

# 第一章 宪法基本理论

## 宪法概念及其性质

### 1. 宪法词义的演变

“宪法”一词，在中国古籍和古代立法文件中存在过。如《尚书》中的“监于先王成宪，其永无愆”；《国语》中的“赏善罚奸，国之宪法”；在此，“宪”字的含义与法的含义是相通的，泛指典章制度和法令；宪或宪法并不具有近代宪法的意义<sup>(1)</sup>。

中文“宪法”，这个词是英语“**Constitution**”和“**Constitutional Law**”的对译。而“**Constitution**”源于拉丁文“**Constitutio**”。在大陆法国家，“宪法”一般是指“帝王的诏令、谕旨”，有别于市民会议通过的法律文件；或指“其他能体现帝王旨意的法律”。在古代英国法中，它可指“一项法令或法律，或一项法律规定”。<sup>(2)</sup>比较而言，其含意与中文宪法的古典含义接近。

到中世纪末，英国率先建立了代议制，确立了国王没有得到议会同意就不得纳税和进行其他立法活动的原则。这就开启民主宪政之源。后来，代议制普及于欧美诸国，人们就把规定代议制度的法律称为宪法，亦即确认立宪政体制度的法律。<sup>(3)</sup>在作为国家组织法的基础上，宪法含义不断得到丰富，逐步具有现代意义。

在亚洲，日本是最早翻译并正式启用“宪法”一词的国家。其后，包括中国和韩国在内的其他亚洲国家沿用了这种译法，直至今日。<sup>(4)</sup>

在中国，宪法的近代意义是由近代改良主义运动和立宪运动赋予的。19世纪80年代，改良主义思想家郑观应提出了定立宪与开议院的主张。一般认为，郑观应在《盛世危言》一书中首先使用了“宪法”一词。<sup>(5)</sup>此后，参与戊戌变法的维新派人士也要求清廷制定宪法，施行宪政。1908年，清政府为敷衍民意，正式颁布了《钦定宪法大纲》。

于是，“宪法”的近代意义为该宪法性文件所确认。此后，宪法正式成为一个法律部门，宪法一词在中国就成为国家根本法的专门词。

## 2. 关于宪法概念的表述

作为法，宪法具有其他法所具有的共同特征，即共性。根据中国大陆宪法学家的论述，这种共性一般是指，所有法“都是代表统治阶级意志，都是具有国家强制力的行为规范，都是阶级统治的重要工具。”<sup>(6)</sup>这是极具代表意义的“法即工具”论的典型表述。

关于宪法的概念，不同国家、不同时代或不同学派的宪法学家对它进行了不同的定义，其例不胜枚举。

### 1.1 著名法学辞典《布莱克法律辞典》定义宪法（Constitution）为

“一国的组织法或基本法，可以是成文的或不成文的；（其制定）旨在规定政府的特征和组成，提出国家生活必须遵循的基本原则，组织政府，调整、分配和限定政府各部门的职能，以及规定主权行使的范围和方式”。<sup>(7)</sup>

### 1.2 加拿大学者柯里认为：“宪法决定和规定最高的国家机关的设立。它规定这些机关与公民之间、国家与个人之间的相互关系。”<sup>(8)</sup>

### 1.3 英国学者奥·菲力普斯（O. Hood Phillips）和保罗·杰克逊

(Paul Jackson)认为“宪法”(Constitution)经常在抽象和具体意义上使用。“抽象地讲,一国宪法就是法律、习惯和惯例的系统(system),它规定国家机构的组成和权力,调整不同国家机构之间以及国家机构与公民之间的关系。具体而言,宪法就是权威性地规定最重要宪法法律内容的文件。”<sup>(9)</sup>

以上定义都是从宪法所包含的内容、国家机构的组织活动和公民权利角度说明宪法的。但有西方学者从宪法的法律形式特点来表达宪法概念。

如美国百科全书“宪法”条目的作者认为:“宪法是治理国家的根本法和基本原则的总体。”美国学者施华兹称:“宪法是包括治理国家的指导原则的国家根本法。”<sup>(10)</sup>中国宪法学者也经常从宪法的法律形式来揭示什么是宪法的。如许崇德教授就认为,宪法作为部门法的一种,但它“在国家的法律体系中居于根本法地位。”<sup>(11)</sup>张庆福教授主编的《宪法学基本理论》也强调,“宪法是法,但不是一般法,是一种特别法,是国家的根本大法。”<sup>(12)</sup>在根据宪法的法律地位来定义宪法之后,中国学者往往另辟专门篇幅来论述宪法的本质和阶级属性,以免流于片面。本章后面将涉及到这种讨论。

社会主义国家的学者以马克思主义为理论指导,他们对宪法概念的表述更注重阶级分析的角度。仅举两例予以说明:其一,如吴家麟教授认为:“宪法是统治阶级意志和利益的集中表现。”这是从阶级本质的角度说明宪法是集中表现统治阶级意志的国家意志。

“从阶级观点来看,宪法无非是阶级力量实际对比关系的表现。”<sup>(13)</sup>中国学者经常引用列宁的语录以为佐证,列宁说:“宪法的实质在于:国家的一切基本法律和关于选举代议机关的选举权以及代议机关的权限等等的法律,都表现了阶级斗争中各种力量的实际对比关系。”<sup>(14)</sup>其二,从政治内容上讲,“宪法是统治阶级把在革命斗争中提出的民主思想和原则上升为国家意志,形成制度和法律,……宪

法是民主制度化、法律化的基本形式，是对客观上已经形成的民主事实的法律确认。”<sup>(15)</sup>在分析国家宪法与宪政发展历程时，中国学者经常引述毛泽东在《新民主主义的宪政》一文中的有关论述。毛泽东提出：“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，去承认它，这就是宪法。”<sup>(16)</sup>但在此必须指出，资产阶级革命和无产阶级革命所确立的民主原则却是有所区别的。

关于“什么是宪法”这个问题，中国改革开放后最早的教科书，即吴家麟教授主编的《宪法学》，对此有如下总结：“宪法是国家的根本大法，是民主制度的法律化，是阶级力量对比的表现。说宪法是国家的根本大法，这是从法律特征方面着眼的；说宪法是民主制度的法律化，这是从政治内容方面着眼的；说宪法是阶级力量对比的表现，这是从阶级实质方面着眼的。”<sup>(17)</sup>通观此后出版的各种宪法学著作和教科书，中国学者也基本上认同了以上定义。尽管有人认为“把‘宪法是民主制度的法律化’作为宪法概念的组成部分，并把它作为宪法的政治内容，同宪法的实质——宪法是阶级力量对比的表现——并列起来，就显得重复，因为宪法的阶级实质中包含了它的政治内容”<sup>(18)</sup>然而，吴教授的上述阐述在宪法学基本理论中仍占有主导地位。

对宪法概念的认识和探讨仍在深化之中。何华辉教授提出，“合理的宪法概念应该是：宪法是集中表现统治阶级意志的国家根本法。”<sup>(19)</sup>对此，两位青年宪法学者认为，该定义“正确地概括了中国宪法学者对宪法的基本认识。仅就宪法概念的表述而言，这一定义更接近客观，有一定的代表性。”<sup>(20)</sup>

我们认为，对宪法概念的认识可以从不同方面和角度进行，未必非统一口径不可。西方学者的定义固然表面化，但它们容易为学习宪法的学生接受，因为它们直接回答了“宪法是什么”这种问题。中国学者的定义似乎比较深刻，从阶级本质和属性出发来认识

宪法，近乎哲学探讨。简言之，宪法作为国家组织法，是法律的一种，是从内容到形式上凌驾于其他任何法律之上的国家基本法。

### 3. 宪法是国家的根本法

鉴于宪法的特殊法律地位和由此而产生的特殊法律效力，宪法又不同于一般的法律部门。因此，《中国大百科全书·法学》定义如下：宪法是“国家的根本大法。具有最高法律效力的法，是据以制定其他法的法律基础。”<sup>(21)</sup>

中国现行宪法，即 1982 年宪法在《序言》中指出：“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。”

我们可以从如下几方面理解宪法作为国家根本法的意义。

#### 3.1 宪法是国家组织法，它规定了国家的根本制度和国家生活的基本原则

这就从内容上把宪法和其他法律予以区别开来。事实上，一般法律只分别调整国家生活的某一方面问题，或只对某一特定对象作法律规定；而宪法调整的是国家生活的根本问题或全局性问题，这包括一个国家的社会、经济制度，国家制度的基本原则，政府的组成及权力的分配和制约以及公民的基本权利和义务。前苏联 1936 年和 1977 年宪法的正式名称就是《苏维埃社会主义共和国联盟宪法 根本法》。

作为根本法，例如，中国宪法“序言”宣布了国家的根本任务，国家遵循的总的指导思想，以及内政外交的基本方针、政策；第一章总纲规定了中国的国家制度、经济和社会制度；第二章规定了公民的基本权利和义务；第三章规定了国家机构

的组织、任务、职权及行使权力的原则和方式；第四章规定了国旗、国徽和首都。

### 3.2 宪法是国家立法活动的法律基础，具有最高的法律效力

宪法法律效力的最高性一般表现为：其一，宪法派生其他一般法律，因而是“母法”；其二，其具有的约束力居于一切法律之上。一般法律都不能违反宪法规定，违宪的法律是无效的法律。为此，中国宪法亦规定了有关宪法监督制度的内容。

从比较宪法的角度观之，众多国家宪法均对宪法的最高权威和效力有形式不同、但实质一致的规定。日本宪法（1947年）第10章“最高法规”第98条第1款规定：“本宪法为国家最高法规，凡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之全部或一部，一律无效。”<sup>(22)</sup>美国宪法（1787年）第6条第2款明确指出：“本宪法与依照本宪法所制定的合众国法律，及以合众国的权力所缔结或将缔结的条约，均为全国的最高法律。即使与任何州的宪法或法律有抵触，各州法官均应遵守。”<sup>(23)</sup>苏联解体前实施的宪法（1977年）第173条亦强调：“苏联宪法具有最高法律效力。一切法律和国家机关的其他文件都以苏联宪法为根据，并与苏联宪法相适合。”<sup>(24)</sup>这些规定与中国宪法序言所宣告“本宪法……具有最高的法律效力”相吻合。

### 3.3 制宪和修宪均需遵循严格的程序和满足特定的要求

严格的制宪和修宪程序旨在保证宪法的稳定和作为国家根本法的尊严。强调这一特征对中国宪政发展尤其具有重要意义。

在宪法制定方面，各国宪法对制宪机关有不同的规定和限制。前苏联和东欧国家以及中国均规定宪法由最高国家权力机关、同时也是立法机关制定和通过。有些国家制定宪法必须经

由各种专门召集的制宪会议、立宪会议或国民会议制定和通过。例如，美国宪法由特设的制宪会议制定并经各州州议会批准；法国宪法由国民制宪会议通过。有些国家还要求，在宪法正式公布之前，应交由全民讨论或公民投票复决。可见，制宪与一般法律的制定大相径庭。

至于修改宪法，无论在修正案的提出方面，还是在表决程序方面，其要求均比通过或修改普通法律严谨、严肃得多，当然也复杂得多。一般而言，通过一项宪法修正案，必须获得立法机关全体成员  $2/3$  或  $3/4$  的多数通过方能有效，而一般法律的修改往往只需半数通过即可。

## 二、宪法类型与宪法渊源

### 1. 宪法的分类

传统的宪法分类是基于对宪法的外在形态和宪法形成的程序和过程的归纳综合之上的。英国法学家詹姆斯·蒲莱士（**James Bryce**）早在 1884 年就奠定了这种分类模式。如他从宪法的文书形式出发，把宪法分为成文（**Written**）宪法和不成文或非成文（**un-written**）宪法。后来，蒲莱士又根据宪法的制定机关和制定程序，将宪法分为刚性（**rigid**）宪法和柔性（**flexible**）宪法。他甚至还将宪法划分为流动（**moving**）宪法和停滞（**stationary**）宪法，液体（**fluid**）宪法和固体（**solid** 或 **crystallised**）宪法。<sup>(25)</sup>除此之外，中国台湾宪法学者还将宪法作更细的划分，如钦定宪法、民定宪法和协定宪法，形式意义之宪法与实质意义之宪法，近代宪法与现代宪法，平时宪法与战时宪法等，不一而足。<sup>(26)</sup>

## 1.1 成文宪法与不成文宪法

几乎所有文明国家，仅除英国、新西兰和以色列等之外，都拥有成文或经公布的宪法，即成文宪法。不管取得政权的形式是通过革命（如法国），通过独立战争（如美国），还是通过联合现有主权单位形成联邦或邦联（如瑞士），或从殖民地独立为新的主权国家（如英国和法国的前殖民地或保护国），掌权者都会以立法形式来巩固政权的成果，以这种方式来组织国家，组成政府和管理司法。这种立法文件通常是投票或全民公决的形式通过的。这些构成国家基础的法律文件表现为对法院和全体人民具有约束力的一种正式文书，或一组正式文书。

奥·菲力普斯认为，“使一成文宪法包容一系列的宪法性法律这种做法是不可取的”。但可以根据宪法认定的方式来补充宪法，这些方式可以是：根据既定程序修正宪法；以组织法或其他法律文件形式不时地弥补宪法的缺失；以司法决定的方式解释成文宪法文件；或利用习惯法或宪法惯例来调整政府机器的运行。<sup>(27)</sup>组织法是一种特别的法律文件，宪法对其颁布有特别的程序性规定。但组织法并不等于宪法修正案。

从世界范围来看，美国宪法颁布于 1787 年，是世界上第一个成文宪法。继法国于 1791 年颁布第一个成文宪法之后，欧洲大陆国家也陆续颁布了它们的宪法。

不成文宪法或非成文宪法是指没有统一地集中规定国家组成和权力划分、国家与个人的关系、以及公民的权利等内容的法律文书，而宪法规则往往分别体现在多种宪法性文件、宪法惯例和法院判决之中。这种情况最典型的莫过于英国了。

从宪法作为一种正规的法律文书这种角度观之，英国没有成文宪法，但这决不是说英国不存在宪法规则。因为英国又是典型的判例法国家或曰普通法国家，其大量的判例以及宪法惯

例体现了英国宪法的原则和规则。例如，我们很难找到规定英国政府职权和责任的直接法律条文，但这些内容却为判例和惯例所确认。关于言论和集会自由的规则则直接来源于体现在有关判例之中的法治原则。简单地认为成文宪法优于不成文宪法，或相反，这种思维方式太过于简单化，因而是不可取的。因为宪法文件只不过是一种外在表现形式，更重要的则是看宪法原则是否真正确立和贯彻实施。

## 1.2 刚性宪法与柔性宪法

把宪法区分为刚性宪法和柔性宪法这样两种，也是蒲莱士的创造。由特别的机关制定或修改，或由普通立法机关制定或修改但须经其他机关批准或全民公决，或由普通立法机关制定或修改但表决程序较普通法严格的宪法为刚性宪法。而由普通立法机关按一般立法程序制定或修改的宪法为柔性宪法。前者如美国宪法，后者为英国宪法；中国宪法从制定程序上讲应归类为刚性宪法。

林纪东教授又把刚性宪法归纳为三种：(1) 修改宪法之机关，与普通立法机关有别，议会无修改宪法之权；(2) 普通立法机关虽有修改宪法之权，但须得其他机关批准，或由国民复决；(3) 普通立法机关有修改宪法之权，惟修改宪法时，对出席人数与表决人数的要求，与普通法律大不相同。<sup>(28)</sup> 这种区分固然有助于我们了解宪法制定过程的细微区别，但不能绝对化。如法国修改宪法时，或要求由出席议会联席会议之绝大多数议员表决通过，或要求由公民投票复决。这种情形介乎林纪东教授归纳的第二和第三种情况之间。

刚性宪法之长在于它的稳定性，可以维持社会秩序之安定，并且可以维护宪法作为国家根本法之尊严。其短处在于它缺乏适应性，不能适应时代之变迁，甚至可能妨碍社会进步。

“盖宪法为最富政治性之法律，对于政治社会之变化，最为敏感，而其规定之范围至广，包罗万象，时时受社会生活变化之影响，尤有以解释推陈出新之必要也。”<sup>(29)</sup>这种分析十分中肯，也是刚性宪法经常面临的问题。

其实，一国之有刚性或柔性宪法，应从宪法与法律历史中去寻求原因。二者并无优劣之分，但有长短之别。刚性宪法可以借助宪法修正案等形式来弥补其中落后于时代之处，比如中国宪法。自 1982 年公布实施以来，现行宪法已有 1988 和 1993 年两次重大修正，其中第二次修正案乃是政治经济体制改革中划时代的举动，即提出在中国推行市场经济体制。

从研究着眼，我们可以看到，法系之不同并不是划分刚性与柔性宪法之根据。中国和美国宪法均属刚性宪法，但二者分别归属于大陆法系和普通法系。而同样作为普通法系国家的英国，其宪法则是柔性宪法。英国柔性宪法之“柔性”主要表现为：

(1) 与大多数成文宪法国家不同，英国议会可以以简单多数废除任何法律，包括宪法性法律。这种做法是与英国盛行的“议会至上主义”传统分不开的。英国法学家也认为，某些重大法律，如 1707 年的《苏格兰联合法》和 1972 年的《欧洲共同体法》，是不能以这种方式废除的，因为“通过这些法律的议会不再存在于同一舞台之上，它将它自己改造成为了一个权力比以前小的机关”。<sup>(30)</sup>从法律理论来讲，议会享有完全的灵活性，但政治现实则与之极为不同。如议会通过的不同的《独立法》从理论上讲可以被撤销，但事实上这样做会违背英国宪法原则。正如丹宁勋爵（Lord Denning）在 *Blackburn v The Att. Gen.* (1971) 这一判例中指出的那样，“自由一旦被给予就再也不能被剥夺。法律理论必须服从于现实政治。”<sup>(31)</sup>

(2) 没有成文宪法这一事实也使得种种重要的宪法性修正

可以非正式地完成，这不要求对那些业已存在的法律规则进行修改。例如，下议院的权力逐步地向内阁转移也是在没有任何正式立法行动的情况下完成的。作为宪法渊源之一的宪法惯例可以表现为特别灵活，以直接反映发展之中的政治现实。“这样，宪法就能够不断进化。”<sup>(32)</sup>

### 1.3 中国学者的宪法分类法

中国学者从马克思主义阶级分析的立场出发，认为以上分类方式是形式分类，从而提出应对宪法进行实质上的分类。所谓实质上的分类，即“是以国家类型、国家的阶级属性为标准对宪法进行分类。”<sup>(33)</sup>根据这个标准，可以把宪法分为资本主义类型的宪法和社会主义类型的宪法。这种分类法被认为是“马克思主义的宪法分类”或“无产阶级学者对宪法的分类”。<sup>(34)</sup>

中国学者一般认为，事物的科学分类必须以区分事物的本质为首要目的。按这种逻辑推论，形式上的分类抹杀了宪法的阶级属性。根据国家的阶级性质对宪法进行的实质上的分类，才是一种合乎科学原理的分类；更有学者强调指出，唯如此才“体现了阶级性与科学性的统一”。<sup>(35)</sup>

从宪法分类研究整体上观之，以国家的阶级属性为分类的根本标准，是宪法学研究中的有代表性的一家之言。而这“一家之言”在中国宪法学界乃至法理学界占主导地位。但是学术研究主张百家争鸣。有鉴于此，许崇德教授认为，“按照国家历史类型所作的宪法分类仍有进一步深化的必要”。例如，资本主义类型的宪法中，就有发达资本主义国家宪法和民族独立国家宪法之分；前苏联、东欧社会主义国家的国家性质发生转变之后，其宪法类型也值得重新定性。在社会主义类型宪法中，应有向社会主义过渡时期的宪法和社会主义建设时期不同

的宪法之分。“对于社会主义国家的学者来说，一方面要坚持自己的分类方法，另一方面也应重视西方学者的分类方面。”<sup>(36)</sup>这种观点更客观，更能让人接受，也更具有学术研究的科学价值。

## 2 宪法的渊源

中外法学家对法的渊源这一概念有不同的认识和解释，如法的历史渊源、本质渊源、思想理论渊源、文献渊源等。在中国法理学界，对法的渊源的理解，一般是指效力意义上的渊源，主要是各种制定法（包括宪法、法律、行政法规等）。<sup>(37)</sup>

张庆福教授在其所主编的（宪法学基本理论）中辟专章（第四章）特别研究宪法渊源问题。正如张教授指出，宪法的渊源就是指宪法的表现形式。不同的学者可以从不同的角度推论出不同的含义来，如同对待法的渊源一样。根据张教授的看法，“我们通常所说的宪法的渊源是从构成宪法的材料的表现形式的角度说的，即构成宪法的材料有哪些，它们都是以什么形式表现出来的。”<sup>(38)</sup>

事实上，作为宪法学研究对象的宪法（**Constitutional Law**）并不只是指宪法典（**Constitution**）这种最基本的法律文件，它还包括宪法性法律、宪法判例、宪法惯例和条约等内容。

### 2.1 宪法典及其修正案

宪法典是成文宪法国家宪法的直接和基本渊源。在 1954 年中国第一部宪法颁布之前，存在过一部起临时宪法作用的文件，即《中国人民政治协商会议共同纲领》。鉴于该《纲领》的颁布旨在规定国家的根本制度，确立国家机构及其权力划分关系，以及规定公民的基本权利与义务，它事实上起着宪法的

作用。因此，它也应是当时中国宪法的渊源。美国宪法颁布之前存在的《邦联条例》也是这种性质的文件。

宪法修正案同宪法具有同等最高法律效力，因而也是宪法的基本渊源。由于成文宪法大多具有“刚性”的特点，使得这些成文宪法国家不得不对其进行修正；这一方面可以避免重新制宪，另一方面也可以保证宪法不落后于时代。宪法修正案作为宪法的有机组成部分自然直接构成宪法的渊源。中国现行宪法即 1982 年宪法亦有两次修正案，分别通过于 1988 年和 1993 年。鉴于中国的改革不断地触及到政治或经济体制及其结构，中国立法机关在未来仍然会对宪法进行修正，如果它不准备重新制宪的话。

## 2.2 法律

法律，在此主要是指宪法性法律。根据中国宪法，全国人大及其常委会行使立法权。具体来讲，全国人大作为最高国家权力机关和立法机关有权制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律，全国人大常委会制定除基本法律之外的其他法律。但是，并不是它们制定的全部法律都是宪法的渊源。只有那些涉及到国家的根本政治行政制度、政府组成及其权力划分、国家机关组织及其运行以及公民的权利与义务的法律才构成宪法的渊源。而这种法律一般被称之为宪法性法律。这些法律包括：《全国人民代表大会组织法》、《国务院组织法》、《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》、《人民法院组织法》、《人民检察院组织法》、《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》、《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》、《国旗法》、《国徽法》、《国籍法》、《集会游行示威法》、《民族区域自治法》、《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》，等。目前正起草讨论之中

的《立法法》和《人民代表大会监督法》亦属于这类法律。

除这些法律之外，全国人大及其常委会通过的有关决议因其涉及到该法律范畴的内容，所以也应构成宪法的渊源。现举例如下：《关于中华人民共和国国歌的决议》、《中国人民解放军选举全国人民代表大会和各级人民代表大会代表的办法》、《关于县级以下人民代表大会选举的若干规定》、《关于国家安全机关行使公安机关的侦查、拘留、预审和执行逮捕的职权的规定》、《关于设立海南省的决定》和《关于授权深圳市人民代表大会及其常务委员会和深圳市人民政府分别制定法规和规章在深圳经济特区实施的决定》，等。

从比较宪法的角度观之，很多国家的立法机关都在宪法之外颁布了许多宪法性法律。即使在非成文宪法国家的英国，1700年的《解决法案》（Act of Settlement）进一步加强了议会的权力，并就王室继承进行了规定。1963年的《皮瑞吉法案》（Peerage Act）对议会的组成作了改动，1911年和1949年的法例（Parliament Acts）对议会的权力作了修正。以上文件与《大宪章》（Magna Carta, 1215）、《权利请愿书》（Petition of Rights, 1628）、《人身保护法》（Habeas Corpus Act, 1679）以及《权利法案》（Bill of Rights, 1689）共同构成英国宪法的渊源。

## 2.3 行政法规

从法律层次上讲，行政法规的地位仅次于宪法和法律。根据宪法，国务院，即中央人民政府，有权规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令。在行政法规中，那些根据宪法对有关国家行政制度和公民的政治权利和自由作出规定的文件也是宪法的渊源之一。这类行政法规尽管数量不多，但也十分重要，如中共中央、国务院《关于实行政社分开建立乡政府的通

知》、国务院《关于行政区划管理的规定》。中共中央和国务院联合发布的文件，“既是党的政策，又是国家的行政法规，因而具有法律效力。”<sup>(39)</sup>

根据社会主义法的渊源的理论，国务院所属各部、各委员会在自己权限内发布的规范性命令、指示和规章，只要它们涉及到宪法的内容，均属于宪法的渊源的范畴。<sup>(40)</sup>

## 2.4 地方性法规

关于地方性法规的制定，宪法规定了两种情形：

**2.4.1** “省、直辖市的人民代表大会及其常务委员会，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规，报全国人民代表大会常务委员会备案。”

（第 100 条）在这类法规中，如选举法实施细则、关于游行示威的规定以及关于制定地方性法规程序的规定等等，是关于宪法实施的重要规定和措施。

**2.4.2** 宪法授权民族自治地方的人民代表大会可以根据宪法制定自治条例和单行条例。“自治区的自治条例和单行条例，报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治区、自治县的自治条例和单行条例，报省或者自治区的人民代表大会常务委员会批准后生效，并报全国人民代表大会常务委员会备案。”（第 116 条）这些条例往往涉及民族地区政权建设和自治制度以及公民权利，因此也是宪法的渊源。

## 2.5 国际条约和协定

国际条约和协定指的是中国同外国缔结的双边和多边条约、协定和其他具有条约、协定性质的法律文件。和其他有关国家不同，中国宪法没有规定国际条约和协定在法律体系中的

层次和地位。而同是作为大陆法国家的法国，其宪法第 55 条则明确规定：“依法批准或者认可的条约或者协定，自公布后即具有高于各种法律的效力。”<sup>(41)</sup> 尽管国际条约和协定不属于中国国内法的范畴，但就其通过法定程序具有与国内法同样的约束力这一意义而论，也属于中国法的渊源之一。对此，中国法理学者和宪法学者均无异议。

就国际条约和协定内容所及范围而言，其中有些涉及到国家主权和保护人权和公民权利。这些文件应属于宪法的渊源的范畴。这包括：《中华人民共和国政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于香港问题的联合声明》、《中华人民共和国政府和葡萄牙共和国政府关于澳门问题的联合声明》、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇和处罚公约》、《消除对妇女一切形式歧视公约》、《防止及惩治灭绝种族罪公约》和《消除一切形式种族歧视国际公约》等。

## 2.6 宪法惯例

在中国的民商法律中，在个别情况下承认特定习惯具有法律效力。<sup>(42)</sup> 但沈宗灵教授主编的《法理学》认为，“在当代中国，只有法律承认其有效的习惯，才能作为补充制定法的渊源。”<sup>(43)</sup> 如果按照法理学家认定的这种标准来理解，中国即使有宪法惯例，因其未得到法律的认可，这些惯例仍然不能作为宪法的渊源。

对中国到底有没有宪法惯例，和承认或不承认惯例的作用及其作为宪法渊源之一的地位，宪法学界似乎很少加以正式探讨，在教科书中也极少论及 因而很难说对此已经有了一致的认识。张庆福教授认为，中国有少数宪法惯例，并且这种惯例实际上在发生作用。<sup>(44)</sup> 以宪法修正案的形式来进行宪法修改就是惯例。此外，出席中国人民政治协商会议的代表列席全国人

大会议也是惯例之一。还有，由全国人大主席团颁布新宪法同样是惯例之一。<sup>(45)</sup>从宪法学研究的层面讲，应承认这种惯例的存在及其作用，这对全面认识宪法制度有重要启发作用。

而在英国这种不成文宪法国家，看不到宪法惯例及其作用就会对英国宪法及政治制度形成完全错误的认识。以英国国君作用为例。如果仅依判例法或制定法，女王必须对全部立法文件表示同意，女王可以任命内阁总理，并且有权解散议会。这就可能致使人相信，女王仍然拥有重大的政治权力。但事实并非如此。在立宪君主制下，女王根据她的内阁总理的意见行事。自 1708 年以来，君主同意权并没有被拒绝行使。在近代，也没有哪一位君王拒绝过解散议会；近年来，女王被认为在内阁总理的选任上，并未承担任何真正的责任，因为现在各政党对选举这一领袖的规则达成了明确的共识。关于君主权力的这种变化并不是通过制定法律，而是根据一种惯例来完成的，这就是君主不应从政治上介入政党政治，也不应对任何一党表示好感或恶感。有的学者统计指出，英国宪法惯例达几十条之多，“惯例是把握英国宪法精神的关键”。<sup>(46)</sup>还有学者形象地指出，在英国，惯例被认为是“联紧法律那干巴巴骨架的肉”。<sup>(47)</sup>

## 2.7 宪法判例

判例法是普通法国家法律实践的重要内容和特征之一。判例法并不是指对某个具体案件的整个判决，而是指某一判决中所包含的某种法律原则或规则。而这种原则或规则，“对其他法院（或甚至对本院）以后的审判来说，具有作为一种前例的约束力（**binding effect**）或说服力（**persuasive effect**）”。<sup>(48)</sup>相对于由议会形式立法机关制定的“议会法”来说，判例法则 是“法官创造的法”（**judge-made law**）；其形成基础是“遵从