



应用型系列法学教材

宪法

第二版

主编 秦前红



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社



应用型系列法学教材

宪法

第二版

主 编 秦前红
执行主编 宦吉娥
副 主 编 黄明涛 熊 威 翟明煜



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

宪法/秦前红主编. —2 版. —武汉: 武汉大学出版社, 2018. 8

应用型系列法学教材

ISBN 978-7-307-19801-2

I. 宪… II. 秦… III. 宪法—中国—高等学校—教材 IV. D921

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 277301 号

责任编辑: 胡 荣

责任校对: 汪欣怡

版式设计: 汪冰滢

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 武汉鑫佳捷印务有限公司

开本: 787 × 1092 1/16 印张: 17 字数: 397 千字 插页: 1

版次: 2010 年 9 月第 1 版 2018 年 8 月第 2 版

2018 年 8 月第 2 版第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-19801-2 定价: 39.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

目 录

第一章 宪法的概念.....	1
第一节 宪法的定义.....	1
第二节 宪法的作用.....	4
第三节 宪法的类型.....	6
第四节 宪法的渊源与形式	11
第二章 中国宪法的产生与变迁	16
第一节 1949 年以前的宪法沿革	16
第二节 中华人民共和国与“1954 年宪法”	21
第三节 1954 年到 1982 年之间的宪法沿革	22
第四节 “八二宪法”	23
第三章 宪法的基本原则	26
第一节 法治原则	26
第二节 分权原则	30
第三节 人民主权原则	38
第四节 基本权利原则	45
第四章 基本权利的一般原理	53
第一节 宪法基本权利与人权关系	53
第二节 宪法未列举权利理论	57
第三节 宪法基本权利的界限	65
第五章 平等权与政治权利	75
第一节 平等权	76
第二节 政治权利	80
第六章 个人自由权	85
第一节 表达自由	86
第二节 人身自由	93
第三节 一般人格权、住宅权、通信自由权	95

第四节 婚姻家庭权	96
第七章 社会经济文化权利	99
第一节 财产权	100
第二节 劳动权与休息权	104
第三节 获得物质帮助的权利	112
第四节 受教育权	114
第五节 文化权利	118
第八章 公民的基本义务	122
第一节 基本义务的一般原理	123
第二节 我国公民基本义务的主要内容	123
第三节 保卫祖国，依法服兵役和参加民兵组织	127
第四节 依法纳税	128
第五节 其他基本义务	129
第九章 国家的一般原理	130
第一节 国家与宪法	131
第二节 国家性质	133
第三节 国家形式	137
第十章 选举制度	143
第一节 选举制度概述	143
第二节 我国选举制度的历史发展	144
第三节 我国选举制度的主要原则	147
第四节 我国选举的程序	150
第五节 对代表的监督和罢免	153
第十一章 中央国家机关	156
第一节 国家机构概述	156
第二节 全国人民代表大会及其常务委员会	158
第三节 国家元首	162
第四节 国务院	164
第五节 国家监察委员会	166
第六节 最高人民法院和最高人民检察院	167
第七节 中央军事委员会	169

第十二章	地方国家机关	172
第一节	地方国家机关概述	173
第二节	地方各级人民代表大会及其常务委员会	173
第三节	地方各级人民政府	178
第四节	地方各级监察委员会	179
第五节	地方各级人民法院	179
第六节	地方各级人民检察院	182
第七节	民族自治地方机关	183
第八节	特别行政区机关	186
第十三章	政党制度	190
第一节	政党制度概述	190
第二节	中国的政党制度	197
第十四章	公民自治团体	204
第一节	公民自治权概述	205
第二节	中国的基层群众自治制度	206
第十五章	宪法解释	212
第一节	宪法解释的概念	212
第二节	宪法解释制度	217
第三节	中国的宪法解释制度	226
第十六章	宪法修改	229
第一节	宪法修改概述	229
第二节	宪法修改的方式	232
第三节	宪法修改的程序与界限	233
第四节	中国的宪法修改制度	236
第十七章	违宪审查	238
第一节	违宪审查概述	238
第二节	当代违宪审查制度	242
第三节	中国的违宪审查制度	248
第四节	宪政秩序	252
后记		265

第一章 宪法的概念

【学习目的与要求】 了解“宪法”的概念、宪法在当代公共生活中的作用，以及宪法的主要形式与类型。

【引例】

宪法宣誓制度

2015年7月，全国人民代表大会常务委员会表决通过了《关于实行宪法宣誓制度的决定》，由此建立了我国的“宪法宣誓制度”。根据决定的要求，各级人民代表大会及县级以上各级人民代表大会常务委员会选举或者决定任命的国家工作人员，以及各级人民政府、人民法院、人民检察院任命的国家工作人员，在就职时应当公开进行宪法宣誓。誓词全文为：

“我宣誓：忠于中华人民共和国宪法，维护宪法权威，履行法定职责，忠于祖国、忠于人民，恪尽职责、廉洁奉公，接受人民监督，为建设富强、民主、文明、和谐的社会主义国家努力奋斗！”

宪法宣誓制度已于2016年1月1日起正式实施。

第一节 宪法的定义

一、近现代宪法的起源

宪法的出现与人类试图在维持共同生活的前提下对公权力予以控制息息相关。人是社会动物，自古以来已习惯于结成不同规模的共同体，以便维持物种的生存、安全及其他方面的利益。众所周知，人类社群发展至较高文明阶段时，在内部结构上都不免分化出掌握权力的部分人群，由此与更大多数的服从该权力之管治的其他人群区别开来，例如古代的君主政体之中，由君主一人掌握全部的统治权，而所有臣民通过效忠与服从此权力而换得安全或安定的生活，就是一种人类历史上曾经极为典型的共同体组织模式。然而，历史又一再证明，凡掌握权力者——不论其为一个人或多数人——若无外部力量的制约，无不有意无意地滑向滥用权力，以至于引发社会不公乃至内部动荡。人类基于寻求人身安全的本能，同时也基于对自由、公平、正义等价值的理性认识，必然希望对掌握权力者施以一定的控制或限制。历史上，为达成此一限权目标而被采用的方法多种多样，宪法即为其中一

种。以当今的视角而言，宪法已成为世界上最普遍采用、也最为行之有效的“限权工具”。

目前，宪法最为常见的表现形式是一部被冠之以“宪法”名称的正式法律文件，通常而言，一个在国际上享有独立地位的国家必然有这样一部宪法。在这部法律文件中，相关的条文以明确的文字规定了最为重要的公权力机关——如议会、政府、法院等——如何被创设、享有何种权力以及须以何种程序或方式来行使这些权力。例如，我国当前所实施的宪法就是于1982年经重大修改之后重新颁布的《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》），其中包含了国务院这一重要机构的权力来源、权力范围、人员构成、运作方式等基本内容。以这样的特定方式，宪法承担了对公权力予以限定和控制的功能。也就是说，一个国家的特定公权力机构凭借着宪法而获得了“合法权力”的属性，而民众也可以借由宪法去了解这些合法权力的具体内容及其界限。

中国不是宪法的“原产国”，以宪法作为限权工具的理念源自西方。目前公认，世界上最早的宪法出现于17世纪的英国及其在北美大陆的殖民地。1653年，奥利弗·克伦威尔作为当时的共和时期的实际最高统治者，主导颁布了一部名为“政府约法”（“Instrument of Government”）的法律文件，试图为英格兰奠定政府框架，但此文件最终未能付诸实施。今天作为美国的一个州的康涅狄格，在1639年以本地居民的名义颁布了一部名为“康涅狄格根本法”（“Fundamental Orders of 1639”）的文件，作为其创建政府的基础。该文件对后续美国历史产生了深远影响。但这些文件仍然未采用“宪法”这一名称。如果按照成功延续至今的标准，那么当今世界历史最悠久、国际影响最大的宪法无疑是美国联邦宪法，也即《美利坚合众国宪法》（*The Constitution of the United States*）。这部颁布于1787年、生效于1789年的宪法全面、系统地设计了美国联邦政府的各主要机构的组成方式、职权及其相互关系，规定了联邦与各州的关系，同时还设定了修改宪法的程序与方式，是那个时代的宪法思想的集中展现与开创性的试验。经由这部宪法，此前脱离英国、但仅维持松散联盟关系的北美十三州组成了一个全新的联邦制国家。美国宪法的历史清晰展现了宪法作为创建和控制公权力的理性工具的功能与价值，对后续其他民族、国家的历史产生了深远影响。

部分地源于美国宪法的激励，同时也基于启蒙运动的深刻影响，法国在大革命期间的1791年制定了其第一部成文宪法，在欧洲开创了历史先河。随着法国大革命的影响扩展至欧洲大陆其他地区，宪法这一新鲜的事物也被其他民族所渐次接纳。整个19世纪，作为限制公权力这一普世理想之象征的宪法，推动和见证了欧洲各君主制国家的溃败、革新或转型。到了第一次世界大战结束之时，宪法已经成为欧美各国的普遍存在，成为了文明与进步的标志。就中国而言，辛亥革命之后建立的中华民国，在1912年颁布了相当于宪法的《中华民国临时约法》，使得中国也由此被写入世界宪法史。

要注意，名为“宪法”的单一法律文件不是宪法唯一的表现形式，凡是用于创设和控制公权力的规则，在实质意义上都可以被归属于宪法的范围，但这些规则并不必然被人为地整合到一部单一、完整的法律文本之中。英国拥有的就是这种类型的宪法，即并不存在“大不列颠及北爱尔兰联合王国宪法”这样一份可以在谷歌上被搜索到的法律文件。但是，如果说“英国是没有宪法的国家”，就会闹出笑话，因为颁布于历史上不同时期的

一系列具有特定内容的议会立法 (statute/parliamentary legislation) 都是英国宪法的组成部分, 这些法律被称为“宪法性法律” (constitutional law), 只不过, 在形式上没有被整合为一部单一的法律或法典。就宪法的表现形式而言, 英国在当今世界上处于少数派的地位, 尽管这并不影响其对于公权力的有效控制。

以美国宪法为代表, 包括今天的中国在内, 大多数国家都拥有一部叫做“宪法”的单一、完整的法典, 所以“法典化的宪法”是宪法历史发展到今天的主流形式。同时, 因为宪法典出现于 17、18 世纪, 这在欧洲的历史分期上属于近代或现代 (modern era)^①, 因此, 一般也可以把宪法典称为“近代宪法”或“现代宪法”, 以区别于尚未具备这种外在形式的那些宪法类型。

二、宪法的定义

要给出一个简单而准确的宪法定义, 不是一件容易的事。“宪法”这个词语在中文里面古已有之, 但所指代的含义与今天很不同。更重要的是, 作为对外来概念的中译表达, 宪法这个词在西欧历史上也曾用于描述过一系列不同的事物, 并且与今天的宪法概念存在不同程度的区别。因此, 在研习宪法学的背景下, 我们对于宪法的定义必须是限定在当今对于宪法这一事物的普遍理解之上的, 因此首要的要求就是, 必须与那些仅具有历史意义的含义划出明确的界限。

在此基础上, 我们可以从不同维度来认识宪法。第一, 从事物的本质属性来看, 宪法是法, 是为社会生活提供的一种规则或规范, 要求所有人或相关主体予以遵守, 并且附设一定的机制来确保这种遵守得以实现。在这个意义上, 宪法不能仅仅被视作某种宣言或呼吁, 其对政府架构的设计绝不是某种建言而已, 而是必须予以遵守的规则; 宪法更不能被等同于对既存事实或状态的描述, 宪法作为规则, 其往往与社会生活的实际情况存在距离, 并且是对实际情况予以评价的标准。第二, 从目的或任务来看, 宪法是用于控制权力的, 以便避免权力被滥用而引发一系列恶果。对于完全经由法律所创设的权力而言, 宪法实际上既是权力的创造者, 也是权力的控制者。对于因历史原因而既存的权力机构或阶层, 宪法的任务就是对其予以约束, 使其不能凌驾于法律之上。就此而言, 如果不是以控制权力为目的, 或伪装成限权法, 但实际上却为不合理的、落后的政府架构与制度作合法化的包装, 那么即便被冠之以“宪法”之名, 也不能被算作真正的宪法。第三, 从形式上看, 现代宪法一般呈现为一部完备的法律文件, 由特定机构经由专门的程序予以一次性地颁布, 从而集中地、系统性地对政府架构等事宜作出规定, 但实质上的宪法规范散见于不同的法律文件之中的现象也客观存在, 并且在实际效果上不一定输给法典化的宪法, 因此, 对宪法形式的认识不能局限于宪法典。第四, 从实质上看, 基于宪法的根本目的, 凡属于宪法的规则、规范, 都应该与实现对权力的控制相关, 反过来讲, 凡是在内容上体现为创设、指引或限定权力的法规范, 都可以在实质意义上被称为宪法, 或至少是用于实施宪法规则的法, 而不论其是否呈现为特定的文本形式或是否属于一部单一法典的组成部

^① 欧洲历史分期中的 modern era 对应的中译文有两种表述, 有时作“近代”, 有时作“现代”, 在指代欧洲历史阶段的语境下没有区别。

分。然而,在政府规模不断扩大的今天,为避免令实质意义的宪法概念过于泛化,通常只会将有关那些最重要、最根本的公权力机构的法视为宪法。

那么,是不是只有国家才拥有宪法呢?或者说,一个国家之内,是否有可能存在多于一部的宪法?实际情况是,宪法并不是必须依赖于一个国家而存在。在联邦制国家,其组成单位如州(美国、德国、澳大利亚等)或加盟共和国(俄罗斯)都会拥有自己的宪法,规定本地区的政府架构;在某些不具备国际法上的独立主权国家地位的地区,因为仍存在有效运转的政府,所以也拥有宪法,如作为英国托管地的直布罗陀;此外,国家间的联盟也基于特定的法律文件而被创建,这些文件从实质上具备了一定程度的宪法属性,如欧盟的几个基础条约。因此,关键在于,凡是有政府运作的地方,都需要一部宪法或类似于宪法的法律文件,用于对政府的创建及其权力行使作出系统规定,而不管我们是否将该地区称为“国家”。所以,为了避免误以为不具备国家地位的地区没有宪法,最好是把拥有宪法的人类社群单元称为“政治共同体”。

至此,可以对宪法作一个具有普遍涵盖性的定义如下:宪法是特定的政治共同体用于创设其最为重要的公权力机构,并规定其权力界限与运作方式的法。

第二节 宪法的作用

对初学者来讲,可以提出一个直白的问题,即宪法是用来做什么的?上文已经提到,在根本上,宪法是用于控制公权力的。此外,我们还可以作以下进一步的观察。

一、宪法为政府和公权力提供合法性

一方面,人类社会离不开政府,以便维护基本秩序、提供公共服务;另一方面,人的天性必然促使其反抗暴虐、野蛮的统治,对这一悖论的化解依赖于让政府及其行使的公权力合法化,即特定政府管治之下的人群基于对政府的合法性(也即“正当性”)的确认而对其表示服从,进而该政治共同体才有机会保持长期的内部和平与稳定。宪法当中最大比例的规则是关于如何创建政府,并向其授予公权力的。也就是说,宪法虽致力于控制权力,但逻辑上必须先创造权力。宪法与权力并不是彼此对立。凭借宪法的这一转介,政府获得了行使公权力——也即强制力——的证明或资格,由此可区别于纯粹依赖强力而维持内部秩序的其他人类团体。

二、宪法可避免通过暴力手段解决政治冲突

政治生活是人类社会生活的重要组成部分,其中包含权力的分配、行使及交接,容易引发纷争与冲突,乃至最终依靠暴力的手段予以解决。正因如此,所谓宫廷斗争、宗教战争从来都是史不绝书的。宪法的作用之一,就是提供一套凌驾于所有人之上的、透明的、公平的规则,让政治生活循此框架或轨道而运行,从而避免其陷入不可预期的状态中,由此避免暴力与阴谋的恶性循环。

英国1688年“光荣革命”的发生就与此前政治生活中缺乏一项明确规则有关。17世纪的英格兰,经过了长期的宗教改革,国内信奉英国国教的人口占据多数。但1685年继

承王位的詹姆斯二世却是一个天主教徒，并且在任内大肆重用天主教徒，引发政坛动荡。1688年冬天，局面已发展至不可收拾，国王选择出逃法国，临时召集的国会遂依法宣布詹姆斯丧失王位，并从荷兰迎回其女儿玛丽与丈夫奥兰治亲王来继承英格兰王位，由于政权更迭中未流一滴血，史称“光荣革命”。后来，议会于1700年颁布《王位继承法》，明确将王位继承人限定于英国国教徒，自此以后，英国再无因宗教争议而引发的政治危机或内乱。正因如此，《王位继承法》也被视为英国宪法的组成部分。

三、宪法可保护个人的自由与权利

在政治共同体中，个人面对政府的时候是处于绝对弱势地位的。宪法之所以须对政府的权力予以设定、限定，是因为只有如此才能确保个人可免于权力滥用而遭受压迫，才能保护个人的自由与权利。就此而言，专注于处理平等主体之间的纠纷的私法是不具备这种功能的。从思想史的层面来看，近现代宪法的出现与17、18世纪普遍流行的自然法思想密不可分，根据这一思想，个人与生俱来的若干自由与权利是不可剥夺的，作为加入到政治共同体中来、并承认政府统治之合法性的条件之一，尊重和保护这些自由与权利是政府的职责，也是宪法所设定的最低保证。一般来讲，这些自由和权利包括人身自由、良心与信仰自由、言论自由、法律上的平等、担任公职或者其他参与公共事务的权利等。

例如，美国宪法第四修正案规定，“人民的人身、住宅、文件和财产不受无理搜查和扣押的权利，不得侵犯。除非有正当理由，以宣誓或代誓宣言确保，并特别开列应予搜查之地点与应予扣押之人或物，不得颁发搜查和扣押状”。这一宪法条款对人身自由、住宅安全、财产安全作出了规定，其针对的就是政府在刑事调查或其他正式、非正式程序中所可能采取的搜查、扣押等措施，以便保护相对弱势的个人。而且值得注意的是，上述文字表明，并非宪法本身从无到有地创造了这些权利，宪法只是确认了这些权利的存在，并要求相关主体“不得侵犯”。近现代宪法将个人自由与权利放在极其重要的位置。

四、维持政治共同体的凝聚力

在某些特定历史时刻，政治共同体会经历巨大的社会变迁乃至革命，甚至政治共同体本身也会发生拆分、重组。这种时候，宪法往往能起到团结各阶层、各民族的民众，增强政治身份认同，维持共同体凝聚力的作用，从而最终帮助政治共同体渡过危机时期。在这种情形下，宪法所作的远不止是为新生政权提供合法性而已，而可以认为其帮助建构或定义了政治共同体本身。

例如，美国联邦宪法的制定实际上将十三个州的联合方式予以彻底更新，既创建了新的联邦政府，在某种意义上也创建了新的美国（The United States）。又比如，南非在20世纪90年代初废除种族隔离制度，为了实现国内的种族和解，决定制定新宪法。其1996年生效的正式宪法确立了种族平等，民权斗士纳尔逊·曼德拉则成功当选为第一任总统。南非的社会转型与种族和解赢得了全世界的赞誉，其间新宪法的功劳不可磨灭。

【案例 1-1】

“费城会议”与美国联邦宪法的产生

1776 年,北美“大陆会议”通过《独立宣言》,英属北美地区的十三个殖民地正式与宗主国英国脱离,成为十三个独立国家。经过独立战争,北美与英国在 1781 年签订《巴黎协定》,其独立地位在法律上获得英国承认。1787 年,来自北美各国家(如今称为“州”)的代表共 55 人齐聚宾夕法尼亚的费城,举行了连续三个多月的秘密会商,最后形成了一份联邦宪法草案,意图以此建立一个联合十三个成员国的“联邦政府”。该草案交予各国之后,它们分别召集专门的“宪法批准大会”,对草案内容进行辩论和表决。当第九个成员国批准草案之后,“联邦宪法”依法生效。1789 年 3 月,当选第一任联邦政府总统的乔治·华盛顿宣誓就职,至此,“美利坚合众国”正式在世界舞台亮相。

美国联邦宪法是一份法律文件,系统、全面地规定了美国联邦政府的组织架构、产生方式、职能权限以及履职程序,是建立联邦政府的法律基础。这份宪法是经由组成联邦(“合众国”)的各成员单位的代表以协商的方式形成草案,再交由各成员单位的特别代表机关表决通过的,是以法律方式创建政府,并由此建立全新国家的经典案例。美国联邦宪法从 1789 年开始实施,迄今已有两百多年未曾间断。美国联邦宪法是世界上最具有影响力的宪法之一。

第三节 宪法的类型

一、宪法类型学的方法与价值

自世界上第一部成文宪法问世以来,宪法这一独特的法律类型已有两百多年历史。如考虑到在那之前不同民族和政体在历史进程中逐步衍生出来的各种控制公权力的法,那么宪法的面貌其实非常多样化。就特定地域或民族而言,在如何控制公权力的问题上,不同历史阶段曾面对不同的挑战,宪法要完成其使命,就需要因应公权力的组织形态、运行特点,而有一定的调整或发展,这就使得宪法本身亦成为随历史发展而不断变迁的现象。如果我们再选取一种横向比较的视角,又会发现不同地域或民族对于如何通过宪法来实现对其政治共同体之公权力予以控制有着不同的方案,而这些差异实际上反映了它们之间不尽一致的社会条件、思想潮流乃至民族性格。所以,同样归属为宪法这一范畴之内,不同历史阶段、不同地域或民族,却可以在具象层面创设或发展出不同类型的宪法。我们既不能因为宪法类型的多样性而放弃对于宪法的普遍本质特征的探究,也不能囿于某个抽象化的宪法定义而无视这些多样性。事实上,对宪法作类型化的分析与研究,从来都是宪法学的首要方法。

二、基于形式或外观的分类

宪法是法，因此会以一般意义上法的各种表现形式来展现自身。这包括两个方面，其一，作为具体的宪法规则的宪法，其以何种形式存在；其二，作为规则之集合体的宪法——如特定国家在特定时间节点上所拥有的“那一部”宪法——以何种形式存在。在这个方面，我们可以发现宪法具有足够的多样性。

最早被正式提出来的宪法分类是所谓成文宪法与不成文宪法的分类。当规范政府的组织与行为的规则以明确的文字被写入某个文件之中，可以被任何人公开地阅读到或援引为依据时，这种宪法规则就是成文宪法。例如，我国《宪法》第79条第1款规定：“中华人民共和国主席、副主席由全国人民代表大会选举。”基于此，任何违背此一规定而进行的政治操作就会非常显白、无可争议。与这一类型的规则相对应的，是那种未曾正式以权威文字记录下来，而是依循习惯、惯例、历史而形成的心照不宣，但绝不是毫无约束力的规则，这种规则同样也是用于规范政府的组织与行为，因此不应被否认其作为宪法规则的属性。例如，在当代，英国女王不会拒绝向议会下院的多数党领袖授予组织内阁的权力。这一规则可以被人们总结为“赢得议会下院多数席位的政党的领袖应成为内阁首相”，然而这一点从未在英国任何一部正式的法律中被写明。相对于成文宪法，这一延续了至少近两百年的习惯做法就被冠之以“不成文宪法”的名称，以强调其不呈现为也不依赖于法律文本，却同样可以有效地实施。英国19世纪宪法学家戴雪将其称为“宪法惯例”（the conventions of the constitution）。值得强调的是，“不成文”不是指不曾被任何人写出来——新闻报道、历史撰述、政治家的演说词、法学家的研究都可以对这些事实上存在的规则进行描述、归纳；不成文的要点在于，这些规则缺乏一种通常意义上的法的外观，即未曾被立法机关制定、颁布过，也未曾被法官在判决书中公开宣布过。

很显然，成文宪法和不成文宪法的分类可以用于对具体的、特定的宪法规则作分析，但如果试图将某个国家在整体上标签为“成文宪法国家”或“不成文宪法国家”，就很可能是不准确的。人们曾不假思索地把英国称为“不成文宪法国家”，因为其包含大量的从历史上延续至今的惯例——如上述女王授权首相组阁的惯例——而这一点相比于其他国家而言显得非常突出。但是，英国实际上也存在大量的法——包括议会立法和法院的判例——显然是严格意义上的宪法规则，如《王位继承法》中规定，英格兰的所有国王或女王都应当根据既有的法来执政，又如《议会法（1911—1949）》第1条第1款规定，任何有关公共财政的法案，如已经被下议院通过并提交至上议院，若上议院未能在一个月之内通过，则该法案将被提请至国王予以签署并成为法律。因此，严格来讲，不成文宪法或成文宪法其实是指具体的宪法规则所据以呈现的形式，而英国应该被描述为同时拥有成文宪法和不成文宪法的国家。甚至可以这样说，凡是存在某种能够约束政府行为的惯例的地方，都是存在“不成文宪法”的。

与此有紧密关联的另一种分类方法，是把不同国家的宪法分为“法典化的宪法”和“非法典化的宪法”，或者如英国学者惠尔所说，“有宪法典的国家和没有宪法典的国家”。^①

① [英] K. C. 惠尔：《现代宪法》[M]，翟小波，译，北京：法律出版社，2006：14。

美国作为公认为第一个制定宪法典的国家,就属于“有宪法典的国家”。事实上,美国制定联邦宪法的方式的开创意义正在于此,当它把有关政府组织与权力运作的最重要规则集体写入一部名为“宪法”的法律文件的时候,实际上发明了一种叫做“宪法典”的东西。这一风尚的影响力如此之广,以至于宪法典这种形式的宪法越来越占据世界宪法史的主流,到今天,我们所知的绝大多数国家的宪法实际上都是表现为一部宪法典了。与此相对的,是少数几个仍缺乏一部宪法典的国家,我们可称其宪法为“非法典化的宪法”。英国没有一部如美国联邦宪法那样的宪法典,因此说英国是“没有宪法典的国家”是完全正确的表述,这句话可以引申为英国宪法体现为一些未予以法典化的、而是分散存在的议会立法,一些不成文的宪法惯例,以及一些来自司法判例的判例法。就此而言,有无宪法典这一分类方法比“成文/不成文”的区分更有利于对特定国家作准确描述。除英国之外,瑞典、新西兰、以色列的宪法也是“非法典化的宪法”。

对于为何当今世界上大多数国家都拥有一部宪法典这个问题,实际上也隐含了另一个问题,即如英国这样的国家为何没有选择去制定一部宪法典?简单来说,必须结合近现代宪法的历史与人们对宪法的期望来寻找答案。宪法作为对公权力的控制工具,其产生实际上主要依托于人类社会政治生活的重大转型的特定历史背景,在这个过程中,宪法的颁布与政府被成功地置于法的规管之下是同步进行的。社会重大转型所提供的历史契机,使得人们有机会或觉得有必要对控制政府的相关规则作一次系统性的设计、重塑,或至少是整合,于是,宪法典这种明晰、完备且针对性极强的法律文本形式就比分散式的立法要方便得多,有助于一次性地完成政治生活的改造和转型。所以,我们可以看到,当美国人打算重塑各州之间的联盟形式时,他们选择了制定联邦宪法典,当法国人在大革命中以暴风骤雨的方式打碎封建制度时,他们选择了制定宪法典,当奥地利、匈牙利、捷克斯洛伐克从奥匈帝国解体后的废墟中创建自己的民族国家政体时,也纷纷制定了宪法典,当德国、日本在“二战”之后决意告别过去的体制时,也选择了制定宪法典。所以,如果我们从过去两百多年的历史来做考察,就会发现宪法典是各国实现各自的社会重大转型的助推器与历史见证,而如英国那样将历史延续性与渐进式制度改良保持得如此与众不同的民族是如此之少,那么宪法典占据了当代宪法形式的主流也就不必大惊小怪了。

三、基于法律位阶的分类

传统上,有把宪法分为“刚性宪法”和“柔性宪法”的分类法,其要点是看宪法是否须经由特殊的严格程序才能被修改。如果一部宪法在修改程序与门槛上与一般法无异,则称为“柔性宪法”;而如果必须遵循特定的程序与门槛,且相对于一般法的修改而言要严格得多,那么就被称为“刚性宪法”。作为英国学者提出的观点,这一分类法又带有强烈的英国视角,^①因为英国宪法基于其不成文或非法典化的属性,并不存在特别的修改程序。或者说,英国的宪法性法律与其他法律一样都可以由议会经由无差别的程序予以制定、修改或废止,所以宪法没有展现出足够的“刚性”,换句话说,是一种“柔性宪法”。当然,值得注意的是,刚性或柔性的区分只是基于有关宪法修改的既定程序和规则而言,

^① 参见林来梵:《宪法学讲义(第二版)》[M].北京:法律出版社,2015:66-67.

并不能直接反映实际上达成宪法修改的难易程度。如果各方面具备相当强烈的共识,即便刚性宪法也同样可以依循程序被顺利地作出修改;反之亦然,柔性宪法有可能经历很长时期都难以作出一次修改。

从真实的历史轨迹来看,我们会发现,恰恰是宪法典出现以后,其自带的严格修改程序——美国联邦宪法就是典型——使其显得与众不同,这才催生了所谓“刚性宪法”的概念,因此,所谓“刚性/柔性”的区分在本质上是人们是否对宪法予以特别定位的问题,或者说宪法是否被视为与一般法不同,而需要予以特殊保护的對象。

按照这个思路,如果我们进一步考察宪法在一国法律体系中的地位,就会发现,有的宪法明确地被承认为具有最高位阶的法,优越于立法机关制定的一般法律以及其他所有法规范,而有的宪法则不能获得这种地位,其不能保证在与其他法律存在冲突时能够被优先地适用。所以,我们可以把不同国家的宪法区分为“作为最高法的宪法”与“作为一般法的宪法”。例如,在美国或德国,宪法被认为是本国最高地位的法,能够约束包括立法机关在内的全部公权力机关,并且在法律效力上也优越于立法机关制定的任何法律,即宪法处于本国法律体系的顶点。作为这一逻辑的自然延伸,于是就有了宪法修改方面更为严格的程序,即呈现出上述的“刚性”外观。不仅如此,在美国,当联邦法院在审理案件的过程中认定某一部拟适用的国会立法或州法与联邦宪法存在不可避免的冲突时,有权宣布前者因构成“违宪”而无效,从而确保宪法作为最高法的地位在实际上得以实现。这一制度被称为“违宪审查”。至于为什么宪法应该具有最高法的地位,则与支撑着宪法这一法律现象的哲学思想或价值观念相关——这些思想或观念有多个来源。例如,根据“有限政府”思想,包括立法机关在内的任何公权力机关的权力都是有其界限的,而作为完整阐明这些界限的宪法规则,必须具有高于立法机关及其立法的地位,才能使得这些界限具有实际意义;根据“制宪权”理论,制定宪法的主体不同于经由宪法所创设的主体,这逻辑上的先后次序决定了后者不可能违背或改变其据以被创设的先决条件;根据著名法学家汉斯·凯尔森的观点,国家在本质上是一种法秩序,下位法的效力依据来源于上位法,而宪法则处于这一秩序的顶端,所以,宪法必须具有高于一般法的地位。

与此相反的例证是,在有的国家或有的历史时期,宪法并不被认可为最高法。在不存在宪法典的国家,宪法规则可以包含在某一部议会立法中,尽管从内容上可以与其他种类的法规范——例如刑法、民法——区别开,但从法律位阶上看,这些由议会制定的“宪法性法律”与其他法律并无彼此高下之分,由此推之,英国宪法的“柔性”也就理所当然。更有甚者,即便是宪法典,也不一定拥有优越于议会立法的地位。例如,德国在魏玛宪法时代(1919—1933年)就不认为宪法具有当然的最高法地位;法国人在第四共和国时期虽然制定了一部宪法典(1946年宪法),却认为当宪法与议会法律相冲突时,可以通过修改宪法来化解此冲突,显然也没有将宪法视为至高无上的法典。对这一现象的解释大致可归结为议会制在特定历史阶段的强势地位,使得议会在一国政治生活中实际处于不受制约的地位,包括可以对宪法作出修改(也可能需要遵循一种更为严格的修法程序),以至于在一般法与宪法之间作特别的区分并无太大的实际意义。然而,随着人们对议会制本身的弊端的反思,宪法有必要具有真正的优越地位的观点也逐渐被更广泛地接受,加上违宪审查制度的逐渐普及,宪法作为最高法的地位在全世界范围内——尤其在“二战”之

后——越来越获得认可了。在今天，德国和法国都已经确立了其宪法在国内法律体系中的最高法地位。

四、基于实质内容的分类

与宪法的形式多样性一样值得瞩目的，是不同国家、不同时代的宪法在具体内容上的差别。在某个历史时期，某种特定的思想潮流具有席卷之势，以至于不同国家的宪法文本都打上了相同的烙印。而在时过境迁之后、或尤其是经历了宪法修改、重新制宪之后，一个国家可以拥有一部在内容上焕然一新的宪法。

18 世纪末、19 世纪初的宪法受到彼时流行的自由主义思潮的影响，特别强调个人权利与自由的优先地位甚至是绝对不可侵犯的地位，进而对政府权力施加了较多的限制，力图打造一种小规模、与市民社会保持有效区隔的政府，这类宪法可称为“自由主义色彩的宪法”，典型是美国联邦宪法、法国 1791 年宪法、比利时 1830 年宪法等。随着 19 世纪西方国家工业革命的展开，社会生活方式发生巨大变迁，政府越来越被期待介入社会，对个人权利予以必要限制以便协调公共利益，此时出现的宪法对于个人权利与自由的表述就相对没有此前那么绝对，同时也不吝授予政府更多权力。在这一阶段，不同于此前自由主义思想大行其道，各种类型的社会本位或社会主义思潮逐渐被广为接受，所以在此背景下被制定出的宪法可称为“社会主义色彩的宪法”，典型是德国《魏玛宪法》。中国颁布的 1946 年宪法也可算是体现了社会主义思想的宪法。要特别注意的是，此处“自由主义”与“社会主义”之间只是程度上的区别，就宪法的根本目的是控制公权力而言，两者之间仍是一致的。社会主义色彩的宪法并不是全然否定自由主义，而是修正了早期宪法中过于绝对化的表述，更多强调了公共利益、社会本位的价值而已。此外，不能把拥有“社会主义色彩的宪法”的国家直接等同于中国当下意识形态语境下的社会主义国家，因为很多制定了这类宪法的国家仍然被我们归入资本主义国家的行列。

如果考察下一部宪法为其政治共同体设定了怎样的组成方式，则可以将宪法分为“联邦制宪法”和“单一制宪法”。也就是说，这一区分的原则是，“宪法对政府权力在全国政府和其组成部分所确立的任何政府之间的分配”。美国、瑞士、德国、澳大利亚、加拿大、南非、巴西都属于前一种类型；而法国、英国、日本、韩国、中国则属于后一种类型。从宪法的制定背景来看，联邦制宪法实际上是由若干个决定组成联邦的独立政治共同体经过彼此合意而制定的，这决定了联邦的组成部分实际上各自都保留有自己的一套政府架构，也有一部自己的宪法。通常，联邦宪法除了对联邦政府的组织与权力作出规定之外，还必须详细规定联邦与各组成部分之间的权力分配与相应的纠纷解决机制。从理论上讲，联邦宪法必须在尊重和保留各组成部分的宪法及其固有权力的前提下被实施，但这与联邦宪法同时被确立为整个联邦的最高法没有矛盾，实际上，只有如此，联邦才能称其为联邦。单一制宪法的任务则相对简单，因为它只需要设计一套政府架构而已。但实际上，单一制国家内部也可以采取相当程度的地方分权，某些重要的分权安排也会体现在宪法文本当中，尽管从原则上讲，单一制宪法之下地方的任何权力都可以被中央政府收回。

五、基于实际效力的分类

与上述分类方法均不同的是,“二战”之后开始流行一种“着眼于宪法在现实的政治过程中实际具有的功能”^①而进行的分类。这其中比较著名的就是卡尔·罗文斯坦所提出的三分法,即规范宪法、名义宪法、语义宪法。所谓规范宪法,是指宪法在实际上得到了相关各方、尤其是政治权力的服从,即宪法具有约束公权力的实际效果;所谓名义宪法,是指虽然具备了文本上的宪法,现实中却不能发挥其规范公权力的作用;而所谓语义宪法,是指宪法完全用于对现时的权力配置状态予以确认,看似规范与现实相契合,但已完全蜕变为一种有关“宪法”的语言伪术。罗文斯坦的这种宪法类型学的价值在于,当宪法在形式上已经成为普遍事务的时候,我们可以借此鉴别出哪些国家仅仅以一部名曰宪法的文件作为不合理的政治体制和权力架构的遮羞布,而哪些国家的政治生活是真正根据其宪法而展开,从而对“宪法”这个词语本身可能遭遇的异化或空洞化保持警醒。

第四节 宪法的渊源与形式

法的渊源(source of law)在实践意义上就是指法之所在,法之所以呈现的形态,或者换句话说,在哪里可以找到法。宪法的渊源,也就是指当我们需要准确锁定并获知宪法规则的内容时,在哪里可以找到它。而法作为调整人的行为的规则,当然具有其形而下的表现形态,这就是宪法的形式。在这个意义上,宪法的渊源与形式之间是密切相关的。

一、宪法典

宪法典是当今世界各国宪法的主流形式,很少有国家是所谓“非法典化宪法”的国家了。与其他法律分支中的法典类似,宪法典是一种法的渊源的集中呈现,是对于宪法规则,以及宪法原则与精神的完备表达,通过查询宪法典中的条文、语句,一个人可以一目了然地、系统性地掌握这个国家或地区的政府架构的基本面貌。因此,宪法典的特点可概括如下:

第一,宪法典往往制定于特定政治共同体历史上的重大转型时刻,反映了对政府架构与政治生活方式的某种革新或重塑的愿望,宪法典实施的效果就是令政府架构被根本性地或者大幅度地改造,与此前的历史显著区隔开。

第二,宪法典的制定依赖于政治共同体内部所达成的重大共识,因此被认为具有超越于各方政治力量、各个社会阶层、各个利益团体之上的地位,由此也要求具有最高法的地位,尤其是优越于立法机关的地位。

第三,宪法典提供了对宪法规则、宪法原则与精神的集中地、完备地、一次性地表达,其内容是全面的,措辞往往具有较强的概括性,以便在长时期内适应于社会实际需求,维持政治生活的稳定和有序,宪法典相对严格的修改程序也是由此延伸出的要求。

^① [日] 芦部信喜. 宪法(第三版,高桥和之增订)[M]. 林来梵,凌维慈,龙绚丽,译. 北京:北京大学出版社,2006: 8.