

# 宪法变迁：一个事实与规范之间的概念

王 锴

(北京航空航天大学法学院, 北京 100191)

**摘要:** 宪法变迁是为了弥补社会实际与宪法规范之间的缝隙而产生的,它不同于宪法修改、宪法解释和违宪,宪法变迁属于一种具有法效力的客观事实,由此,宪法变迁必须接受法内在价值的评价。这也产生了宪法变迁的界限。宪法变迁不能违反宪法价值而导致违宪的结果,同时,宪法变迁在宪法文本的解释空间内进行,反之,应通过修宪来解决社会实际与宪法规范之间的落差。

**关键词:** 宪法变迁; 宪法修改; 宪法解释; 违宪

**中图分类号:** DF2      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1008-2204(2011)03-0063-05

## Constitutional Change: A Concept between Fact and Norm

Wang Kai

( Law School, Beijing University of Aeronautics and Astronautics University, Beijing 100191, China )

**Abstract:** Constitutional change is to make up for the gap between social fact and constitutional norm, which is different from constitutional amending, constitutional interpretation and violation of the constitution. So, constitutional change is a kind external fact with legal validity. Constitutional change must be evaluated by the value inherent in the law. This will bring a limit of constitutional change. Constitutional change can not violate constitutional value and become unconstitutional. At the same time, constitutional change must lie in the interpretational space of constitutional text. Otherwise, we should amend the constitution to make up for the gap between social fact and constitutional norm.

**Key words:** constitutional change; constitutional amending; constitutional interpretation; violation of the constitution

最早提出宪法变迁概念的是德国公法学者拉班德(Paul Laband),他于1895年在《德意志帝国宪法的变迁》一书中,首次提出了宪法变迁的概念,籍此来说明宪法条文未改变而宪法实质上发生变更的现象。但是,拉班德仅就宪法变迁的现象加以描述,并未就宪法变迁的法学意义以及宪法变迁的界限等问题作进一步的探讨。

最早建构宪法变迁的理论体系的是德国公法学者耶林内克(Georg Jellinek),自1906年,其《宪法修改与宪法变迁》一文发表后,宪法变迁一词广为人知,并成为宪法学界研究的对象。宪法变迁的含义有广义和狭义之分,广义的宪法变迁泛指宪法的一切变化,除宪法修改外,宪法的废弃、废止、破毁以及停止都包含在内。狭义的宪法变迁是指宪法条文未修改,而现实上宪法规范的内涵发生变化,这也是自拉班德、耶林内克以来学者们普遍认同的概念。

宪法变迁为什么会产生?主要有以下两个原因:一是从宪法的内在要求来看,宪法变迁反映了作为应然的规范与作为实然的社会实际之间的一种紧张关系。宪法是时代之子,宪法的成文化凝聚着制宪时的国民意志,彰显共识。随着时代、社会环境的变迁,国民对于事务、价值与规范的看法也会随之改变,处于不同时代的人们具有不同的生活态度与思考模式,宪法规范也必须作相应的调整与回应。应然与实然不是截然二分的对立,而是呈现出一种辩证式的交互作用,即法与实际的相互归属。<sup>[1]93</sup>因此,宪法变迁是一个合乎宪法本质的、内在的表现,是同一部宪法之下维系国民共识持续发展所必要的。二是从实践的角度来看,宪法变迁是为了在宪法的稳定性与弹性之间寻找一种平衡。因为稳定性能够保护国家生活在持续的、不可预见的、无法克服的变动中免于瓦解,弹性也使得历史变迁与生活关

收稿日期: 2011-02-13

基金项目: 国家社会科学基金重大招标项目(05&ZD024)

作者简介: 王锴(1978—),男,陕西汉中,副教授,博士,研究方向为宪法与行政法。

系的多面性能被正确地评价。<sup>[1]104</sup>虽然修宪程序也是宪法对于确保稳定性与弹性的内在机制,但是,由于在成文、刚性宪法国家中,修宪程序的困难使得宪法变迁的理论蓬勃发展。<sup>[2]210</sup>

## 一、耶林内克和徐道邻对宪法变迁的经典论述

耶林内克在其《宪法修改与宪法变迁》一文中对宪法变迁作了如下的分类:(1)因议会、政府或法院对宪法规范的不正确解释而产生的宪法变迁;(2)因政治上的需要而产生的宪法变迁;(3)因宪法惯例而产生的宪法变迁;(4)因权力不行使而产生的宪法变迁;(5)为填补宪法漏洞而产生的宪法变迁;(6)因宪法根本精神或基本制度变化而产生的宪法变迁。<sup>[3]106-108</sup>

应当看到的是,耶林内克对宪法变迁的分类标准并不相同,比如:第一类着眼于导致宪法变迁的主体;第二类、第四类、第六类从宪法变迁的原因入手;第三类和第五类侧重于宪法事例与宪法规范的关系。

另一个对宪法变迁进行分类的学者是徐道邻。徐道邻继承了其师斯门德(Rudolf Smend)的整合理论,认为宪法是融合国家政治力与法律、文化价值观念等所整合形成的根本规范体系,在宪法的发展过程中,宪法作为一持续践行的统合系统应将变动不已的社会实践纳入统合的过程中,以确保国家履行随着社会变迁而不断变动的任务。<sup>[4]</sup>徐氏认为,宪法变迁共有4种类型:(1)形式上未伤及宪法规范的国家实务运作所产生的宪法变迁;(2)宪法条文所规定的权限无法行使所产生的变迁;(3)因违宪的国家实务运作所产生的宪法变迁;(4)经由宪法解释所产生的宪法变迁。<sup>[2]188</sup>

徐道邻的分类建立在对耶林内克学说批判继承的基础之上,因此其分类与耶林内克既有交叉又有不同。如徐氏的第一种与耶氏的第二种、徐氏的第二种与耶氏的第四种、徐氏的第四种与耶氏的第一种相同。徐氏与耶氏的不同在于:(1)徐氏不赞同耶氏的第三种分类。徐氏首先批判了宪法变迁是习惯法的观念。他认为,习惯法强调经过惯例形成必要的法的确信,这与宪法变迁是因为改变已经稳定的宪法秩序不同,即习惯法是一种趋向稳定的过程,宪法变迁则是反其道而行,所以,宪法变迁并非习惯法。其次,对于因惯例而产生的宪法变迁,徐氏援引英国著名公法学者 Dicey 的《英宪精义》中的观点认

为,依惯例来形成宪法变迁只能说是英国法的特殊现象。更何况这种惯例并不如习惯法有稳定的法的确信,而是可以随时改变,随时产生新的惯例,所以无法以此来解释宪法变迁。<sup>①</sup>(2)徐氏也不赞同耶氏的第五种分类,即为填补宪法漏洞而产生的宪法变迁。徐氏认为,只有宪法典而非宪法本身会有漏洞,学界承认宪法有漏洞是因为将宪法典与宪法混为一谈所致,宪法典是一个不可能把每一项宪法关系都纳入的法典,但是,宪法本身所蕴含的意义体系是完整的,所以,宪法漏洞是宪法形式主义者所持的怀疑。徐氏主张,宪法典漏洞属于宪法典未明文规定的情况,而宪法变迁属于与宪法典上的明确规定不一致,故宪法变迁与宪法漏洞并不一致。<sup>[2]188-189</sup>(3)与耶氏的第六种分类不同,徐氏将其分为实质意义的宪法变迁<sup>②</sup>,这种情形可能是直接与宪法条文相抵触,也可能与宪法条文字义不抵触,但却和条文精神相违背。所以,这种宪法变迁也可称为“体系与意义的变迁”。(4)徐氏明确反对因违宪所导致的宪法变迁,认为这属于“恶性变迁”,应予排斥。这恰好是耶氏学说的缺陷之一,从耶氏的分类中,看不出宪法变迁与违宪的明确区分,耶氏甚至将“无人表示异议或主张违宪”作为宪法变迁的判断标准。也就是说,如果既成事实与宪法条文的含义相左,却无人对其合法性表示异议或主张违宪,则产生宪法变迁。这是耶氏的学说极为危险之处,将宪法变迁等同于“存在即合理”。这也与耶氏倾向于对宪法变迁作经验的描述,而非建立法学的理论或探讨宪法变迁的法律性质有关。

耶林内克与徐道邻对宪法变迁的论述对比,如表1所示。

表1 耶林内克与徐道邻关于宪法变迁分类的对照

耶林内克	徐道邻
(1)因议会、政府或法院对宪法规范的不正确解释而产生的宪法变迁	(4)经由宪法解释所产生的宪法变迁
(2)因政治上的需要而产生的宪法变迁	(1)形式上未伤及宪法规范的国家实务运作所产生的宪法变迁
(3)因宪法惯例而产生的宪法变迁	反对
(4)因权力不行使而产生的宪法变迁	(2)宪法条文所规定的权限无法行使所产生的变迁
(5)为填补宪法漏洞而产生的宪法变迁	反对
(6)因宪法根本精神或基本制度变化而产生的宪法变迁	实质意义的宪法变迁

## 二、宪法变迁与宪法修改、 宪法解释、违宪的关系

由宪法变迁的分类可知, 社会实际与宪法规范之间的互动关系除了用宪法变迁的概念来描述之外, 还有其他的一些相关概念, 要进一步确定宪法变迁的内涵与属性, 必须对宪法变迁与一些相关概念进行区分。

### (一) 宪法变迁与宪法修改

宪法变迁与宪法修改并不相同。这在耶林内克1906年发表的文章中就进行了区分, 他认为, 修宪是透过有意识的行为而形成的宪法文本的改变, 而宪法变迁是指宪法条文形式上没有变更而继续保有其原有形态, 在无意图、无意识的情况下, 因情势变迁而导致现实的政治运作与宪法文本不同。<sup>[5]</sup> 宪法变迁之所以发生, 是因为成文宪法、刚性宪法, 由于修改困难, 使宪政运作无法与宪法明文规定相一致, 所以才会把宪法变迁的问题引入宪法学的讨论范围。如果没有严格的修宪程序, 通过宪法修正案能够经常反映国家宪政的需要, 便无宪法变迁的问题。所以, 根据德国学界的通说, 宪法变迁是宪法修改的先行程序, 换言之, 宪法变迁的极限便是宪法修改。

### (二) 宪法变迁与宪法解释

二战以后, 由于违宪审查制度的兴起, 使得宪法变迁的重心移至宪法解释, 这也一度造成了用宪法解释来代替宪法变迁的企图。如 Häberle 认为, 隐藏于宪法变迁理论后的仅是一个解释的问题, 开放的宪法解释没有承认宪法变迁的必要, 由于解释不是在真空的、无时间性的空间里出现, 解释过程只有在时间之中才有可能, 因此, 变迁并非由外而来的过程, 而是在时间之中的规范, 也就是变迁即解释。<sup>[1]109</sup> Häberle 指出了宪法解释中的时间因素是有意义的, 但是, 宪法解释并非宪法变迁的惟一途径, 如同其他现实的宪政运作导致宪法变迁一样, 宪法解释可能产生宪法变迁, 但绝不能认为宪法解释就等同于宪法变迁。同时, 宪法解释可能促进宪法的“良性变迁”, 使得老条文有新生命, 使宪法成为活法, 但宪法解释也可能废弃宪法原意, 也就是所谓的“违宪的宪法解释”, 这种属于“恶性变迁”的形同违宪的措施, 是应排除在宪法变迁概念之外的。因此, 宪法变迁构成宪法解释的界限, 亦即, 宪法解释只能在宪法变迁的程度内为之方得许可, 解释宪法不得逾越宪法变迁的界限而构成违宪。<sup>[2]215</sup>

### (三) 宪法变迁与违宪

宪法变迁与违宪均是由于宪法规范与社会实际的不一致所引起, 但宪法变迁与违宪并不相同。宪法变迁具有正当化的理由, 是必须的, 而违宪则既欠缺正当性也非必然。违宪审查机构既不能否定所有的宪法变迁, 将其视同违宪, 也不能用宪法变迁来合理化违宪的状况。在此, 到底是违宪还是宪法变迁, 必须要在宪法规范的价值性与现实需求的必要性之间进行衡量。如果宪法规范所欲彰显的价值仍是现代社会所不可或缺的, 该宪法规范的意义、内涵仍是为社会大众所信赖的; 而与宪法规范产生紧张关系的社会现状仅是一个偶然的結果而并非社会发展不得不的必然需求, 如果该紧张关系无法透过宪法解释等方法来缓和, 甚至已经形成矛盾、冲突, 则应为违宪。反之, 如果透过社会学、经济学等相关社会科学对人类生活长期积累、追踪、观察的辅助, 发现与宪法产生紧张关系的社会实际确为宪政运作所必要且经长期的实践已经取得当代国人的共识时, 则为宪法变迁。

值得注意的是, 中国宪法学界还有“良性违宪”一词。该词的“缔造者”郝铁川认为, 中国改革开放以来出现了一些表面上看似违宪, 但实际上符合历史发展趋势的事件, 他称之为“良性违宪”。他认为, 判断是否属于“良性违宪”的标准是: (1) 是否有利于社会生产力的发展; (2) 是否有利于维护国家和民族的根本利益。同时, 导致良性违宪出现的原因是: (1) 法律对于社会现实的发展具有滞后性; (2) 中国的立宪制度不够完善, 多采用列举式的授权性规范, 也就是说, 列举范围之外的不能做, 会导致与改革形势不可避免地发生冲突。最终, 郝教授认为良性违宪虽然合理, 但决不能放任自流, 而是应进行限制: (1) 通过权威的违宪鉴定机构来鉴别何者为良性违宪, 何者为恶性违宪; (2) 良性违宪有时间上的限制, 在一定时间之后, 要通过修宪使良性违宪变成合宪。<sup>[6]</sup> 郝铁川的撰文中虽然使用的是“良性违宪”一词, 但实际上探讨的是宪法变迁的问题。但是, 由于其一开始就将宪法变迁定性为“违宪”, 从而必然招致学者的批判。比如, 童之伟就质疑说, 良性违宪也是违宪, 同恶性违宪没有实质差别, 同样必须追究违宪责任。<sup>[7]</sup> 而韩大元则认为, 良性违宪体现了宪法规范与社会现实的冲突, 这种由于规范的滞后性所引起的冲突, 属于正常的冲突, 因而是合宪的。<sup>[8]</sup> 可以想见, 如果当时争论的双方从宪法变迁的角度来论述, 分歧可能不会产生。

### 三、宪法变迁的属性

宪法变迁到底是事实属性,还是规范属性?或者两者兼而有之。这是自耶林内克提出宪法变迁的概念之后,就引起学界广泛讨论的问题。无论是从拉班德还是从耶林内克的分类来看,两者都倾向于从事实描述的角度来研究宪法变迁,尤其是耶林内克提倡“事实的规范力”学说,使后人指责他提出的宪法变迁理论是为统治者恣意改变宪法进行辩护。当然,根据耶林内克所处的环境,当时的公法学说因为绝对君主制的氛围,往往带有妥协理论的色彩,但不可忽视他为宪法变迁的规范化所做的努力。

自耶林内克以后,宪法变迁的属性说共有3种:

#### 1. 肯定说

这一学说以习惯法来说明宪法变迁的现象,从而赋予其完全的规范属性。<sup>[3]127-128</sup>对此说的批评主要有:第一,习惯法只能补充成文法,无法改废成文法;第二,称为宪法变迁的现象,往往欠缺习惯法的要素,比如:客观上,必须是一个长期性的惯行事实;主观上,必须是所涉及的公民对此惯行事实产生法的确信<sup>[9]</sup>,从而宪法变迁不能成为习惯法。

#### 2. 否定说

否定说完全否定宪法变迁的法律性格,而单纯以违法事实或法的破坏视之。如Kelsen从新康德主义的方法论出发,严格区分应然与实然,强调法学的研究对象以应然为限,从而,违宪的实例终究只是事实,不具有规范的妥当性。<sup>[3]132</sup>针对Kelsen的观点,日本宪法学者小林直树认为,否定说将宪法变迁加上事实的烙印,尝试以不解决的方式解决问题,这并非科学的法学理论应有的做法。<sup>[3]132</sup>

#### 3. 折衷说

折衷说认为宪法变迁既非单纯的违法事实,也不具有完全的规范属性,而是介乎两者之间的宪法惯例。宪法惯例不是正式的法源,但可以弥补法秩序的不足,或随时伺机而动,准备一旦原有的法规范衰减,即取而代之。<sup>[3]135</sup>

对此,笔者支持折衷说,但并不赞同从宪法惯例的角度来解释宪法变迁的属性。首先,必须承认宪法变迁是一种客观事实,单纯的价值判断无法否认这一点。其次,也不能毫无保留地认为宪法变迁纯粹是一种事实,不受法律的约束,这不是法学研究的态度。法学作为一种应然性的研究,必须对社会中

的事实进行评价。也就是说,何种宪法变迁的事实必须接受法律的内在价值的检验。第三,不加鉴别地承认宪法变迁具有法属性,具有规范力,极有可能成为现实生活中统治者正当化违宪的借口。第四,诚如前述,宪法惯例与宪法变迁并不相同。

### 四、宪法变迁的界限

宪法变迁从一种事实转变为具有规范属性,就必须接受规范标准的检验。也就是说,在何种限度内的宪法变迁,才具有法的规范效力。耶林内克将“无人表示异议或主张违宪”作为宪法变迁的界限。不违宪固然可以作为宪法变迁的界限,然而,无人主张违宪并不代表不违宪,所以,耶氏的学说并未得到多数学者的支持。徐道邻认为,虽然每部宪法都避免不了宪法变迁,但是这个界限是宪法的体系。所谓宪法的体系,在美国,是遵守宪法的一般原则,如政府权力的限制、代议制度、联邦法的优越以及人权保障等。但在德国法体系,则需要另辟蹊径。徐氏认为,在德国,宪法变迁的界限是革命,换言之,宪法变迁不能达到产生革命的效果。因为革命会带来宪法秩序的全盘改变。徐氏的见解在当时魏玛宪法时代,由于宪法中缺乏修宪界限的规定,所以显得特别有意义,但是,随着基本法第79条第4项规定了修宪界限后,将产生革命的后果作为宪法变迁的界限,显然标准过宽,也就是说,宪法的变迁不能一直等到革命前夕才能“喊停”。

作为一种正当化社会实际与宪法规范之间冲突的方式,宪法变迁必须与其他的解决机制——修宪、释宪甚至违宪联系起来发挥作用。因此,其他机制也自然构成宪法变迁的界限:(1)宪法价值的优越性决定了宪法变迁不能“退入”违宪;(2)宪法变迁的极限是宪法修改,因此,在某种程度上,宪法修改也构成宪法变迁的界限。那么,宪法变迁累积到什么程度需要修宪呢?一般来说,当社会实际与宪法规范之间的冲突已经发展到不通过修宪无法解决的时候,亦即宪法文本不存在解释空间时,就必须进行修宪。因此,宪法文本就构成宪法变迁的一个限制。如果宪法文本的字义非常明确且详尽时,宪法变迁就很难发生,或者说,一旦发生就构成违宪。此时,宪法文本具有意义的理解终结之处,或者宪法变迁出现与宪法文本明显矛盾之处,也就是经由解释来达到宪法变迁的可能性的终结之处。<sup>[1]115</sup>

宪法变迁的界限如表2所示。

表2 宪法变迁的界限

宪法规范的价值性>	宪法规范的价值性<	
社会实际的必要性	社会实际的必要性	
违宪	宪法文本有解释的可能	宪法文本没有解释的可能
	宪法变迁	修宪

## 五、结语

宪法变迁问题与两个前提性的认识有关: 首先, 宪法变迁是基于实质主义的宪法观, 或者称之为“活的宪法”(living constitution), 是指导宪政运作的整体规范, 与立宪机关制定的成文宪法或宪法惯例等形式宪法并不相同, 换言之, 宪政运作的实际制度以及非宪法明定的宪法文化, 由于都具有指导宪政运作的规范功能, 都属于这种实质宪法。<sup>[10]</sup> 其次, 宪法变迁注重从两个角度来理解宪法的效力——规范面的正当性 (legitimacy) 和事实面的实效性 (effectiveness), 如果缺少其中任何一个, 都不能称为有效的宪法。

### 注释:

- ① 徐道邻从宪法惯例是英国法的独特现象出发来反对因宪法惯例而产生的宪法变迁, 理由是欠缺的, 因为从现实来看, 宪法惯例并非不成文宪法国家所独有, 成文宪法国家也存在宪法惯例。但

是, 宪法惯例的形成必须同时具备“物的要素”和“心理的要素”。“物的要素”要求宪法惯例必须持续、反复出现, “心理的要素”要求国民对其有法的确信。因此, 宪法惯例是一种趋向稳定的过程, 然而, 宪法变迁却是追求一种变更既存规范的动态过程, 这是成立的。同时, 宪法惯例是为了弥补成文宪法的不足, 而宪法变迁则是以既存宪法规范为前提, 所以两者是截然不同的。

- ② 与其相对应的是形式意义的宪法变迁, 是指成文宪法的规定与现实的宪政状态以不一致, 这也可称为宪法条文的字面变迁。

### 参考文献:

- [1] 杨坤樵. 从宪法变迁论法律与宪法的紧张关系——以经济宪法为例[D]. 台北: 台湾地区国家图书馆, 2004.
- [2] 陈新民. 公法学札记[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [3] 许志雄. 宪法秩序之变动[M]. 台北: 元照出版有限公司, 2000: 106-108.
- [4] 苏俊雄. 从整合理论之观点论个案宪法解释之规范效力及其界限[C]//刘孔中, 李建良. 宪法解释之理论与实务: 一. 台北: 中央研究院社会科学研究所, 1998: 20.
- [5] 程明修. 宪法变迁及其界线[J]. 法学讲座, 2003, 14: 1-8.
- [6] 郝铁川. 论良性违宪[J]. 法学研究, 1996(4): 13.
- [7] 童之伟. “良性违宪”不宜肯定——对郝铁川同志有关主张的不同看法[J]. 法学研究, 1996(6): 26.
- [8] 韩大元. 社会变革与宪法的社会适应性——评郝、童两先生关于“良性违宪”的争论[J]. 法学, 1997(5): 57.
- [9] 陈新民. 行政法学总论[M]. 台北: 三民书局, 1991: 79.
- [10] 叶俊荣. 美国宪法变迁的轨迹: 司法解释与宪法修正的两难[J]. 美国月刊, 1989(9): 75-83.

### (上接第62页)

- ② 根据洛克的解释, 货币是通过下述途径而出现的: 人们相互同意用货币去换取容易毁损的物品, 而这种默示的自愿同意并没有假定市民社会的存在。这种同意是在社会界限之外达成的, 并未采取契约的形式, 而是通过将价值赋予金银等贵金属之上而默许使用货币的方式达成的, 尽管这种默许并不能建立市民社会。参见[美]列奥·施特劳斯等. 政治哲学史(下)[M]. 李天然, 等, 译. 河北人民出版社, 1993, 第566-567页。
- ③ 洛克关于私有财产起源的学说导致了后来的古典经济学和社会主义经济学的劳动价值论。参见[美]乔治·霍兰·萨拜因. 政治学说史(下)[M]. 刘山等译, 商务印书馆, 1986, 第592页。
- ④ 在这个问题上, 卢梭曾经指出, 洛克的理论在逻辑上过于主观臆断了。因为假使政府仅仅是人民的托管人, 那为什么委托人本人反而因行使委托而束缚住自己的手脚, 这是令人难以理解的。参

见[美]乔治·霍兰·萨拜因. 政治学说史(下)[M]. 刘山等译, 商务印书馆, 1986, 第599页。

### 参考文献:

- [1] 詹姆斯·塔利. 语境中的洛克[M]. 梅雪芹, 石楠, 张炜, 等, 译. 上海: 华东师范大学出版社, 2005: 4.
- [2] John Lock. Second treatise of government(1690)[M]. Macpherson C B. Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 1980.
- [3] 列奥·施特劳斯, 约瑟夫·克罗波西. 政治哲学史: 下[M]. 李天然, 黄炎平, 黄盛华, 等, 译. 石家庄: 河北人民出版社, 1993.
- [4] 乔治·霍兰·萨拜因. 政治学说史: 下[M]. 刘山, 盛葵因, 崔妙因, 等, 译. 北京: 商务印书馆, 1986.