



宪政古今译丛
Ancient and Modern
Constitutionalism

丛书主编
陈端洪 翟小波

〔英〕K. C. 惠尔 著
K. C. Wheare

翟小波 译

现代宪法

Modern Constitutions



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

现代宪法

Modern Constitutions

[英] K. C. 惠尔 著
K. C. Wheare

翟小波 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



宪政古今译丛
Ancient and Modern
Constitutionalism

丛书主编
陈端洪 翟小波

图书在版编目(CIP)数据

现代宪法/(英)惠尔著;翟小波译. —北京:法律出版社,2006.1

ISBN 7-5036-5991-2

I. 现… II. ①惠…②翟… III. 宪法—法学
IV. D911.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 141455 号

© Oxford University Press 1960,1966

Modern Constitutions 2/e was originally published in English in 1966. This translation is published by arrangement with Oxford University Press and is for sale in the Mainland(part) of The People's Republic of China only.

《现代宪法》(第2版)原著以英文于1966年出版。该中译本由牛津大学出版社授权法律出版社在中国内地独家出版销售,翻印必究。

著作权合同登记号:

图字:01-2005-6103

法律出版社·中国

责任编辑/高如华

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/5 字数/100千

版本/2006年6月第1版

印次/2006年6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

咨询电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

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

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-5991-2/D·5708

定价:16.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

K. C. 惠尔 (K. C. Wheare 1907-1979)

杰出的学者型政治家或政治家型学者，文字简练优雅，思路明朗深刻。曾任英国牛津大学政府和公共行政学的格莱斯顿 (Gladstone) 教授、埃克塞特 (Exeter) 学院院长、牛津大学副校长。最重要的宪法著作有：《现代宪法》、《联邦政府》和《英联邦的宪法结构》等。



宪政古今译丛

Ancient and Modern
Constitutionalism



宪政古今译丛

Ancient and Modern
Constitutionalism

《现代宪法》

Modern Constitutions

[英] K. C. 惠尔著 翟小波译

《宪法理论》

Constitutional Theory

[英] 杰弗里·马歇尔著 刘刚译

《法律、自由与正义——英国宪政的法律基础》

*Law, Liberty, and Justice — The Legal Foundations of
British Constitutionalism*

[英] T. R. S. 艾伦著 成协中、江菁译

《卢梭以来的主权学说史》

History of the Theory of Sovereignty Since Rousseau

[美] 小查尔斯·爱德华·梅里亚姆著 毕洪海译

作者对第一次印刷的说明

我非常感谢牛津的奥利尔学院 (Oriel College) 的教务长 (G. N. 克拉克 (G. N. Clark) 博士)、牛津的圣体学院 (Corpus Christi) 的研究员查尔斯·H. 威尔逊 (Charles H. Wilson) 先生和我的妻子。他/她们很仔细地阅读了我的打印稿, 而且用他/她们的批评和鼓励帮助我来完善这本书。

K. C. 惠尔

牛津万灵学院

1951 年 3 月 26 日

作者对第二次印刷的说明

南非最高法院的上诉庭(the Appellate Division of the Supreme Court of South Africa)在 1952 年 3 月 20 日的一项判决,影响到本书关于南非宪法的某些叙述。依照法院的观点,南非的议会有义务遵守宪法中规定的程序(第 129 页),这些程序在此限度内是最高的(第 6 页和第 26 页)。关于宪法的权威,法院采纳了类似于本书第 86 页和第 87 页阐明的观点。

K. C. 惠尔

牛津万灵学院

1952 年 3 月 26 日

目 录 Contents

作者说明

第一章 宪法是什么 / 1

第二章 宪法可以怎样分类 / 13

第三章 宪法应当包括什么 / 30

第四章 宪法能主张什么权威 / 48

第五章 宪法怎样变化：一些基本的力量 / 63

第六章 宪法怎样变化：正式的修正 / 78

第七章 宪法怎样变化：司法解释 / 94

第八章 宪法怎样变化：习惯和惯例 / 115

第九章 宪法政府的前途 / 131

重要参考书 / 137

索引 / 141

译者说明 / 147

第一章

宪法是什么

在一般的政治事务讨论中,“宪法”通常至少在两种意义上使用。第一,它被用来描述国家的整个政府体制,即确立和规范或治理政府的规则的集合体。这些规则部分是法律,也就是说法院承认和适用它们;部分不是法律或处于法律之外,主要形式有习惯、风俗、默契或惯例,法院并不承认它们是法律,但在规范政府方面,它们与严格意义上的法律规则至少同等有效。

世界上的许多国家,政府体制都由这种法律和非法律规则混合而成,这种规则的集合体可以叫“宪法”。确实,当说到英格兰或不列颠宪法时,这就是该词拥有的常规含义,即使它并非惟一可能的含义。英格兰宪法是治理着英格兰政府的法律与非法律规则的集合体。法律



- 规则体现在制定法中,例如王位继承法(the Act of Settlement)维持着王权的连续;自1832年以来,各种各样的人民代表法(Representation of the People Acts)已逐步引入普遍公民权;司法法(the Judicature Acts)和1911年及1949年的议会法(the Parliament Acts)限定贵族院的权力。法律规则也体现在依照特权(prerogative)或制定法权威而发布的命令和规章(regulations)中;它们可以体现在法院的判决中。非法律规则体现在这样的风俗或惯例中:诸如国王不能拒绝贵族院和平民院正当通过的法律;因为且只要获得平民院多数的信任,首相就可任职。所有这些规则都是不列颠宪法的一部分。
- 1

除不列颠外,几乎世界上每个国家,“宪法”都在更狭窄的意义上使用。它不是用来描述法律或非法律规则的整个集合体,而是这些规则的选集(selection of them),它通常体现在某个文件或少数联系紧密的文件中;而且,此种选集通常仅指法律规则。在世界上大多国家,宪法是指治理政府的法律规则的选集,且已被体现在某个文件中。

- 也许,这种意义的宪法,最著名的例子是美国宪法。但是,诸位无须在英联邦以外寻找这种例子。尽管英格兰没有此种意义的宪法,但英联邦其他成员有此种宪法,每一殖民地也有此种宪法。在英联邦内,总共大约有七十部独立的宪法,多数是在英格兰制定的。如果全部印刷成册的话,可能会有好多卷;如果再加上世界上所有国家的宪法,总共有好几千页。
- 2

狭义的宪法是较普遍的用法,本书即采此义。但是,需要牢记的是,这两种用法存有联系,这种联系可以通过二者的历史而来解释。宪法的广义比较古老,为博林布鲁克(Bolingbroke)在写作《论政党》时所揭示:“只要认真精确地提到宪法,我指的便是:法律、制度和习惯的集合,它源于永恒的理性原

则,……它是普遍的体制 (general system), 共同体 (community) 要在国民同意的基础上, 依宪法接受治理。”然而, 很久以前, 人们就觉得: 把未来政府据以建立和行为的根本原则写入文件之中, 是适当或必要之举。在现代欧洲史上, 1579 年的荷兰联合省统一法就是很好的例子。在美国和法国革命之前, 这种根本原则的集合或选集, 一般很少叫做宪法。1787 年, 美国人宣称: “我们, 美国人民, ……特此为美利坚联邦确立和奠定这部宪法。”从那时起, 用书面文件规定政府组织的原则, 已被很好确立; “宪法”开始拥有这种意义。

3

然而, 须着重强调的是, 虽然在本书中, “宪法”在狭义上使用, 但这并不意味着: 我只研究在某国宪法中发现的规范政府的法律规则之选集。这个选集不是孤立运作的。它是国家的整个政府体制和宪法结构的一部分, 是法律和非法律规则的整体集合体的一部分。它尤其受到立法机关制定的法律规则的补充, 在很多国家, 这些规则都与体现在宪法本身中的规则几乎一样重要。因此, 虽然宪法会确立政府的主要机构, 如立法机关的议院、执行委员会和最高法院, 然而, 规定这些机构之构造和选任方式的任务通常由普通法律承担。在很多国家, 选举体制的规范、席位的分配、政府部门的确立、司法机关的组织等这些宪法的重要分支都不是规定在宪法本身之中, 或者, 即使规定, 也只是停留在普遍原则的层面; 它们具体由普通法律来规定。在一些国家, 特别是欧洲大陆和美国, 这些法律中的某些被称作组织法 (lois organiques), 也就是说, 是组织某些机构的法律, 它通过宪法已确立的机构来规范公共权力的行使。在确立机构和规定管控这些机构之运作的宽泛原则的宪法与规范这些机构的具体组织和运作的组织法之间, 似乎存在大致的职能分离。但是, 无论是否叫做组织法, 很多国家都存在由立

4



法机关制定的重要法律规则,它补充和(也许)修正或修改存在于宪法中的规则。如果宪法和这些组织法的关系没能被理解,任何宪法都不可能被很好理解。

立法机关不是法律规则的惟一渊源。宪法还受产生于司法解释的法律规则的补充和修正。而且,在这些法律规则领域之外,宪法还受习惯、风俗和惯例的补充、修正甚或废止。这些主体在第七章和第八章中将被更充分地讨论。此处只消说:如果要理解某国宪法的意义,或描述其运作,或判断其优劣,就必须在整个宪法规则的更广泛的背景下来思考它,宪法只是其中的一部分,尽管是最重要的一部分。

此处还有必要补充或许是非常显而易见的一点,即:宪法说什么是一回事,实践中发生什么完全是另一回事。在思考宪法的形式和实质时,必须考虑到这种可能的差别。更重要的是,必须要敢于承认:虽然世界上几乎所有国家都有宪法,但在很多国家,宪法是受到忽略和轻蔑的。确实,在20世纪中期,可以说,世界上的大多数人生活在这样的政府体制之下:政府本身尤其是其执行部门比较重要,而且要比宪法本身更受敬畏。只有在西欧、不列颠联邦、美利坚和极少数拉丁美洲国家,政府是在尊重宪法施加的限制的条件下运行的;只有在这些国家,真正的“宪法政府”才能说是存在的。基于这种原因,不可避免的是:在讨论宪法运作时,本书将主要关注这些国家,因为,只有它们那里才存在宪法研究的大量资料。这并不是说,其他国家的宪法就完全没有意义。相反,它们体现某些至少能激起学术兴趣的制度和理论;对宪法学者来说,对它们在实践中没能被很好遵守的事实本身的解释,可能颇具启发性。

既然某国宪法只是该国的整个政府体制的一部分,宪法之有无又有什么差别呢?简短的回答是:在很多国家,宪法之有

无确实是有差别的。这体现在大多宪法都表现出来的特点上。从法律视角来看,在政府体制中,它们都在某种程度上被赋予了高于其他法律规则的地位。至少,它们通常都会规定:宪法的修正只有通过区别于普通法律之修改的专门程序才能发生。有时,如美国宪法,修宪程序不能由立法机关单独实施,还要求其他外来机构的合作。更重要的是,在美国,国会的法案或州立法机关的法案或其他任何规则制定机构的法案如果和宪法条文冲突,就是无效的。加拿大、澳大利亚、印度和爱尔兰的情形也一样。 6

然而,也有少数国家,其宪法可以和普通法律一样,依照相同的程序而被修正。新西兰似乎就是其中之一(尽管只是自1947年末以来),有人认为南非也处于类似情境。这种情境和不列颠有何实质差别呢?从严格的法律视角看,二者并无实质差别。在新西兰,较重要的宪法规则的选集被载诸单个文件即宪法之中;联合王国则没有这种单个文件:规则分散于大量文件之中。但是,在这两种情形里,立法机关都高于宪法的法律规则。这里不存在对其修正权的法律限制。

像新西兰这样,宪法可以被普通立法程序修改的国家确实有宪法。某些人会说,这种说法严格讲来是不正确的。依照他们的观点,宪法必须有高于立法机关的某种程度的至上地位;它必须高于普通法律。如果所有旨在规范政府的法律规则在法律上都和普通法律处于平等地位,那么,这个国家就没有宪法。他们认为,这在不列颠是被明确承认的;她之所以更容易承认这点,或许是因为,没有某个法律文书主张享有“宪法”之名;像新西兰这样的其他国家,同样应该承认这点,即使其有个叫做“宪法”的文件。 7

宪法在某种程度上与它创立和规范的机构不同,以至于它



们在法律上高于后者或是最高的——只要该命题被承认,采取上述的如此严格的术语学,便是不必要的。这种差别是重要的,但是它无须被如此着重地强调,以至于剥夺包含着规范某国政府的重要规则的集合体的文件的“宪法”之名,尽管这些规则不主张限制它们可能在事实上已确立的立法机构的权力。

依照这种讨论,有人自然会问,为什么国家要有宪法?为什么很多国家要使宪法高于普通法律,或者更进一步,为什么不列颠竟然没有这种意义上的宪法?

- 如果研究现代宪法的起源,就会发现,它们之所以被起草和采纳,几乎毫无例外的是因为,人民希望他们的政府体制有
- 8 新开端。这种对新开端的欲望和要求或者是因为,某些相邻的共同体希望联合于新政府之下,如美国;或者是因为,某些共同体因为战争而从帝国中解放出来,现在能自由地自我统治,如1918年后的奥地利或匈牙利或捷克斯洛伐克;或者是因为,革命导致了和过去的断裂,人们要求基于新原则的新政府形式,如1789年的法国和1917年的苏联;或者是因为,战争的失败打断了政府的连续,战后需要新开端,如1918年后的德国、1875年和1946年的法国。与过去断裂之情境和对新开端之需要,随着国家的不同而有所差别,但是,在现代的几乎每种情形下,国家需要宪法,是基于非常简单和基本的原因:它们基于某种理由,想要重新开始,于是,它们便开始撰写至少是它们建议的政府体制的大纲。这就是自美国宪法被起草的1878年以来的实践,毫无疑问,随着时间的流逝,模仿和榜样的力量已导致所有国家认为:有部宪法是必要的。

- 然而,这并不能解释,为什么很多国家认为,在法律上给予
- 9 宪法高于其他法律规则的地位是必要的。对该现象的简短解释是:在很多国家,宪法被认为是控制政府的文件。宪法来源

于对有限政府的信仰。然而,在它们要限制政府的程度上,各个国家之间是不同的。有时,宪法限制行政机关或从属的地方机关;有时,它还约束立法机关,但是,这种约束只限于对宪法自身的修正;有时,它限制超过某种临界线的立法机关,禁止它就某些事项或以某种方式制定法律,或禁止它制定具有某种结果的法律。然而,无论这种限制的性质和程度如何,它们都莫基于共同的信仰:有限政府和用宪法来施加限制。

要对政府施加的限制的性质、从而宪法高于政府的程度,则取决于制宪者希望捍卫的目标。首先,他们可能只是想确保宪法不被随意或草率或阴谋或间接地修改;他们想确保这个重要文件不被轻率地篡改,而是在给予正当注意和审慎考虑的情况下被神圣地、自觉地修正。在这种情况下,要求某种专门的宪法修正程序就是正当的——例如,立法机关只能经由 $2/3$ 的多数或在普选之后或经三个月的通知后修正宪法。

制宪者心中所想有时并不就此为止。他们可能会觉得:立法 10
和行政之间的某种关系是重要的;或者司法应当有独立于立法和行政的某种程度的保障。他们会认为,公民有某些权利,这是立法或行政机关不可侵犯或剥夺的。他们会认为,某些法律根本就不应该被制定。例如,美国的制宪者就禁止国会通过溯及既往的法律,也就是在某种行为或情境出现之后制定的试图规范前述行为和情境的法律——它可使在行为之时无辜的人因该行为而成为罪犯。1937 年爱尔兰宪法的制定者禁止立法机关通过允许离婚的法律。当某独立和不同的共同体决定在共同的政府之下联合起来但又渴望为自己保留某些权利时,还需要进一步的保障。如果这些共同体在语言、种族和宗教上是不同的,某些确保他们自由运用民族特点的措施就是必要的。那些制定瑞士、加拿大和南非宪法(这只是少数几例)的人



就不得不考虑这些问题。即使某些共同体在语言、种族和宗教上没有不同,他们可能仍旧不愿意联合起来,除非他们在联合体内被赋予了某种程度的独立。为满足这种要求,宪法不仅要在联合体政府和个别成员国之间分权,而且,就确立和捍卫这些分权而言,它还必须是最高的。

- 11 上述诸项考量,在某些国家可能只有一项起作用;在某些国家,可能有一些考量起作用;还有些国家,则可能上述全部考量都起作用。例如,在爱尔兰宪法中,制宪者便很在意下述事项:宪法修正应该是审慎的过程,公民权利应该受保障,某些法律根本就不应该通过,因此,为实现这些目的,他们就使宪法处于最高地位,并对立法机关施加限制。美国宪法的制宪者也关心这些事项,但是,对他们而言,最重要的是:他们不得不认识到,只是就某些目的而言,13个殖民地才有联合的愿望;而就其他事项而言,它们依然渴望独立。这是赋予宪法最高地位并为之引入额外保障的另一项理由。

关于宪法的至上性和修宪程序中的专门障碍,后文还会详细论述。这里只须注意下述命题:基于诸种不同的理由,那些制定宪法之人通常要规定对政府的限制,虽然限制的程度会各不相同。

有少数宪法,并没有基于上述的诸种理由的一项或多项,而给立法机关设置某些限制。在没有这种限制的情形下,一种解释是这里的宪法不受尊重;另一种解释是这里的宪法受到极大尊重,即使宪法中没有这种法律要求,它也只会在和人民作正当协商后被审慎地修正,如新西兰。

- 12 为什么不列颠没有宪法?这个问题提出来容易,回答起来难;冗长地回答起来——通过勾勒不列颠的宪法史——容易,简短地回答起来难。但是,我可以沿着这些线索,给出简短的

回答。考虑一下国家之所以要有宪法的第一个原因——对新开端的渴望。英格兰有这种经验吗？人们有时的谈论似乎表明她没有。他们谈论着自早期以来的没有断裂的发展线索，藉由它，少数粗糙的制度被修正、被补充，最后被扩展并被民主化，直到绝对君主制逐渐被转化成议会民主制。但是，英格兰的历史有过一次断裂；在该断裂来临时，人们也曾经尝试新开端，也曾将新的政府原则供奉在宪法文件中。这个断裂开始于1642年内战和1649年的查理一世被砍头。1649年至1660年的共和国和护国主政体，曾多次尝试为不列颠诸岛——不只为英格兰，因为克伦威尔把英格兰、苏格兰和爱尔兰统一于一个政府之下——制定一部宪法，其中最著名的立宪举措是1653年的政府组织法（Instrument of Government）。它具备了今日宪法的所有特征。如果共和国存续，这世上无疑本可能有部不列颠宪法，承载着由内战冲突而生的政府的根本原则。这时的英国人已经为新开端做好了准备，他们希望约束政府；对于行政和立法的关系、臣民的权利，他们也有某些看法。在多次的立宪努力中，他们也曾刻画自己关于上述问题的原则。

13

然而，他们最终未能取得一致意见，他们的宪法也未能获得充分的支持。查理二世重获王位，复辟发生了——这是个很重要的词，它解释了为什么1660年英国没有制定宪法。查理二世的复辟看似新开端，实非新开端。它是对旧的政府形式的回归，是旧体制的复辟。那些谈论英国政府史的无断裂发展链条的人因而也就胜券在握。不列颠确实有断裂，有关于宪法的新开端的举措，但是，它失败了，先前的秩序又被恢复了。

但是，可能有人会问，1688年的革命和权利法案又怎么样呢？难道它不是断裂和新开端吗？难道权利法案不是宪法吗？在这里，英格兰本该有部宪法，但是却没有。权利法案规定的