

现代宪法

XIANDAI XIANFA

〔英〕K·C·惠尔 著

- 宪法是那些最起码的，即成为法律规则的最基本内容
- 如果宪法受到了蔑视，无秩序和混乱将会随之而来

宁夏人民出版社



图书馆 2 073 2199 5

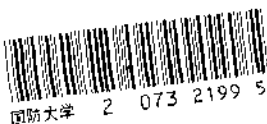
现代宪法

著者/[英] K.C. 惠尔

译者/甘藏春 觉晓

校订/吴撷英

宁夏人民出版社



国防大学 2 073 2199 5

Modern Constitutions

by

K.C.Wheare

Oxford University Press 1966年版

根据牛津大学出版社版本译出(1980年第5次印刷)

· 现代化与政治发展译丛 ·

现代宪法

著 者 (英) K.C. 惠尔

译 者 甘藏春 觉 晓

校 订 吴颖英

特约编辑 刘卫华

责任编辑 金孝立 马若飞

装帧设计 陈尔泰

出版发行 宁夏人民出版社

社 址 银川市解放西街105号

印 刷 兰州八一印刷厂

开 本 850×1168 1/32

字 数 117千字

印 张 5.25 插页 2

印 数 1—15000册

版 次 1989年7月第1版第1次

ISBN7-227-00455-4/D·38

定 价: 2.40元

● 序

在经过多年沉寂之后，宪法学作为一门科学的价值被越来越多的人所认识，发展宪法学已经成为时代的要求。

衡量一门学科是否成熟，其标志有二：一是有一整套完善的基础理论；二是有一支从事高精尖研究的研究人员。从我国宪法的现状来看，应该说这两点均不具备，因此，我们说我国宪法学还是一门不太成熟的学科。令人高兴的是，对于我国宪法的落后现状，我国的宪法学者特别是青年宪法学者都有较为清醒的认识。更为可喜的是，一些有志于宪法学事业的青年同志能够放弃名利，愿意从建设宪法学的最基础的工作做起。要打好我国宪法学的基础，认真总结我国的宪法实践固然重要，但吸收引进一些外国优秀的宪法学著作和学术思想也是不可缺少的。因此，当甘藏春、觉晓两同志想翻译一批宪法学著作时，我就首先推荐了这本著作。

我之所以推荐这本著作，是因为本书的作者肯尼斯·克林顿·惠尔是一位当代著名的宪法学

家。肯尼斯·克林顿·惠尔爵士1907年3月26日出生在澳大利亚的维多利亚，早年就读于惠波乐大学，1929年获文学学士学位。在这一年他取得了Rhodes奖学金，到牛津大学学习，从1929年到1932年在奥瑞尔学院就读，1932年在政治哲学经济学院获一等奖，并于1932年获牛津大学的文学学士学位，1935年获硕士学位，1957年获博士学位。从1934年起，惠尔在牛津大学执教，1944年——1957年，在牛津大学的格朗斯顿任政府和公共行政学教授，1964年——1966年，任牛津大学副校长。惠尔的社会职务也很多，1944年——1957年担任牛津市议会议员，1947年——1967年任哈都迈德的议员，1946年——1947年任纽芬兰国家委员会宪法顾问。1951年——1953年在非联邦任职。惠尔1969年再次获得剑桥大学文学博士，1967年获哥伦比亚大学历史学博士学位，1970年获得底格瑞特学院的法学博士学位，1972年获利物浦大学的法学博士学位。惠尔的著述硕果累累，主要有：《威斯特敏斯特法》（1931，1933年）；《威斯特敏斯特和英联邦法》（1938年，到1953年已刊行第5版）；《联邦政府》（1946年，到1963年已刊行第4版）；《林肯与合众国》（1948年）；《国际宪法》（1951年）；《委员会的政府》（1955年）；《英联邦的宪法结构》（1960年）；《立法机关》（1967年）；《不当管理及其救济》（1973年）。能把这样一

位学识渊博的学者介绍给中国读者，是一件很有意义的工作。

我之所以推荐这本著作，还因为这本著作是惠尔的代表作。惠尔的《现代宪法》写于1951年，出版后多次修订再版，到1980年时，第二版已经印刷了5次，成为世界上许多大学研究宪法的必读著作。这部著作虽然不厚，但它的容量很大，它不仅概括了当代世界上主要国家的宪法的一些特点，而且也介绍了自第二次世界大战后，宪法和宪法学发展的一些新动向。更为可贵的是，该书抓住宪法的基本理论问题，逐一展开论述，提出了自己的见解，在当代世界的宪法论坛上，堪称一家之言。他提出的区分广义的宪法与狭义的宪法的观点对于理解宪法的含义有重要意义。他提出的应从实质上和形式上去进行宪法分类的观点被公认为是现代宪法类型学的基础。他的对于宪法的变迁、宪法的正式修改、宪法的解释、宪法习惯和惯例、宪政问题的论述，至今仍然为各国宪法学者所反覆引证。这样一本当代较有影响的著作能被介绍给中国读者，必然会开阔我国宪法学者的视野，促进我国宪法基础理论研究的发展。

甘藏春、觉晓二位同志都是在北京大学受过严格正规系统的宪法专业训练多年的青年学者，研究生毕业后又一直在从事宪法教学和研究工作。由他们两人来翻译惠尔的这部名著是可以信

赖的。本书在翻译完成之后，我阅读了全部译稿，对于他们的劳动，我感到十分满意。本书的译文流畅、通顺、准确。能达到这种程度已经难能可贵了。

我热烈地祝贺惠尔的《现代宪法》在中国翻译出版！

龚祥瑞

1988年11月1日于中美国

● 目 录

第一章	宪法的定义·····	1
第二章	宪法的分类·····	16
第三章	宪法的内容·····	36
第四章	宪法的权威·····	58
第五章	宪法的变迁：一些主要的推动力量·····	76
第六章	宪法的变迁：正式修改·····	93
第七章	宪法的变迁：司法解释·····	111
第八章	宪法的变迁：习惯和惯例·····	136
第九章	宪政的展望·····	152
译后记 ·····		158

第一章

宪法的定义

在任何有关政治事务的日常议论中，“宪法”一词一般至少用于两种含义。首先，它用来表示一个国家的整个政府制度，表示建立、调整或管理政府的规则的总和。在这些规则中，一部分是法律规则，在这个意义上，法院将遵循并运用这些规则；一部分是采用惯例、谅解、习惯或常规形成的非法律或超法律的规则，法院不认为它们是法律，但它们在调整政府活动时的效力并不亚于严格称之为法律的规则。

在世界上的大多数国家中，政府制度是由法律规则和非法律规则混合而成的。而且，人们可能把这些规则的总和叫做“宪法”。实际上，如果不是最满意的话，当我们谈到英国或不列颠宪法时，宪法就是指这样的一般含义。英国宪法就是不列颠管理政府的各种法律规则和非法律规则的总和。其中的法律规则体现在像调整王位继承的《王位继承法》（Act of Settlement）、自1832年以来逐步采用的关于普选权的各种《人民代表法》（Representation of the people Acts）、司法权法（Judicature Acts）、以及1911年和1949年限制上院权力的议会法（Parliament Acts）等这样一些制定法中；在根据王权或法定权限发布的命令和规章中，也可以找到这些法律规则，它们还体现在法院的判决中。非法律规则存在于一些习惯

和惯例之中。例如：女王不能拒绝同意上院和下院正式通过的法案；只要在下院取得多数信任便可成为首相，女王不得拒绝其任职等。所有这些都是英国宪法的组成部分。

然而，除了英国以外，几乎在世界上所有的国家，“宪法”一词的含义较上述含义要狭窄。它不是指所有的法律的、非法律的规则的总和，更确切地说，它是指那些体现在一个文件或在几个密切相关的文件之中的规则的总和，而且，这种规则几乎不可避免地仅仅只是一种法律规则的总和。因而，在世界上的大多数国家看来，宪法是管理一国政府活动的并且是体现在一个文件中的法律规则的总和。

从以上意义看，也许世界上最著名的标本宪法应是美国宪法。但是，没有必要到英联邦国家之外再去寻找这种类型的标本宪法。尽管英国没有这种意义的宪法，但是英联邦的所有成员国和每个殖民地国家就有这种宪法。在英联邦国家，大约有70个不同的宪法性文件。其中大部分是在英国制造的，如果世界上所有国家的宪法都合订起来，将会有数千页之多。

狭义的宪法是一种清楚的并且具有普遍意义的定义。正是基于这种定义，本书讨论宪法时将使用以上意义的宪法定义。但值得记住的是，以上所说的两种宪法之间是有联系的。这种联系可以通过历史的考察加以说明。广义的宪法定义是宪法的一种较为古老的定义。波林布洛克在他的《论政党》(On Parties)一文中指出：

恰当和准确地说，无论什么时候我们都认为宪法是产生于某些不变的理性准则……，它构成一般性制度，它是政治共同体接受并愿意受其统治的法律、制度和惯例的集合体。

从很早的时候起，人们便认为用一个文件的形式规定将来建立政府和政府行为的基本原则是恰当的，而且也是必要的。在这方面，现代欧洲历史上的1579年荷兰的《荷兰各省联盟法》（The Act of Union of the United Province of the Netherland of 1579）做出了榜样。但在当时，有关这方面的基本原则的文件未被冠以“宪法”字样，直到美国和法国革命时期“宪法”一词方才出现。1787年的美国宪法宣称：“我们美国人民……特为美利坚合众国规定和制定这部宪法。”自此，包含有关政府组织原则的成文的宪法文件开始出现，“宪法”有了我们现在所说的含义。

但是，有必要着重强调，尽管本书中讨论宪法时是指狭义上的宪法，但并不是说我们把自己限定在只研究一国宪法中可以看到的调整政府活动的法律规则的总和上面。这些法律规则的总和不可能独立地起作用。它只是作为一个整体的政府制度和宪法结构的一部分，作为整个规则，无论是法律规则和非法律规则的一部分而存在的。在许多国家，尤其是立法机关依法制定的法律是宪法的补充，其立法的重要性并不亚于体现于宪法中的宪法本文。这样，宪法在确立政府主要机构的同时，如立法两院，行政部门和法院，它还常常规定由其它普通法律确认各机构内部组成及人员任命方式，这类宪法性法律的重要分支如选举制度、议席分配、政府部门的设立、司法部门的组织等等，在许多国家都不规定在宪法文件中，即使宪法中有规定的话，也只是作为一般性原则确立的。尚需普通法律完善这些一般性规定。在有些国家，特别是在欧洲大陆和美国，这些法律称为“组织法”〔Organic Laws (lais organiques)〕。即是说，它是组织政府机构的法律，通过这些宪法确认的组织

实施着公共权力。这样，我们便在宪法和组织法之间划出了一条大致的区分界限：宪法是用来确认机构建立以及指导政府活动的一般性原则，组织法则是具体地调整政府机构内部设置及其活动的法律。但是，不管这种法律是否称为组织法，在大多数国家，它们是由立法机关制定的法律规则的重要组成部分，它们是对原有的法律的补充、修改或者是对原有的宪法的采纳。总之，只有意识到组织法与宪法之间的这种关系才能恰当地理解宪法。

立法并不是法律规则的唯一来源。按照法治的要求，法院在法律适用过程中对法律的解释，往往对宪法进行了补充和修改。在法律规则以外，一些常例、习惯和宪法惯例也对宪法起到了补充和修改作用，甚至可以替代某些宪法规定。关于这个问题，本书的第七章和第八章将作详细讨论。至此，我们可以说，如果要理解一国宪法的含义，描绘出宪法的运作情况，判断宪法的优点，我们必须考虑到更加广泛的内容，虽然宪法规则常常是最重要的规则，但它只是全部规则的一部分。

有必要附带说明什么是或许是完全显而易见的问题？即宪法规定说的是一回事，而实际发生的又是另外一回事的问题。在考虑到宪法的形式和宪法的精神意义以后，我们还必须估计到可能出现的这种不同。而且，我们应当准备承认，虽然世界上的很多国家都有宪法，但有许多国家的宪法被忽视，并受到轻蔑的对待。确实，在二十世纪中叶，可以说世界上的大多数人民是生活在政府的统治管理之中，特别是行政部门显得比宪法更重要、更受尊重和敬畏。只有在西欧一些国家，在美国、英联邦国家以及一些拉丁美洲国家的政府依照宪法受到了一些适当限制。只有在这样一些国家里，才能说存在着真正的“宪

政”(Constitutional government)。基于这种理由,我们这本书中讨论的宪法将不可避免地会讨论以上国家的宪法实施情况。我们应当更加注意这些国家的宪法,因为只有在这些国家才有相当的材料供研究宪法之用。但这并不是说,我们对其它国家的宪法完全没有兴趣,相反,我们对他们确立的制度和体现的理论至少有一定的学术兴趣,而在实施中,这些宪法得不到尊重的事实,则可以用来作为宪法研究的一种富有启发意义的解释。

由于一个国家的宪法只是统治制度的一个组成部分,那么,一个国家是否有无宪法便导致了国家间的一些差别呢?简单的回答是:在很多国家,事实上,由于宪法的不同导致了国家与国家之间的不同。这样,我们便发现了宪法表现出来的一个特征:作为一种法律,在某种程度上,宪法在统治制度中被赋予较其它法律规则更高的地位,至少宪法中常常规定,必须通过较普通法律不同的修改程序才能改变宪法。有时,例如在美国宪法中,宪法不能只由立法机关修改,它只有通过立法机关以外的机构的合作才能实现。而且,在美国,任何国会立法、州立法以及其它任何权威机构制定的规则,如果与宪法的规定冲突,都是无效的。加拿大、澳大利亚、印度、爱尔兰宪法也提供了这方面的例子。

但是,有的国家的宪法还是可以由立法机关通过与普通立法的相同的程序修改。新西兰宪法是这类宪法的例子。总而言之,1947年的新西兰宪法(修正案)通过后便成了这种类型的

宪法^①。这种类型的宪法与英国的宪法有什么实质上的区别呢？从严格的法律角度分析，它们之间并没有实质的区别。在新西兰，宪法规则的总和是通过一个立法性文件表现出来的，即宪法法典的形式。在联合王国，则没有这样一个宪法性文件，有关规则散布在各种众多的文件之中，但这两种宪法中的立法机关都高于宪法性的法律规则，对宪法的修改并没有法律上的限制，以色列宪法也是如此。

对此持异议的人认为：严格地说，像新西兰这样的国家，通过普通立法程序就能修改宪法，要说它确实有宪法，很难说这是完全正确的。在他们看来，宪法必须在某种程度上高于立法机关，它必须高于普通法律。从法律上看，一旦发现所有的管理政府活动的法律规则建立在与普通立法相同的基础之上，那么，这个国家便没有宪法。他们认为，这是在英国早就被承认了的，也许更容易说明的是：在英国没有一个法律文件宣称自己可以冠以“宪法”名称。这也应该用来平等地承认像新西

①新西兰没有成文宪法。其宪法包括：英国议会所制定的各种立法以及在英国依据法律发布的各种特许状、诏书、训令及枢密院令等；由新西兰议会通过的宪法性法律。由英国议会为新西兰制定的宪法性法律主要包括：1852年《新西兰宪法法》；1857年《新西兰宪法修正法》，该法为1947《新西兰宪法法》废止；1865年《殖民地法律有效法》；1931年《威斯特敏斯特法》；1950年《参议院废止法》。属于由新西兰议会通过的宪法性法律包括：1908年《王位继承法》，1908年《司法组织法》及1910年、1913年、1920年、1923年、1930年的《司法组织修正法》；1908年《调查委员会法》及1920年的《调查委员会修正法》；1920年的《文官俸给法》；1927年的《选举法》，1919年的《和平条约法》，1921年的《和平条约延长法》；1928年《不列颠国籍暨外国人在新西兰地位法》；1913年的《外交事务法》1947年《威斯特敏斯特准用法》；1918年《英国国籍暨新西兰国籍法》；1950年《参议院废止法》；1956年《选举法》。——译者注

兰这样的国家，即使它有称之为“宪法”的特别文件。

没有必要采纳如此生硬的三段式。如果承认：在内容上，宪法的规定是可以不同的，那就还要承认在法律上宪法高于或至少高于它所确立和调整的机构的情况也是不同的。承认这种不同是重要的。但是没有必要强调这样一点：即否认包括有调整一个国家政府活动的重要规则的总和的文件有一个“宪法”的名称，尽管在事实上，它已经确认了对立法权的限制，但未在法律规则上加以宣称。

人们自然要问，按照这种观点，为什么这些国家要有宪法？为什么大多数国家要使宪法高于普遍法律？而且，进一步地说，究竟为什么英国完全没有这种意义上的宪法？

如果我们探讨一下现代宪法的起源，我们就会发现，实际上毫无例外地，各个国家起草和通过宪法完全是因为人们希望就其政府制度范围内有关问题的声明有一个新开端。这种新开端的欲望和需求之产生也还可能有其它的原因。在美国，它是由于一些相邻的政治共同体希望团结在一个新的政府周围；或是像1918年以后的奥地利、匈牙利、捷克斯洛伐克那样，由于战争的结果，人们摆脱了帝国的束缚，能够自由地管理自己；或是因为像1789年的法国、1917年的苏俄那样，革命打破了旧的制度，人们需要建立一个在新的原则基础上的新政府，或者像1918年后的德国，1875年、1946年的法国那样，由于战争的失败，政府发展的连续性中断、战后需要一个新的开始。这种新旧交替的情形在各个国家是互不相同的，但是几乎在现代的每一次新旧交替中，各个国家都基于非常简单和基本的理由要求有一部宪法，并基于某些理由、以宪法作为新的开端。因此，他们用文字的形式记下基本的纲领。至少是记下他们希望

的政府制度。自从1787年美国宪法起草以后，它便完全成了习惯性做法。毫无疑问，随着时间的流逝，美国宪法成了各国立宪的仿照品和榜样力量，许多国家都认为有一部宪法是必要的。

然而，以上说明并未解释为什么许多国家有必要在法律上把宪法置于较普通法律更高的地位上这一问题。这种现象的简单的解释是：在许多国家，宪法被认为是政府所能控制的一个工具。宪法源于有限政府的观念。然而，各个国家所希望的对政府施加的限制是不同的。有时，宪法限制行政部门及其下属的地方行政部门，有时，宪法也限制立法部门。但这种限制只在宪法修正案本身的范围内进行。有时候，对立法部门的限制超出了这个范围，如禁止制定某些事项的法律，禁止以某种方式制定法律并附带着某种后果。然而，无论这种限制的性质和范围如何，它们都是基于有限政府的信念，并且都是通过宪法的方式施加这些限制的。

对政府施加以上限制的实质以及宪法高于政府的限度取决于立宪者希望维护的目标。首先，他们可能想使宪法得到更好的保证，不致于被随心所欲地、粗枝大叶地、或被巧立名目以及因某种牵连而改变，或者他们想保证宪法这一重要文件不是轻而易举地捏合起来的，而是神圣的、经过一定的公告期限，经过人们的深思熟虑和自觉的过程才被修改。倘若这样的话，要求修改宪法的特别程序便是合理的。即如人们所说的，只有经过立法机关的2/3多数同意后才能修改宪法，或者是经过普选后、或是经过3个月的公告期限后才能修改宪法。

宪法的制定者头脑中所想的往往比我们在这儿说的还要多。他们或许认为，在立法机关和行政机关之间存在某种关系是很重要的；或者认为司法部门应当对立法部门和行政部门有

某种程度的独立的保障；或者他们认为应当规定公民的某些权利，这些权利又是立法部门和行政部门不能侵犯和不能剥夺的；他们也许还认为有的法律根本不能制定。例如，美国宪法的缔造者们禁止国会制定溯及既往的法律，即在某种行为和情况发生以后，通过法律来调整这些已经发生的行为和情况。这种法律能够使某人一犯有错误，但不构成有罪的行为被认为有罪。1937年的爱尔兰宪法禁止立法机关通过任何允许离婚的法律。宪法的制定者们还进一步号召一些截然不同的政治共同体结合在一个共同的政府之下，但他们同时又关注保障为各个政治共同体本身保留的一些权利。如果这些政治共同体在民族、语言、宗教方面有不同，宪法需要保证各政治共同体自由地体现民族特征。那些制定瑞士宪法、加拿大宪法以及南非宪法的人们便不得不考虑这些问题。只需要举出这几个国家的例子就足够说明问题了。即使各个政治共同体在语言、宗教和种族上没有区别，除非他们在联合体内的独立得到了有效措施的保障，他们是不愿意联合的。为了满足这一要求，宪法不仅要在联合起来的政府和政府各部门、各组成部分划分权力，而且无论如何要在一定的范围内把这种权力划分的最高性奉为神圣的东西，并且保护这些权力划分。

在有些国家，以上提到的各种考虑只有一种考虑在起作用，在有的国家，是一些考虑在起作用，在有的国家，则是全部地在起作用。例如在爱尔兰宪法中，宪法制定者们希望宪法的修改应当经过一个深思熟虑的过程，公民的权利应当得到保障，禁止制定某种类型的法律，因此，他们使宪法处于至高无上的地位并对立法机关施加了某些限制以便实现自己所要达到的目的。美国的宪法制定者们心目中也有这些目标，但其终极