1条第1款规定:“西班牙是一个法制社会和民主的国家,维护自由、正义、平等和政治多元化为其法律秩序的最高价值。”第3款规定:“西班牙的政体是议会君主制。”

2. 宪法确立了国家的组织结构。在现代国家中,国家的组织结构大多由宪法规定,并且在宪法中占有大量的篇幅。例如,美国联邦宪法的核心内容就是规定联邦立法、行政和司法三大机构的组织和职权。1975年的《希腊共和国宪法》在第三编“国家的组织和职能”中,规定了国家的四大机构:议会、共和国总统、政府和法院。我国现行宪法专设“国家机构”一章,国家组织的结构体系是:“全国人民代表大会”、“中华人民共和国主席”、“国务院”、“中央军事委员会”、“地方各级人民代表大会和地方各级人民政府”、“民族自治地

方的自治机关”、“人民法院和人民检察院”。

3. 宪法确立国家的区划结构。大多数国家的宪法,都确立了国家的区划结构。例如,1993年通过的《俄罗斯联邦宪法》第5条第1款规定:“俄罗斯联邦由共和国、边疆区、州、联邦直辖市、自治州、自治区——俄罗斯联邦的平等主体组成。”第3款规定:“俄罗斯联邦的联邦结构建立在它的国家完整、国家权力体系统一、在俄罗斯联邦国家权力机关和俄罗斯联邦主体的国家权力机关之间划分管辖对象和职权、俄罗斯联邦各民族平等与自决的基础上。”1978年的《西班牙王国宪法》第137条规定:“国家按地区由市镇、省和自治区组成。所有这些单位在治理其各自事务中均享有自主权。”

我国现行《宪法》第30条确立了中华人民共和国的行政区域划分的结构为三级:(1)全国分为省、自治区、直辖市;(2)省、自治区分为自治州、县、自治县、市;(3)县、自治县分为乡、民族乡、镇。

## (二) 宪法是权力之法

宪法以权力调控为主要对象,明确规定了国家权力的所属、配置和限制,因此人们将其称为权力之法。宪法是权力之法,主要是基于宪法对权力的调整和控制功能而言的。<sup>[5]</sup> 宪法以权力调控为重心,是各国的宪法的共性,它在各国的宪法中都具有重要的地位。

1. 宪法对国家权力所属的明定。现代宪法将国家权力所有者和行使者进行了分离,将国家权力归属于人民,然后将此进行了分解,分别授予不同的国家机关专门行使。国家权力属于人民所有,在各国的宪法皆有体现。

例如,现行的《法兰西共和国宪法》第3条规定:“国家主权属于人民,由人民通过其代表和通过公民投票的方法行使国家主权。”1947年颁布的《意大利共和国宪法》第1条规定:“主权属于人民,人民在宪法所规定的形式和范围内行使主权。”

我国现行《宪法》第2条规定:“中华人民共和国的一切权力属于人民。”“人民行使国家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。”“人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。”

[5] 西方学者指出:“宪法所涉及的领域非常广泛——政府机构——立法机关、行政机关、司法机关及它们之间的权力分配,以及为保证个人或团体在种族、宗教、语言或人种方面的权利而对政府权力所施加的必要限制。”[英]米勒、波格丹诺主编:《布莱克维尔政治学百科全书》,邓正来等译,中国政法大学出版社2002年版,第180页。

宪法确立国家权力属于人民,既是国家权力合法性和正当性的宣示,也是规制国家权力在行使中的目的性,即为人民谋福利。只有以人民的意志和利益为根据的权力,才具有合法性和正当性。<sup>[6]</sup>

2. 宪法对国家权力的配置。对国家权力的配置,是宪法的一个重要功能,在各国宪法中都有充分的体现。宪法对国家权力的配置主要包括国家权力的横向配置和纵向配置。横向配置即是将国家权力分解为多种不同性质的权力,然后分别配置给不同的国家机构。国家权力的纵向配置,是指中央与地方之间的权力分配。

从权力的横向配置来看,现代宪法主要确立了“三权”配置模式和“五权”配置模式。三权配置模式即宪法将国家权力分解为立法权、行政权和司法权,分别配置给三个机构行使。从世界范围看,当今多数国家的宪法都采用立法、行政和司法三权的分配安排,即设置享有立法权的立法机构、行使行政权的行政机构和享有司法权的法院。

例如,美国联邦宪法在横向上对国家权力进行了三权分立的划分与配置。《美利坚联邦宪法》第1条第1款规定:本宪法所规定的立法权,全属于合众国的国会。第2条第1款规定:行政权赋予美利坚合众国总统。第3条第1款规定:合众国的司法权属于最高法院和国会规定和设立的下级法院。

1919年颁布的《芬兰共和国宪法》也对国家权力进行了三权配置,在其第2条规定:立法权由议会和共和国总统共同行使。最高行政权授予共和国总统。司法权由独立的法庭行使,最终审判权由最高法院和最高行政法院行使。

1975年的《希腊共和国宪法》将国家的三大权力即立法权、行政权和司法权分别配置给三个国家机构。第26条第1款规定:“立法权属于议会和共和国总统。”第2款规定:“行政权属于共和国总统和政府。”第3款规定:“司法权属法院,司法审判权以希腊人民的名义行使。”

在中华民国时期,1946年制定的《中华民国宪法》对国家权力进行了二级配置。一级是将国家权力分为政权和治权,二级是将治权进行了“五权”配置,即将国家权力分立为立法权、行政权、司法权、监察权和考试权,分别配置给总统、立法院、行政院、司法院、监察院和考试院。

---

[6] 萨托利指出:“权力属于人民是建立一条有关权力来源和权力合法性的原则。这意味着只有真正自下而上授予的权力,只有表达人民意志的权力,只有以某种得以表达的基本共识为基础的权力,才是正当的权力。”[美]乔·萨托利:《民主新论》,冯克利、阎克文译,东方出版社1993年版,第38页。

从国家权力的纵向配置来看,各国宪法的规定差异较大。但归纳起来主要有中央集权式的权力配置和地方自治式的权力配置。前者的特点是中央的权力过大,地方的权力狭小;中央权力对地方权力有严格的控制;地方所行使的权力由中央授予,地方仅有少量的自治权。后者的特点是:中央与地方的分权较为彻底,地方拥有高度的自治权。

3. 宪法对国家权力的限制。对国家权力的限制是宪法最基本的功能,在当今宪政国家的宪法中体现得尤其充分。当宪法将一种国家权力授予一个国家机关的同时,也给予了相应的限制,体现于宪法对国家权力行使的目的、原则、方式和限度的控制。<sup>[7]</sup>从各国的宪法规定来看,宪法对权力的限制主要表现在:

(1) 宪法设置国家权力的范围和边界。在宪法中,任何国家权力都有范围和边界,各国宪法都对行使国家权力的范围和界限有明确的规定。任何超过其规定范围和边界的权力行使,均属非法。

(2) 宪法规定了国家权力行使的禁止性事项。如美国联邦宪法规定,国会行使立法权时,“不得通过任何褫夺公权的法案或者追溯既往的法律”。美国宪法第1条修正案规定:“国会不得制定关于下列事项的法律:确立国教或禁止信教自由;剥夺言论自由或出版自由;或剥夺人民和平集会和向政府请愿申冤的权利。”

(3) 宪法设立了行使权力的例外情形或附加条件。如法国现行宪法规定,总统虽有解散国民议会的权力,但在共和国总统行使非常权力期间,不得解散国民议会。总统有宣战的权力,但宣战必须经议会批准。又如,1923年《中华民国宪法》第84条规定:“大总统经国会之同意得宣战;但防御外国攻击时,得于宣战后请求国会追认。”第85条规定:“大总统缔结条约,但媾和及关系立法事项之条约,非经国会同意,不生效力。”

### (三) 宪法是权利之法

宪法被称为权利之法,可以通过以下四个方面的意义来理解:

1. 从宪法产生的根源上讲,宪法源于权利。也就是说,宪法是人们在为权利而斗争中形成的一种法律形式。就宪法的产生而言,保障人权是宪法产生的原始动因。近现代意义上的宪法是国民向君主争取个人权利与自由的结

[7] 如潘恩认为:“宪法对政府的关系犹如政府后来所制定的法律对法院的关系。法院并不制定法律,也不能更改法律,它只能按已制定的法律办事;政府也以同样的方式受宪法的约束。”《潘恩选集》,马清槐等译,商务印书馆1981年版,第146页。

果。国民在与君主争取权利的过程中,将获得认可的权利,用一定法律文件表达和记载下来,这个法律文件就是后来我们所称的宪法。宪法成为国民权利确认和巩固的形式,因而宪法被称为公民基本权利的保障书。

宪法产生的历史表明,权利诉求是宪法产生的动因。人类最早的宪法是英国的不成文宪法,它诞生于贵族和平民与君主的权利斗争之中。例如,1215年的《大宪章》就是人民主张和捍卫自己权利而出现的一个具有宪法性质的法律文本。

在中世纪英国,封建制使国王与贵族之间形成和维持着一种双向契约关系。1199年至1215年间,国王约翰为增加政府财力和筹集军费,提高征税标准,引起贵族和市民的不满。特别是在欧洲大战中,约翰的军队多次失败,使英国遭受屈辱,从而导致国内群情激愤。1214年,一批贵族以约翰国王未能保护封臣和王国的利益为由,发动大规模的反叛,使国王处于内外交困之中。于是,1215年6月15日,约翰和大贵族聚集一地,贵族代表向他递交一份文件。由约翰与25名贵族代表签字生效,这就是著名的《大宪章》。《大宪章》将国民的权利要求以条文的形式表达出来,如订明:“未经合法裁决和本国法律的审判,不得将任何人逮捕监禁,不得剥夺其财产,不得宣布其不受法律保护,不得处死,不得施加任何折磨……”

1679年5月,英国国会通过的《人身保护法》,也源于人民的权利要求。因为当时国王及臣属权力增大,任意迫害反政府人士,为了争取和实现反政府暴政的权利,议会通过了《人身保护法》。它的目的是限制国王的专横行为,使其不得任意处置反政府人士,以此来保障人民的人身自由。1689年通过的《权利法案》,同样产生于国民的自由权利诉求,成为限制王权的宪法性文件。

后来,美国宪法、法国宪法等各国宪法的产生,大多基于人民权利的主张和要求。美国《独立宣言》中的自由权利宣告,催生了美国联邦宪法;法国的《人权与公民权宣言》,成就了18世纪后期的法国宪法。该宣言第16条规定:“凡权利无保障和分权未确立的社会,就没有宪法。”

2. 从宪法的价值上讲,宪法也称为权利之法。因为人与公民的权利自由是宪法最核心的价值。宪法的这一价值,在西方世界不仅表现在宪法创制的过程中制宪者的目的上,也表现在宪法文本中的“权利清单”上。

例如,1791年《法国宪法》第2条规定:“任何政治结合的目的都在于保存人的自然的和不可动摇的权利。这些权利就是自由、财产、安全和反抗压迫。”如1993年《俄罗斯联邦宪法》在序言中首先表明该宪法的目的在于:“确认人的权利和自由、公民和睦与和谐”。接着在宪法的第2条规定:“人、人的

权利与自由是最高价值。承认、遵循和捍卫人与公民的权利和自由是国家的义务。”

3. 从宪法的功能上讲,宪法被称为权利之法。宪法对人和公民权利保护具有根本性地位和特殊功能。对大多数国家的宪法而言,它不仅具有保障权利的功能,也起到实际的社会作用。从产生之日起,宪法就肩负着不同于普通法律的历史使命:负责抵制公共权力对个人权利的侵犯。

4. 从宪法的内容上讲,大多数国家的宪法典对人和公民的权利进行专门详尽地规定。有的专设一章,有的专设一篇。如1993年《俄罗斯联邦宪法》第二章规定了“人和公民的权利与自由”,1949年的《德意志联邦共和国基本法》第一章专门规定了“基本权利”。

首先,大多数国家的宪法都对人权和公民权利进行认可和表达,有的还详细罗列了人和公民应当具有的权利。正因如此,列宁说:“宪法是一张写着人民权利的纸”。比如,1791年的《法国宪法》的第一篇“宪法所保障的基本条款”规定:“宪法保障下列的自然权利和公民权利”有平等权、自由权、财产权、政治权利和获得国家帮助的权利等。1949年的《印度宪法》在第三篇“基本权利”中确立了平等权、自由权、反剥削权、文化教育权等,并规定:“国家不得制定任何法律剥夺或侵削本篇给予之权利;任何与本篇抵触之法律,在其抵触之范围内为无效。”

其次,宪法还对人权和公民权利的限制进行了严格的规定。一般而言,宪法规定的权利界限,往往以他人的权利、宪法禁止和基本道德为准则。如1975年的《希腊共和国宪法》第5条第1款规定:“每个人都有自由地发展个性和参加国家的社会、经济、政治生活的权利,但以不侵犯他人的权利、不违反宪法和道德准则为限。”1993年《俄罗斯联邦宪法》在充分列举了人和公民的权利与自由之后,也对其进行了限制。比如第55条第3款规定:“人和公民的权利和自由,只能在捍卫宪法制度基础、他人的道德、健康、权利和合法利益、保证国防和国家安全所必须的限度内,由联邦法律予以限制。”第56条第1款规定:“在为保证公民安全和捍卫宪法制度、根据联邦宪法性法律实行紧急状态的情况下,可以在指明限度及其有效期限的同时对权利和自由规定某些限制。”对特定权利的限制方面,如1975年的《希腊共和国宪法》第11条第1款规定:“一切希腊公民均有不携带武器和平地举行集会的权利。”

但多数国家宪法在規定对公民权利限制的时候,也规定了明确要求。如1949年的《德意志联邦共和国基本法》第19条第1款规定:“根据基本法,某一基本权利可以受法律限制或依法予以限制。就此而言,这种法律必须普遍

适用而不仅仅适用于个别情况。此外,该法律应具体列出所限制的基本权利,指出个别条款。”

最后,有的国家的宪法还规定人权和公民权利丧失的情况。例如 1949 年的《德意志联邦共和国基本法》第 18 条规定:“凡滥用言论自由,尤其是出版自由、讲学自由、集会自由、结社自由、书信、邮件与电讯秘密、财产权或庇护权,以攻击自由、民主之基本秩序者,应剥夺此等基本权利。此等权利之剥夺及其范围由联邦宪法法院宣告之。”

### 第三节 宪法与宪政

#### 一、宪政的含义

宪政是 18 世纪以来西方社会发展起来的一种国家的政治体制或政体,即是以个人自由权利为最高价值的宪法所构造的一种配置和限制国家权力的政治体制或政体。

宪政是一个西方的政治法律概念,在西方政治法律思想史上,宪政是指一种主张以宪法体系约束国家权力、保障公民权利的体制。这种体制要求政府所有权力的行使都纳入宪法的轨道,并受宪法的制约。17 世纪以来的英国,18 世纪以来的美国以及 20 世纪以来的西方国家的政治体制都被称为宪政。

在西方,宪政是一个具有特定内涵的概念。从字面或形式上理解,宪政就是宪法政治,或者是依据宪法建立起来的政治体制。但从实质意义上理解,宪政是以人和公民权利为根本目的建构一种规范权力的体制。因此,宪政具有特定的规定性:

1. 宪政是一种权力控制型的政体或政治体制。作为一种政体,它不是从政治主体或权力主体上确立的政体类型(从主体上确立的政体有如君主政体、贵族政体、民主政体),而是从权力安排和运作方式上确立的政体类型。所以说,宪政与民主政治不同,民主政治是从权力所有方面来认定的,即国家权力属于人民拥有的政治。宪政则是从国家权力的分配和控制方面来认定的,即国家权力根据宪法分配和限制其运作的政治体制。

2. 宪政是根据限制政治权力的宪法建构起来,即有效约束权力越轨的一种政治体制。因此,宪政不能简单理解为“宪法政治”,即依据宪法建立起来的政治体制。因为当代世界各国的体制几乎都是依据宪法建立起来的,但其中很多国家的体制都不是宪政。其缘由是:不少国家的宪法是非宪政的宪法,

甚至是反宪政的宪法。所以,西方学者常常将宪政定性为“限政”。

3. 宪政在本质上是反对专制的。宪政是西方近代以来确立的一种与专制相对立的政体形式。宪政与专制不能兼容,有专制,必无宪政;有宪政,必无专制。

## 二、宪法与宪政的区别和关系

### (一) 宪法与宪政的区别

宪法与宪政指称的是两种不同的政治法律现象,它们既有区别也存在一定的联系。就其区别而言,主要表现在:

1. 在存在方式上,宪法与宪政不同。宪法是规范,宪政是实际的政治模式。一般而言,宪法是一个规范体系,它是主要以宪法典、宪法性法律、宪法惯例、宪法解释例和宪法判例构成的规范体系。宪政则是大多数国家按照宪法规范体系已经建构起来的政治结构和运作方式。据此,我们认为,宪法主要是一个规范概念,宪政则是一个宪法实践性的概念。

2. 在目的性上,一些国家的宪法与宪政不同。在不同国家,宪法的目 的不尽相同,但大多数国家的宪法是以个人和公民的权利自由为根本的目的,也有一些宪法未必以此为根本目的。从经验来看,一些国家的宪法的主要目的可能是建立一种新的统治模式。所以,西方学者认为,当一部宪法是以保障个人自由为目的的“保障性宪法”,并能够得到有效施行和维护的时候,施行这样的宪法才能称为宪政。<sup>[8]</sup>

3. 在功能上,一些国家的宪法与宪政不同。大多数国家的宪法与宪政具有功能上的同一性,但也存在一些宪法的功能与宪政相异的现象。从经验而言,有的宪法的主要功能是新政权的象征和建构一套新的统治模式,宪法主要是处理国家政治事务的手段或工具。

据此我们可以断定:有宪法未必有宪政,根据宪法确立的政治即宪法政治,未必就是宪政。

### (二) 宪法与宪政的关系

从宪法与宪政的历史发展来看,宪法与宪政也存在一定的联系。然而,宪法与宪政的关系不能一概而论。从现实来看,宪政国家或者已经确立宪政目标的国家,宪法与宪政具有密切的联系;而一个未确立宪政目标的国家,宪法

[8] [意]C. 萨托利:“‘宪政’疏议”,晓龙译,载《市场逻辑与国家观念》,三联书店 1995 年版,第 114 - 120 页。



与宪政并不必然的联系,甚至并不排除宪法具有反宪政的功能。

从宪政国家或者已经确立宪政目标的国家来看,对于宪法与宪政的联系,我们可以从以下几个方面来理解:

1. 宪法是宪政的根据。宪政是根据宪法建立起来的政治结构和政治体制,它主要根据制宪者的目的、宪法的原则和规范。因此,宪法对宪政具有制约关系,要求宪政与宪法具有根本目的、价值取向和内容上的一致性。

2. 宪政是宪法实践的结果。从一般意义上讲,宪法是一套法律规范,是一个国家政治设计的“图纸”,而将这套规范,或者国家设计的“图纸”在一个国家中被严格实施之后所形成的政治模式就是宪政。在此意义上说,宪政是宪法实施的结果,或者说,宪政是实现了的宪法。有什么样的宪法,就有什么样的宪政。

3. 宪政的发展也往往引起一个国家宪法的变迁。在宪政的发展过程中,因社会、经济或政治等因素的变化,宪政往往会在内容和方式上做出必要的应对,从而引起宪法的重新制定或修改。

#### 延伸阅读

1. [英]K. C. 惠尔:《现代宪法》,翟小波译,法律出版社 2006 年版。
2. [美]马克·图什内特:《宪法为何重要》,田飞龙译,中国政法大学出版社 2012 年版。
3. [英]W. I. 詹宁斯:《法与宪法》,侯健译,生活·读书·新知三联书店 1997 年版。
4. [荷]亨克·范·马尔塞文、格尔·范·德·唐:《成文宪法的比较研究——通过计算机进行的比较研究》,陈云生译,北京大学出版社 2007 年版。

#### 问题思考

1. 宪法为何被称为立国之法?
2. 宪法为何被称为“权利的宣言书”?
3. 如何理解宪法是限制权力之法?
4. 宪法应当如何限制人权和公民权利?
5. 有宪法的国家就是宪政国家吗?

## 第二章 宪法的渊源与构成

### 第一节 宪法的渊源

宪法渊源是指宪法规范的表现形式。由于本国的具体情况不同,各国的宪法渊源也不尽相同。概括起来,宪法主要有以下渊源:宪法典、宪法解释、宪法性法律、宪法惯例、宪法判例。

#### 一、宪法典

宪法典是国家制宪机关按照特殊的制宪程序制定的、集中规定宪法规范、效力高于普通法律、修改程序严格于普通法律的法律文件。在成文宪法国家,宪法典是宪法规范最主要的表现形式,在不成文宪法国家则不存在宪法典。

宪法典具有以下特点:

1. 内容的明确性。宪法典经过专门的制宪程序和立宪技术加工,法律用语规范,意思表达准确,因而规范性和指导性较强,便于执行和监督。
2. 效力的最高性。除少数柔性宪法外,宪法典的效力高于普通法律,因而有助于维护宪法权威,也便于宪法规范的有效实施。
3. 程序的严格性。制定和修改宪法的程序比普通法律严格,因而其稳定性较强,保证了宪法的严肃性。
4. 结构的完整性。宪法典是制宪者意愿的表达,内容层次分明,篇章条款排列有序,完整地规定一个国家的性质、结构、人与公民的权利和各项政治制度。

为了让宪法典保持稳定,同时又能适应社会的变化,宪法修正案应运而生。宪法修正案是修宪机关不直接改动宪法文本的规定,对宪法典不适用的内容进行修改,新修改的内容一般按照修改时间另起序号附在原宪法典之后,成为宪法典的组成部分,与宪法典具有同等效力。例如,美国于1791年通过了10条宪法修正案(即《权利法案》)。

1982年12月4日第五届全国人民代表大会第五次会议通过了《中华人民共和国宪法》(以下简称现行宪法或1982年宪法),其后又分别于1988年、1993年、1999年和2004年通过了31条修正案。历次修正案均刊载于原宪法文本之中,已成为宪法典的一部分。宪法典是我国宪法的主要渊源。

## 二、宪法解释

宪法解释是指宪法解释机关按照一定的程序对宪法条文的含义及其适用范围等所作的具有法律效力的说明。它包括两种情况:一是独立性的宪法解释决议;二是在违宪审查过程中为了判断法律是否合宪而对宪法所作的解释。宪法解释是宪法规范的一种补充形式,

宪法解释具有以下特点:

1. 在内容上,宪法解释是对个别宪法条文的含义和适用范围的说明,或者对宪法条文之间相互界限的判定,或者对特定宪法条文蕴涵的宪政精神的发掘以产生普遍的法律效力。

2. 在形式上,宪法解释不变更宪法条文,而是发掘隐含在原条文中的意义和精神。

3. 在效力上,宪法解释是国家有权机关的法定行为,因而具有法律效力。

4. 在作用上,宪法解释一是明确宪法的内在含义,二是推出具体的宪法规则,三是根据宪政精神赋予原条文新的含义,以保证宪法的实施。

我国宪法明确规定,全国人大常委会有权解释宪法。因此,全国人大常委会的宪法解释是我国宪法的渊源。

## 三、宪法性法律

宪法性法律是指国家立法机关按照普通立法程序制定的调整宪法关系内容的法律。其包括两种情况:一是成文宪法国家有关调整宪法关系内容的法律,如我国的《中华人民共和国全国人民代表大会组织法》和《中华人民共和国立法法》;二是不成文宪法国家立法机关制定的调整宪法关系内容的法律,如英国的《1911年议会法》和《1998年人权法》。<sup>[1]</sup>

[1] 对于英国这样的不成文宪法国家的情况,通说中所谓“宪法性法律”,严格而言,应该表述为“宪法性制定法”(constitutional statute)。因为在英国法中,“法律”(law)包括“制定法”(statute)和“判例法”(case law)两种。既然将宪法判例单独作为一种宪法渊源对待,那么这里“立法机关制定的调整宪法关系内容的法律”即是“宪法性制定法”。

宪法性法律具有以下特点:

1. 由立法机关按照普通立法程序制定,效力与普通法律相同。
2. 内容是对宪法典的延伸或者对宪法原则的具体化,是对宪法内容的某些方面进行专项立法。

在不成文宪法国家,宪法性法律是宪法渊源。在成文宪法国家,宪法性法律是否属于宪法渊源,学术界存在争议。赞成者认为,宪法性法律在内容上是对宪法典的延伸或者对宪法原则的具体化,应视为宪法规范的一种表现形式。反对者则认为,任何法律在内容上都是宪法典的延伸,难以区分是否是宪法性法律;而且宪法性法律的效力与普通法律相同,不具有最高法律效力这一基本特征,因而不能认为是宪法渊源。

我国主流观点认为,宪法典多为原则性或概括性的规定,在实施中需要法律给予阐明和补充,而且宪法性法律涉及国家基本制度或公民基本权利义务,如选举法、国家机关组织法等,应视为宪法渊源。

#### 四、宪法惯例

宪法规范并不一定以法律文书的形式表现出来,即它们既不表现在制定法之中,也不表现在司法判决之中,但这些规范却在政治实践中得到普遍认可和遵守。对于这些规则,宪法学者起过的名字五花八门:习惯、默示协议、不成文的宪法准则、宪法道德等。经过长期的使用,戴雪的称谓(即“宪法惯例”)现已得到公认,因此本教材也予以采用。戴雪把广义的宪法规则分为两类,一是宪法性法律,即由法院实施的规则,二是宪法惯例,即不由法院实施的规则。现在通常所讨论的宪法惯例就是法律和惯例二分的意义进行的。概括来讲,宪法惯例是一种主要在实践中形成的为国家机关、政党及人民普遍遵循的不成文的政治行为规范。

在不成文宪法国家,宪法惯例与宪法性法律相配合,在宪法规范的实施过程中发挥着重要作用。比如,现代英国宪法中的许多领域都是由惯例来调整的,因而形成了大量宪法惯例,包括但不限于:国王特权必须由大臣行使;国王不得拒绝批准议会两院通过的法律;国王必须提名大选后获胜的议会多数党领袖为内阁首相;议会必须每年召开一次;内阁若被议会投不信任票必须辞职;内阁集体对议会负责。但是,成文宪法国家也有宪法惯例。美国在1951年通过宪法修正案之前,总统连续任职不得超过两届即是典型例证。在法国,也形成了总统必须任命反对联盟领袖出任总理这样的共治惯例。

宪法惯例的意义在于,它们充实和丰富了空洞的法律框架,使宪法得以实

施,并使宪法与当时的宪法思想尽量保持一致。有学者将其比喻为宪法实施的“润滑剂”。就其总的特征而言,宪法惯例决定了宪法在实践中发挥作用的方式,事实上是宪法发展的动力;而且它们是用来确保宪法在实践中符合当时流行的宪法思想。不过,这里有一个限制条件,即惯例必须以法律作为前提条件,换言之,惯例都是围绕和依赖法律发展起来的。

具体而言,宪法惯例具有以下特点:

1. 宪法惯例没有法律文书表现形式,但是可以书面总结出来。
2. 宪法惯例的内容涉及国家基本制度,实际发挥着宪法的作用。
3. 宪法惯例不具有司法上的适用性,其约束力主要来自政治道德。
4. 违反宪法惯例的行为不构成违法,但可能带来政治危机。

宪法惯例在国家政治生活中,主要发挥以下作用:(1)弥补宪法缺陷。宪法或者宪法性法律一般具有僵化的缺陷,惯例通过补充或者修改法律,能够使僵化的法律符合日益变化的社会需要和日益变化的政治思想。(2)促成政治行为者之间的合作。政治需要合作,而法律规则本身不能单独地促成合作,惯例则可以协调政党之间,各国家机关之间的工作,缓解它们之间明显的冲突,进而增进民族福祉。

根据英国宪法学者詹宁斯的理论和我国台湾学者陈慈阳的总结,一个政治习惯是否确立为宪法学上的惯例,取决于三个标准:一是时间因素,即该习惯必须持续一段时间,且反复运用;二是主观因素,即政治行为者是否相信他们受着该习惯规则的约束;三是客观因素,即该习惯本身以法规范的形式存在。

按照我国宪法学的通说,我国在长期的政治实践中也逐渐形成了一些宪法惯例,成为我国的宪法渊源。例如,我国修改宪法多由中国共产党中央委员会向全国人大常委会提出修改宪法的建议,再由全国人大常委会向全国人大提出正式的宪法修正案。又如,全国政协委员集体列席全国人大全体会议。

## 五、宪法判例

宪法判例是指法院在宪法争议案件中作出的具有一定约束力的判决。在普通法系国家,最高法院、上级法院的判决因是下级法院审理同类案件的依据而形成判例。宪法判例是普通法系国家宪法规范的组成部分。在大陆法系国家,法院的判决必须符合法律的规定,判例没有约束力,一般不是法律渊源。

宪法判例具有以下特点:

1. 宪法判例是最高法院、上级法院在审理案件时所形成的判决,对下级法

院审理同类案件有约束力。

2. 宪法判例是法院在宪法没有明确规定的情况下就有关的宪法问题所作出的判决,或者基于对宪法的解释而作出的判决。

3. 宪法判例的效力只适用于同类案件,一般不具有普遍约束力。

由于我国尚未承认判例是法的渊源,又未确立宪法诉讼制度,因此宪法判例不是我国宪法的渊源。

国际条约是国际法主体之间就某一事项中各自的权利义务所缔结的书面协议。遵守和奉行已经签订的国际条约是一项通行的国际法准则。各国在宪法上通常规定“诚实履行国际条约原则”,但我国宪法没有明文规定这一原则,也没有明确规定国际条约在法律体系中的地位。不过,我国宪法规定了“和平共处五项原则”,充分表明我国是诚实履行与他国签订的国际条约中所承担的义务的,只是这种义务通常转化为国内立法予以适用,或者在法律适用中优先适用国际条约(如我国《民事诉讼法》第236条的规定)。按照通说,国际条约不属于我国的宪法渊源。

此外,在一些国家中,全民公决的决议、宪法学家的经典著作也被视为宪法的渊源,但我国未予以承认。

## 第二节 宪法的分类

宪法分类是根据不同的标准,将宪法划分为不同的种类。对宪法进行分类,有助于认识和了解各种宪法的特点以及对宪法进行比较研究。

### 一、成文宪法与不成文宪法

成文宪法与不成文宪法的划分,是以是否具有统一的法典形式为标准进行的分类。因此,有时又称为成典宪法与不成典宪法。

成文宪法是指由统一完整的书面法律文件构成的宪法。由于成文宪法是由制宪机关(有时即议会)或个人(君主、国王、皇帝)在一定时期特别制定的法律文件,所以又称制定宪法。1787年美国宪法是世界上第一部成文宪法,现在绝大多数国家的宪法都是成文宪法。成文宪法具有规范明确、条文系统、便于执行和监督的优点,但缺乏适应性和灵活性。不成文宪法是指没有统一的法典形式,而是由具有宪法性质的各种政治文件和法律文件、宪法惯例、宪法判例组成的宪法。由于是由历史上各个时期的文件、习惯和判例汇集而成,

所以又称为汇集宪法。英国宪法是不成文宪法的代表。不成文宪法具有弹性较大、适应性强的优点,但也存在规范不系统、相互重复矛盾的不足。

一般认为,成文宪法和不成文宪法的主要区别在于是否有一部系统完整的宪法典,所以这种划分只是提供了一种形式上认识宪法的理论方法,不能将其做绝对化的理解。随着宪法的发展,现代国家已不存在绝对的成文宪法,即使有统一的宪法典,这些国家也承认宪法惯例、宪法判例或某些权威性的政治文件的补充作用;在不成文宪法国家,有大量的宪法规范即是以成文法的形式存在。但这种分类对研究宪法的历史发展,认识各国宪法的形式及特点仍有意义。

## 二、刚性宪法与柔性宪法

刚性宪法与柔性宪法的划分是以宪法修改程序的难易程度为标准进行的分类。

刚性宪法是指修改程序比普通法律严格,其效力高于普通法律的宪法。美国宪法是刚性宪法的代表,绝大多数国家的宪法是刚性宪法。刚性宪法有利于保证宪法的权威性和稳定性,有利于宪法的实施和保障,但缺乏适应性。柔性宪法是指在修改的程序上和效力上与普通法律相同的宪法。英国宪法是柔性宪法的代表。柔性宪法灵活性强,能适应社会发展变化的要求,但稳定性和尊严性不及刚性宪法。

一般认为,不成文宪法属于柔性宪法,因为没有统一的宪法典,宪法规范体现在普通法律或宪法惯例中,也就不需要特别的修改程序。但成文宪法并不一定都是刚性宪法,有些国家的成文宪法却属于柔性宪法,如哥伦比亚、智利、秘鲁、新西兰等国家的宪法。把宪法分为刚性宪法与柔性宪法也是一种形式上的分类,只具有相对意义。由于时代的发展,其界限也趋于模糊,有的刚性宪法修改并不难,如1972年孟加拉国宪法,到1975年,先后修改四次,平均每年修改一次;而英国宪法修改却很困难,如妇女参政,历时数十年,才得以实现。即便同属刚性的宪法类型,但不同的刚性宪法在修宪方式、修宪难易程度上也不尽一致。

## 三、钦定宪法、协定宪法与民定宪法

钦定宪法、协定宪法与民定宪法的划分是以宪法制定的主体为标准进行的分类。

钦定宪法是指由君主或以君主名义制定颁布的宪法,它基于君权神授和