

德国宪法变迁理论的演进

王 锴

内容提要:德国宪法变迁理论发端于十九世纪末,经历了二十世纪至今的复杂演进。耶利内克将宪法变迁定义为一种宪法文本形式上没有变化但是通过事实引起的改变。黑塞将早期的德国宪法变迁理论归结于国家法实证主义的结果:法与事实的严格分离导致的不是规范性的加强,而是向事实的力的投降。伯肯弗尔德区分了通过政治事实的宪法变迁和通过宪法解释的宪法变迁,并且认为这种分类的原因在于宪法裁判制度的有无。经过黑塞和伯肯弗尔德两人的努力,早期认为政治事实的变化会直接引起宪法变迁的思想遭到摈弃,目前德国主流的做法是通过宪法解释来进行宪法变迁。宪法变迁的直接原因是宪法缺乏实效性从而贬损宪法的规范力,根本原因是由于事实的变化而引起的规范内涵的变化。然而,事实虽然可以引起规范内涵的变化,却不能证明这种新的规范内涵的正当性。规范的正当性只能通过其他规范来证立。所以,证立宪法变迁的关键是让它接受宪法核心规范的检验。

关键词:宪法变迁 事实的规范力 宪法实效 宪法核

王锴,北京航空航天大学法学院教授。

“如何评价政治现实与宪法规范之间的不一致”是一直困扰我国宪法学界的问题。采规范论立场者认为,政治现实应受宪法规范的拘束,所以,政治现实与宪法规范不一致就是违宪;采事实论立场者认为,如果宪法规范长期得不到实施,那就说明宪法规范本身出了问题,此时宪法规范的标准就要让位于政治现实的标准,甚至被政治现实中所产生的“新规范”所取代。但是,上述两种观点都存在一个极端化的倾向,因为政治现实与宪法规范的不一致并非一定合理或者不合理。再坚定的规范论也不得不承认,宪法规范并非完美,比如通说认为,宪法修改的根本原因就在于宪法规范落后于现实的发展。^[1] 同样,再顽固的事实论也不可能认为所有与宪法规范不一致的政治现实都是合理的,否则就等

[1] 参见许崇德主编:《宪法学》(中国部分),高等教育出版社2000年版,第71-72页。

于取消了违宪的概念。所以,问题的关键在于,政治现实与宪法规范之间的不一致,到底哪些是合理的,哪些是不合理的。此时需要区分产生这种不一致的原因,即究竟是宪法规范的问题引起的不一致还是政治现实的问题引起的不一致。对于前者,按照传统的宪法学理论,此时就说明宪法规范落后于现实了,那么正常的途径就是修改宪法规范。但是由于宪法的优位性导致宪法修改不可能任意发生,^[2]所以在宪法修改之前就出现了一个政治现实与宪法规范之间“暂时”不一致的现象,^[3]这种现象与“政治现实故意逃逸宪法规范控制”的违宪不同,在德国法上被称为宪法变迁(Verfassungswandel)。^[4]

一 德国宪法变迁理论的产生

宪法变迁的概念最早来自于拉班德于1895年出版的《德意志帝国宪法的变迁》一书。他指出,当人们探求宪法的内涵的时候,人们确信,一个国家的现实法律环境能够在不改变宪法外观的情况下导致意义完全改变。^[5]在这里,拉班德比较了宪法环境(Verfassungszustand)和由形式规则组成的宪法典(Verfassungsurkunde)。他认为,不是法律改变了宪法的词义,而是宪法环境的改变。拉班德提出宪法变迁概念的背景是,当时的德意志帝国宪法最初只设想建立一个以普鲁士为主导的国家联合,没有预计到后来独立的联邦行政、联邦司法和联邦财政的建立。^[6]所以,(1)帝国首相制度的改变,产生了宪法上所没有的联邦行政。(2)财政性质上的巨大改变,主要是所谓的弗兰肯斯坦(Franckensteinschen)条款(该条款旨在加强联邦主义),导致联邦税收大增,这损害了帝国宪法第38条第1款。(3)司法救济的改变。帝国宪法本来是将司法救济完全交给州进行,帝国法院及其对州法院的拘束力都缺乏宪法基础,但是联邦制引入了正式的法院系统。^[7]

著名公法学者耶利内克在1906年出版的《宪法修改与宪法变迁》一书中,首先对宪

[2] Rainer Wahl, Verfassungsgebung-Verfassungsänderung-Verfassungswandel I, in: Rainer Wahl (Hrsg.), Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation: Vorträge bei deutsch-japanischen Symposien in Tokyo 2004 and Freiburg 2005, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, S. 30.

[3] 之所以说“暂时”是因为这种不一致会随着宪法规范的修改而消失,“暂时”到底是多长时间,取决于该国宪法修改的难度。所以,在宪法越难修改的国家,宪法变迁的现象就越突出。

[4] 国内已有学者对德国宪法变迁理论作过一些介绍,参见韩大元:《宪法变迁理论评析》,《法学论坛》1997年第4期,第15-18页;林来梵:《规范宪法的条件和宪法规范的变动》,《法学研究》1999年第2期,第34-47页;韩大元:《论宪法规范与社会现实的冲突》,《中国法学》2000年第5期,第3-16页;秦前红:《论宪法变迁》,《中国法学》2001年第2期,第63-71页;李忠夏:《作为社会整合的宪法解释——以宪法变迁为切入点》,《法制与社会发展》2013年第2期,第71-82页;李忠夏:《社会转型、宪法变迁与宪法解释》,载张翔主编《宪政与行政法治评论》(第7卷),中国人民大学出版社2014年版,第1-37页。但上述介绍仅停留在德国宪法变迁理论的产生阶段,对其发展与现状论述较少。

[5] Paul Laband, Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung: Vortrag, gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 16. März 1895, Zahn & Jaensch, Dresden, 1895, S. 2.

[6] Paul Laband, Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung: Vortrag, gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 16. März 1895, Zahn & Jaensch, Dresden, S. 7-8.

[7] Paul Laband, Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung: Vortrag, gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 16. März 1895, Zahn & Jaensch, Dresden, S. 32ff.

法修改和宪法变迁进行了区分:宪法修改是通过有意的意志行为所引起的宪法文本的改变,而宪法变迁是一种宪法文本形式上没有变化但是通过事实引起的改变,这种改变并不必然带有修改的目的或意识。耶利内克把宪法变迁分为五种形式:第一,通过议会法律或议事规则来解释宪法,这种解释将可能随着时间而变化并引起宪法的变迁。第二,基于创造法的必要性或者现实的强力而进行宪法变迁。不仅包括通过革命和篡权把事实压缩为法,也包括个别的宪法规定在现实中没有得到实现的情形。第三,通过宪法惯例来进行宪法变迁。第四,通过权力的长时间不行使来进行宪法变迁。第五,通过习惯法来填补宪法形式的漏洞。

耶利内克将宪法变迁问题放在 19 世纪末人民代表从前工业社会的市民自由议会主义到大众民主、从国家的代表到人民的代表的背景之下,他关注的基本点是事实上的权力关系与宪法形式之间的比较,议会制的衰落导致人民以结社和集会的形式组织起来发挥影响,并引入了诸如公民投票和人民询问的直接民主制度。^[8] 所以,从议会制所代表的代议制民主到直接民主的转变被耶利内克认为是最重要的宪法变迁。

耶利内克之后,对宪法变迁进行了最全面讨论的是徐道邻。在 1932 年出版的《宪法变迁》一书中,徐道邻从规范与现实的相互分离入手来认识宪法变迁,他将宪法变迁分为四种:第一,没有规范的宪法现实,即国家实践并没有抵触成文宪法,而是涉入了一个宪法规定没有调整的法律关系。第二,没有现实的宪法规范,也就是一个规范因为长时间的不使用而过时。第三,现实与规范相冲突,即违宪的实践。徐道邻又总结出三种现实偏离宪法的情形:第一种是通过与宪法相冲突的法律来修改宪法。该法律已经达到了魏玛宪法第 76 条第 1 款第 2 句所规定的议会修改宪法的多数要求。第二种是通过没有达到修宪多数要求的法律来修改宪法,但该法律因为法院缺乏审查权限而没有被宣布无效。第三种是事实上的国家机关实践违背了宪法。第四,通过新的解释,现实改变了规范。^[9]

徐道邻把宪法变迁作为一般法源理论的特殊情况来处理,特殊性就在于宪法是与国家的整体生存相关的。宪法变迁是一种法源,即通过宪法变迁产生必要的法原理。宪法变迁的必要性可以通过宪法的三个特性来进行证立:第一,宪法对于整体生活领域进行规范化的不完全性。第二,国家具有维护自身存在的任务,并且这个目标也成为宪法的内涵和任务。第三,维护宪法效力的不是一个高级部门或者法秩序本身,而是一种作用力。^[10] 由此,通过宪法变迁产生规范的法律依据不再是宪法规范,而是宪法变迁。也就是说,对变迁环境进行法律承认的现实必要性成为宪法变迁的正当化基础。徐道邻的观点并不是基于规范与现实的相互关系,而是仅仅基于现实。所以有学者评价说,这不再是法对现实产生作用,而是现实来决定法。^[11]

[8] Georg Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandel: Eine staatsrechtliche-politische Abhandlung*, Verlag von O. Häring, Berlin, 1906, S. 3, 44, 74, 76f., 78.

[9] Vgl. Hsü Dau-Lin, *Die Verfassungswandlung*, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1932, S. 36ff.

[10] Hsü Dau-Lin, *Die Verfassungswandlung*, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1932, S. 154ff.

[11] Horst Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1953, S. 64f.

二 德国宪法变迁理论的发展

1973年,著名公法学者黑塞发表了《宪法变迁的界限》一文,彻底对之前的宪法变迁学说进行了“清算”。黑塞认为,拉班德和耶利内克从事实的层面来理解宪法变迁,因此既无法对宪法变迁过程进行法学澄清,也没有指出宪法变迁的界限。拉班德将宪法变迁归结于帝国的行政、财政和司法本质上的改变,这导致了帝国宪法与周遭环境的不一致。所以,宪法变迁不仅是宪法环境的改变,而且是帝国宪法的根本改变。与拉班德不同,耶利内克所讨论的宪法变迁不限于德国法,而是基于各种事实类型。宪法变迁可以基于对宪法规范的错误解释,这种违宪的行为只要不断进行,宪法变迁就会发生。所以,政治必要性充当了宪法变迁动力的角色。对于耶利内克来说,法原理是无能为力的,国家权力的分配事实上占主导地位,它不取决于法律形式。黑塞认为,这些都是国家法实证主义的结果:法与事实的严格分离,导致了不允许所有历史的、政治的、哲学的因素进入法律的论证。在此基础上,现实对规范内涵的影响在法律内是无法澄清的。耶利内克已经注意到了这一点。所以他的研究是走在国家法与政治的分界线上,他同时为方法论上的分离和学术上的结合两个领域辩护。国家法与政治在方法论上的分离意味着,导致宪法变迁的现实属于法外的范畴。在此基础上,是无法将现实包含在法律中并且为宪法变迁确定一个法律界限的。^[12]

通常,宪法变迁被指责削弱了宪法的规范性。这种削弱是基于宪法理论的核心问题,也是所有法社会学与国家社会学的基本问题,即事实与规范之间的关系。这种严格二分法在拉班德和耶利内克的理论中导致了不是规范性的加强,而是向事实的力的投降。在徐道邻的解决方案中,政治现实以国家生存必要性的面目出现。黑塞认为,宪法变迁及其界限只有在米勒的宪法规范的结构学说中才变得可能。米勒的观点是,规范并非与事实分离,事实更多是经过规范的调整(规范化过程)后所形成的事实(规范领域),它具体化为规范的事实部分。从而,规范是一种塑造事实的秩序模式。^[13]既然事实是被规范化后的规范领域,那么规范领域的变化必然导致规范内涵的变化。但不是每个事实都属于规范所针对的事实,从而产生这样的改变。主管机构必须决定,是否该事实的变迁是与规范相关的,是否该事实落入了规范领域。只有该新的或者改变的事实属于规范领域,才被认为发生了规范变迁。只有当社会现实的改变被认为对规范内涵是决定性的时候,宪法规范的内涵才会在文本的框架内变迁。这是一个解释的问题,因此,凡一个有意义的对于规范文本的理解终结之处或者宪法变迁明显与规范文本冲突之处,就是规范解释的可能性终结之处,那么也是宪法变迁的可能性终结之处。

[12] Konrad Hesse, Grenzen der Verfassungswandlung, in: Horst Ehmke, Joseph H. Kaiser, Wilhelm A. Kewenig, Karl Matthias Meessen, Wolfgang Rübner (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin, 1973, S. 126ff.

[13] Friedrich Müller, Normstruktur und Normativität: Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, S. 114ff.

黑塞的结论就是,不是每个事实的变化都会引起宪法变迁,而必须是被规范化的事实。而主管机关决定某个事实是否与规范相关、是否对规范有决定性意义的过程就是一个解释的过程。他认为徐道邻所讲的“国家的生存必要性”中的“国家”不能是抽象的国家,而是历史中具体的个别国家。如果把个国家移植到立宪国家,那么它的生存必要性就不是政治的必要性,而是宪法要发挥理性化、稳定化和限制权力功能的必要性。这就是黑塞所认为的宪法变迁的界限。伯肯弗尔德后来在评价黑塞的理论时指出,规范化过程不改变宪法规范,而是作为规范化过程手段的解释改变了规范的内涵。解释没有改变规范文本,恰恰使宪法变迁保持在文本的框架内。^[14]由此可见,只有通过宪法解释的宪法变迁才符合宪法变迁的定义,才是一种教义学意义上的规范的、可控的变迁。

在 1993 年的《论宪法变迁的概念》一文中,伯肯弗尔德区分了两种宪法变迁的路径:一种是通过政治事实,一种是通过宪法解释。为什么会出现这两种路径?伯肯弗尔德将其归结于宪法裁判制度的有无。他认为,在缺乏宪法裁判权的宪法秩序中,比如 1871 年的德意志帝国以及魏玛共和国,由于宪法缺乏法与法官之间的关联性,所以,它的规范内涵的实现主要是通过政治过程,对宪法的真正解释以及所表现出的决定的法律效力是不存在的。这就导致了现实成为宪法取得和贯彻效力的标准。由此,宪法变迁就包含了所有宪法领域中的改变,包括对宪法规范内涵的不同解释、在现实改变下的不同效力、对宪法漏洞的填补或者事实上对宪法禁令的无视。在这种背景下的宪法变迁不具有法律上的可区分性,它虽然给人启发,但仅仅具有理论上的意义。宪法变迁仅仅是宪法修改之外的一种现象,没有违宪的问题也无所谓宪法变迁的界限。这导致只有事实才与宪法变迁的概念有关系。在具有宪法裁判权的宪法秩序中,宪法变迁不再是不考虑原因和外在形式的对包括宪法现实在內的宪法秩序的改变的确认,而是具有法律上的可允许性并产生了相应的法律后果。它处于宪法解释和形式上的宪法修改的紧张关系之中。法教义学的问题是,在一个宪法秩序中,宪法修改程序明确到何种程度以及在这种程序之外的宪法修改是否被允许。由此,宪法变迁就成为在预先规定的宪法修改程序之外宪法规范内涵的改变。^[15]也就是说,在缺乏有效的宪法裁判制度的情况下,政治事实的变化就成为评判的标准。反之,在具备宪法裁判制度之后,一方面,政治事实要接受评价,另一方面,政治事实要依照一定的程序,通过联邦宪法法院的宪法解释注入到宪法规范的内涵之中。

但是,伯肯弗尔德反对前一种路径并不代表他就同意后一种路径。他认为,后一种路径通过宪法解释来进行宪法变迁,等于让联邦宪法法院篡夺了立法机关的宪法修改权,破坏了权力分立的原则。所以,他的结论颇为无奈:从斯门德(Rudolf Smend)的整合理论来看,通过解释导致宪法变迁是一条合适的道路,因为形式上的宪法修改无法起到整合的作用,反而会阻碍整合。所以,与其让宪法变迁落入此前的政治过程之中,不如落入可掌控的解释之中。^[16]

[14] Ernst-Wolfgang Böckenförde, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999, S. 154.

[15] Ernst-Wolfgang Böckenförde, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999, S. 143 - 144.

[16] Ernst-Wolfgang Böckenförde, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: ders., Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999, S. 155 - 156.

三 德国宪法变迁理论的现状

经过黑塞和伯肯弗尔德两人的努力,早期认为政治事实的变化会直接引起宪法变迁的思想遭到摒弃,目前德国主流的做法是通过宪法解释来进行宪法变迁。^[17] 但是,随之而来的问题就是对宪法变迁概念的否定。因为既然宪法变迁通过宪法解释来进行,那么宪法变迁的过程就可以被宪法解释所吸收,独立的宪法变迁理论也就显得多余。^[18]

沃尔夫(Heinrich Amadeus Wolff)认为目前基本法下的宪法变迁之所以与帝国宪法、魏玛宪法相比失去了锋芒,是因为以下几个因素的存在:

(1) 实质宪法性法律的存在极大塑造了早期的宪法。实质宪法性法律与宪法具有形式上的同等性,因为它达到了宪法修改的多数要求。所以,修改实质的宪法性法律也被视为宪法变迁。但是,这与当时没有区分制宪权和宪法创制的权力有关。制宪权产生了宪法典,而修宪的多数要求是宪法创制的权力。所以,多数要求不是唯一的条件。真正的多数的理由在于宪法作为统一象征的功能。^[19] 进入基本法时代后,通过基本法第 79 条第 1 款第 1 句——修改基本法时须通过一项法律并明文规定修改或补充基本法的条款,实质宪法性法律不再被允许。

(2) 与基本法时代相比,早期之所以将制度性的宪法毁坏也作为宪法变迁的特殊方式,是因为帝制时代缺乏法官的宪法控制。魏玛时代虽然有所发展,但国务法院的权限有限,对法律的合宪性进行实质审查处于萌芽阶段。

(3) 宪法变迁从属于规范与现实背离这一上位概念。这种宪法现实与宪法规范的对立需要区别对待,违宪的实践产生不了新宪法。^[20]

(4) 过去并非从法学角度来研究宪法变迁,而是从国家理论的角度把国家秩序作为宪法,而非宪法典意义上的宪法概念。法律意义上的宪法变迁仅仅是一个宪法规范法律

[17] Vgl. Gunnar Folke Schuppert, Rigidität von Verfassungsrecht: Überlegungen zur Steuerungsfunktion von Verfassungsrecht in normalen wie in schwierigen Zeiten, AöR 120 (1995), S. 68ff.; Christian Walter, Hüter oder Wandler der Verfassung: Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Prozeß des Verfassungswandels, AöR 125 (2000), S. 521ff.; Thomas Würtenberger, Verfassungsänderung und Verfassungswandel: Von der nationalen zu einer globalen Perspektive, in: Rainer Wahl (Hrsg.), Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation: Vorträge bei deutsch-japanischen Symposien in Tokyo 2004 and Freiburg 2005, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, S. 54 – 57. 至于伯肯弗尔德所担心的通过宪法解释的宪法变迁会破坏权力分立原则这一问题,舒佩特(Gunnar Folke Schuppert)认为可以通过为联邦宪法法院的宪法解释设置功能法界限来解决。其他学者也认为,这不是宪法变迁的特殊问题,而是一般方法论的问题,比如要在文本的框架内进行解释(不能逾越文义或宪法的明确意志)。

[18] Vgl. Peter Häberle, Zeit und Verfassung, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, 3. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1998, S. 82 – 83; Andreas Voßkuhle, Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel, Der Staat 43 (2004), S. 459; Rainer Wahl, Verfassungsgebung-Verfassungsänderung-Verfassungswandel II, in: Rainer Wahl (Hrsg.), Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation: Vorträge bei deutsch-japanischen Symposien in Tokyo 2004 and Freiburg 2005, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, S. 77 – 78.

[19] Carl Schmitt, Verfassungslehre, 9. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2003, S. 18.

[20] Alexander Roßnagel, Verfassungsänderung und Verfassungswandel in der Verfassungspraxis, Der Staat 22 (1983), S. 553.

后果的改变,只有当宪法规范的内涵通过宪法解释改变的时候,法律意义上的宪法变迁才存在。事实上的国家权力分配的改变或者事实上的法律实施只有在宪法政策和宪法理论上具有意义,更多是一种历史现象意义上的宪法变迁。^[21]

沃尔夫进而指出,在基本法时代,宪法变迁的概念并没有变得多余。因为在预先规定的修宪程序之外的宪法修改、事实对法的影响以及旨在维护社会稳定的宪法的内涵改变仍然存在。宪法变迁除了通过宪法解释进行之外,还包括通过宪法惯例(Verfassungsgewohnheitsrecht)进行的宪法变迁。^[22] 宪法惯例的产生取决于两个因素,一个是长时间的行使,另一个是人们的法确信(Rechtsüberzeugung)。^[23] 对于前者,虽然有些学者,如黑贝勒(Peter Häberle),也强调宪法变迁中的时间因素,但另一些学者,如黑塞,则否认宪法变迁与时间有关。也就是说,宪法变迁重在事实的改变,至于这种改变是长期形成的,还是短期形成的,是不重要的。^[24] 这恰好说明了宪法惯例只是宪法变迁的一种方式,不能完全等同于宪法变迁。对于后者,什么是人们的法确信? 根据耶利内克的说法,法确信就是人民的承认。承认可以分为个别的承认与一般的承认,前者坚持法规范的效力必须获得所有法律成员的承认,后者则主张只要人民中的平均多数承认即可。耶利内克显然属于后者,因为他曾在论及社会观念时指出,这必然会忽略少数人的意见。^[25]

但是,这种承认到底意味着什么? 耶利内克没有明说。笔者认为,不妨借鉴哈特的反思性批判的内在视角来说明。哈特在比较习惯和规则之间的不同时指出,习惯只是成员的行为事实上与群体一致,这一点是外在观察者所能够记录的,可是这个观察者对于成员对其行为的态度一无所知。规则的参与者对于这个行为模式有着反思批判的态度,他们将此视为所有成员的行为标准。每一个成员不仅自己以特定的方式去行为,并且对于所有以这种方式去行为的适当性有所看法。这些看法可以从以下的情形中表现出来,当偏离行为发生或者有发生之虞时,他们会去批判别人和要求别人遵从,并且当受到这样的批判和要求时,承认其正当性。对于这样的批判、要求和承认,人们使用着广泛的规范性语言:我(你)不应该那样做、我(你)必须那样做、那是对的、那是错的。^[26] 在笔者看来,所谓“承认”,就是人们作为法秩序内在参与者的反思性批判态度。国内一些学者在论述宪法惯例和不成文宪法的时候,往往只关注其长期性,但却忽略了这种法确信的存在,所以就得出“全国人大作为橡皮图章”是宪法惯例和不成文宪法的错误结论。

[21] Heinrich Amadeus Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, S. 87 - 97.

[22] Heinrich Amadeus Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, S. 105.

[23] Christian Tomuchat, *Verfassungsgewohnheitsrecht? Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1972, S. 150.

[24] Konrad Hesse, *Grenzen der Verfassungswandlung*, in: Horst Ehmke, Joseph H. Kaiser, Wilhelm A. Kewenig, Karl Matthias Meessen, Wolfgang Rübner (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973, S. 127.

[25] Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Verlag Dr. Max Gehlen, Bad Homburg V. D. Höhe & Berlin & Zürich, 1966, S. 333 Fn. 1.

[26] [英]H. L. A. 哈特著:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社 2006 年版,第 53 - 55 页。

一些学者,如徐道邻,否认宪法惯例与宪法变迁之间的联系,因为习惯法强调经过惯例形成必要的法确信,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之。^[27] 对此,托穆沙特的解释是,习惯法的确不是宪法变迁的直接动力,而是在面对情况变化时的一种事后追认的解决方式。只有当事实已得到澄清、再次归于平静,才根据普遍的法确信,来决定哪一种实践可以成为法。^[28]

四 宪法变迁的根源

(一) 宪法实效与宪法规范力

诚如前述,宪法变迁是由于宪法规范的问题所引起的政治现实与宪法规范之间不一致,宪法规范的问题就在于宪法规范无法适应政治现实,或者说宪法规范事实上不具备遵守的可能性,即宪法规范缺乏实效性。那么,这种实效性的缺乏如何导致宪法规范就不应当得到遵守的结果,这就涉及到宪法实效与宪法规范力(效力)之间的关系。

宪法规范力与宪法实效的关系是国家法学的核心问题。亨尼斯通过对德国宪法史的回顾,认为在德国这一问题是立宪君主制的遗产。因为立宪君主制不是来自于民主革命,而是来自于君主制的改革。所以,宪法是对与政治相关的力量的确认,最重要的表现就是选举权。斯门德就把选举权视为将最重要的社会力量导入国家的方式,^[29] 由此就与前宪法的特权代表联系上了。亨尼斯指出,德国的宪法概念之所以特别强调宪法实效,就在于这种源自 19 世纪将宪法理解为对社会地位的确认和记录的传统。^[30] 后来出于德意志民族统一的需要,更加强调权力的作用。就像拉萨尔所说,成文宪法是一张纸,而现实的宪法是真实的权力关系。^[31] 拉萨尔对宪法本质的思考充满了现实政治的冷静,但这不能不说也是 19 世纪德国宪法环境内在虚伪的一个反映,即宪法与现实权力关系之间的背离。

在《宪法的规范力》一文中,黑塞将矛头对准拉萨尔关于宪法本质是权力问题的理论。拉萨尔区分了实效宪法(wirkliche Verfassung)和法律宪法(rechtliche Verfassung)。前者是指人们生活于其中的宪法,后者是指一张纸。后者必须与前者一致才能发挥作用。随着时间延续,冲突不可避免,成文宪法必须屈从于事实上的权力关系。^[32] 虽然黑塞也认为,静态的、理性的规范与流动的、非理性的现实之间必然存在紧张关系。但是与拉萨尔认为法律宪法应屈从于实效宪法不同,黑塞认为这是对法律宪法的否定,同时也是对宪

[27] Hsü Dau-Lin, Die Verfassungswandlung, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1932, S. 101ff.

[28] Christian Tomuchat, Verfassungsgewohnheitsrecht? Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1972, S. 150.

[29] Rudolf Smend, Maßstäbe des parlamentarischen Wahlrechts in der deutschen Staatstheorie des 19. Jahrhunderts, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1994, S. 19ff.

[30] Wilhelm Hennis, Verfassung und Verfassungswirklichkeit: Ein deutsches Problem, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968, S. 16.

[31] Ferdinand Lassalle, Über Verfassungswesen; Rede am 16. April 1862 in Berlin, Mit einem Essay von Ekkehart Krippendorff, Europäische Verlagsanstalt, Hamburg, 1993, S. 36.

[32] Konrad Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, J. C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959, S. 1.

法学作为法学的否定。宪法学是规范科学,从而区别于政治社会学和作为纯粹事实科学的政治学。如果宪法规范等同于对不断变化的事实关系的反映,那么宪法学就成为一个没有法的法学,这与现实政治有何区别?宪法学不是对国家秩序的法律化,而是具有对既有权力关系进行法律正当化的功能。如果把实效宪法视为决定性的,那么宪法学就失去了规范科学的性质,而成为一个纯粹的事实科学,从而不再区别于社会学或政治学。过去拉班德和耶利内克的法律实证主义与施米特的社会实证主义都采取规范与事实二分的立场,但是,黑塞认为,需要在放弃规范性和排挤事实性之间寻找一条中间道路。宪法并非独立于现实,它的本质,即它的效力,要在现实的规范环境中实现。它的效力不能脱离实现它的历史条件,包括自然的、技术的、经济的、社会的条件。社会的观念和价值观会对法原理的理解和自治产生决定性的影响。但是,宪法规范的效力并不能与它实现的条件等同,它是一个独立的因素。所以,法律宪法不仅仅是现实的反映,而且也是一种应然。即它要去规范和塑造政治和社会现实。在此意义上,现实条件和宪法的规范性既非相互分离也非相互等同。在现实中实现法律效力,从而获得宪法的规范力。这产生了这种实现的可能性和界限的问题。这种界限包括两方面:(1)宪法的内容越是基于它所处环境当时的特性,那么它的规范力就越确定。(2)宪法规范力的最优发展不仅仅在于宪法内容,也在于宪法实践。对宪法规范力的维护和确定起决定性作用的是宪法解释。解释就是在具体情况具体分析的要求下使规范意义发挥到最优。这意味着随着事实关系的变迁,解释也要发生变化。但是,宪法原理的目的和它明确的规范意志不能因为事实的变迁而被牺牲,由于事实改变而导致规范意义无法实现的地方仅仅是存在宪法修改的可能性,这种可能性恰恰是宪法规范力的前提条件,因为如果缺少它,迟早带来的是对法治的全面违反。所以,黑塞认为,政治现实与规范内涵之间的冲突并不必然是坏事,因为要维护法律宪法的规范力需要一些前提条件。如果这些条件没有被满足,那么宪法问题就会向权力问题或者法律宪法就会向事实问题“投降”,但是,上述事实并不能正当化对规范的完全否认。黑塞的结论就是,宪法的规范性与实效性(Wirklichkeitsbezogenheit)之间的紧密联系促使宪法学不能忽视规范性的前提条件。宪法学的任务就是让宪法的规范力得到最好地发挥,而要更好地执行这项任务,不在于去证明宪法问题就是权力问题,而在于证明宪法问题不是权力问题。^[33]

黑塞关于宪法实效会影响宪法规范力的观点,得到了当代法理学者的支持。比如阿列克西将法效力分为社会效力、道德效力和法律效力。^[34] 佛罗布莱夫斯基也将法效力分为事实力、价值效力和体系效力,^[35]并且他们都认为,社会效力或事实力是法律效力存在的条件之一。

[33] Konrad Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, J. C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959, S. 8, 13 - 15, 18 - 19.

[34] Robert Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, translated by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, Clarendon Press, Oxford, 2002, pp. 85 - 88.

[35] Aulis Aarnio, *Reason and Authority: A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Ashgate Publishing Company, Aldershot, Brookfield U. S. A., Singapore, Sydney, 1997, pp. 169 - 172.

(二) 整合规范与事实的宪法变迁

伯肯弗尔德虽然区分了通过政治事实的宪法变迁和通过宪法解释的宪法变迁,但是如果仔细考虑,通过宪法解释的宪法变迁的根本原因还是政治事实的变化。因为只有当宪法解释所依据的社会或技术环境发生变化之后,宪法变迁才会发生。^[36] 所以,笔者将通过政治事实的变迁称为直接变迁,将通过宪法解释的变迁称为间接变迁。也就是说,对于后者来说,政治事实要经过宪法解释的“过滤”后才能引起宪法内涵的变化。所以,宪法变迁的真正功能在于整合规范与事实。^[37] 就像莱尔歇所说,现实与普遍的法原理之间是一种问答模式,宪法是对社会问题和经济挑战的回答。所以,问题变了,回答也要变化。^[38]

1996年,保利在重新校勘耶利内克的《宪法修改与宪法变迁》一书时注意到了宪法变迁的这个“秘密”。他写道:事实的规范力并非如一些耶利内克的批评者所说,是权力向法的突变。它是带有耶利内克标记的战后早期自然法的复兴。耶利内克不仅用它来说明法的产生过程,同时也勾勒出宪法变迁问题的前提条件。^[39] 也就是说,保利认为耶利内克的宪法变迁理论是建立在其事实的规范力学说之上。^[40] 那么,什么是事实的规范力呢?

早在1878年的一篇名为《有关法、非法以及刑罚的社会伦理意义》的论文中,耶利内克就开始关注流行服饰的模仿如何产生规范的动力,以及惯行、惯习的规范意义如何在心理上产生反射的作用。^[41]

在后来的《一般国家学》一书中,耶利内克则是以个人对于某种社会事件的心理态度作为规范上的确信,说明其规范上的意义。他说:“我们必须穷尽至法的最后心理根源,……确信某一日常关系的存在。其源头在于人类心理上对某一事物之根本态度,即人类对于周遭所感知的事物,不仅将之视为单纯的事实,同时也作为评判的规范,用以检视以及纠正违反者的行为。”^[42] 耶利内克的出发点是认为人有一种心理上的特质,会将其行为融入于类似规范的观念中。一如孩童的心理发展,孩童基于模仿的特性,学习既有的行为模式

[36] Herbert Krüger, Verfassungswandlung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Konrad Hesse, Siegfried Reicke, Ulrich Scheuner (Hrsg.), Staatsverfassung und Kirchenordnung: Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1962, S. 156ff.

[37] Heinrich Amadeus Wolff, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, S. 109.

[38] Vgl. Peter Lerche, Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: Hans Spanner (Hrsg.), Festgabe für Theodor Maunz; zum 70. Geburtstag am 1. September 1971, Beck, München, 1971, S. 286.

[39] Walter Pauly, Verfassungswandel und normative Kraft des Faktischen, in: Georg Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, Keip Verlag, Goldbach, 1996, S. XIII ff.

[40] 事实的规范力是耶利内克诸多学说中最有魅力的一个,因为它语义显白却又内涵隽永。2004年,德国学界为纪念耶利内克的国家理论所出版的学术论文名称就采用了《事实的规范力:耶利内克对国家的理解》。Vgl. Andreas Anter (Hrsg.), Die normative Kraft des Faktischen: Das Staatsverständnis Georg Jellineks, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004.

[41] 高文琦:《Jellinek之法概念及其效力理论》,《成大法学》总第21期,第81页。

[42] Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Verlag Dr. Max Gehlen, Bad Homburg v. D. Höhe & Berlin & Zürich, 1966, S. 337.

比创设新的行为规则更为容易。只有求诸现实的事实关系才能了解法的产生过程,而此一现实的规范效力其基础不在于有意或无意的理性事物之中,也不是思考所得,而是在本性中无法再进一步追溯的状态,并且遇到某些情况时可以轻易地在心理上显现出反应。他的儿子瓦尔特·耶利内克的解释更易于接受:凡现实上的存在物,都有成为一种存在之应当的倾向。习惯了的食物最好吃,熟悉的人的脸型和体态最漂亮,自己人的意见总是值得赞同的,同一族类的人的生活方式才是正确的。流行的规范动力,驱使人们遵守社会的风俗。一旦新的风潮成型,将随即获得承认,因而逐渐将现实之物转变成规范。这从儿童的成长可以见之。^[43]

关于事实的规范力,需要注意的是,耶利内克的理论处理的不是法效力的问题,而是法生成的问题。^[44] 它旨在探索人如何将事实上的习惯转化为规范标准的心理过程。在此,耶利内克受到了拉萨尔的影响,认为宪法首先是事实上的权力关系的反映,但是耶利内克并不认为心理上的法确信也来自于事实上的权力关系,即事实上的服从必须伴随着正当性。耶利内克绝不是一种新的法生成理论的代表,而是与传统的习惯法的生成理论相联系。他说:“民族中所有的法,其起源不外乎是事实上的惯行,基于不间断的实践,因而产生一种类似规范的概念。”^[45] 当然,耶利内克区别于萨维尼和普赫塔的习惯法理论的地方是,后两者并不把长时间的实践作为习惯法形成的前提。

事实的规范力在德国并未过时,^[46] 并通过事物本质(Natur der Sache)理论成为沟通存在与当为的桥梁。^[47] 考夫曼对事物本质的定义是:“事物本质”是一种观点,在该观点中存在与当为互相遭遇,它是现实与价值互相联系(“对应”)的方法论上所在。^[48] “事物本质”是一种特殊中的普遍、事实中的价值的现象。^[49] 正如德国法学家德恩伯格所说,从某种程度上讲,生活关系本身就含有它们自身的标准和它们自身的内在秩序,隐于这种关系中的内在秩序被称为“事物的本质”。^[50] 事物本质是一种自然法学说,但不是现代自然法而是古典自然法。古典自然法与现代自然法的区别在于,在古典自然法中,存在与应为并不截然区分,而是统一的。古典自然法与今天的自然科学一样,就是向自然学习、观察自然、模仿自然,自然中蕴含的法则就是人类生活秩序的法则。它主张,现实世界的事物并非混乱一团,而是内含先验的自然秩序。此秩序以事物的本质、理念、共相的形式存在

[43] Walter Jellinek, Über die normative Kraft des Faktischen, JZ 1951, S. 347.

[44] Peter Landau, Rechtsgeltung bei Georg Jellinek, in: Stanley L. Paulson und Martin Schulte (Hrsg.), Georg Jellinek: Beiträge zu Leben und Werk, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, S. 302.

[45] Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Verlag Dr. Max Gehlen, Bad Homburg V. D. Höhe & Berlin & Zürich, 1966, S. 339.

[46] Klaus Grimmer, Die Rechtsfiguren einer Normativität des Faktischen: Untersuchungen zum Verhältnis von Norm und Faktum und zur Funktion der Rechtsgestaltungorgane, Duncker & Humblot, Berlin, 1971, S. 17 - 18, 20ff.

[47] Vgl. Gustav Radbruch, Die Natur der Sache als juristische Denkform, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1948; Ralf Dreier, Zum Begriff der Natur der Sache, Walter De Gruyter & Co., Berlin, 1965.

[48] [德]亚图·考夫曼著:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司 2003 年版,第 103 页。

[49] [德]亚图·考夫曼著:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司 2003 年版,第 107 页。

[50] [美]E. 博登海默著:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 479 页。

于事物之中,并可由人类通过理性而洞见。^[51]

但是,事物中蕴含规范,这是一种实存关系,而非逻辑关系。也就是说,虽然我们可以从事物中抽象出规范,但不能用事物来逻辑地证明规范的正确性。因为逻辑在后的事物是不能逻辑性地证明逻辑在先的规范的正确性的。^[52] 拉德布鲁赫的说法更直接:(我们)不是要宣称,价值评判不是由实然事实引起的,而是要阐明,价值评判不能从实然事实中得以证明。因此我们认识该问题的方法是,应然定理不能运用归纳法从实然事实中得到证明,而只能运用演绎法从另外一些应然定理中推导出来。^[53] 比如通常上下车的规则是先下后上,因为车下的空间比车上大,先下后上比较安全。但是在亚马逊河上下船的时候,必须先上后下,因为河中有食人鱼,让乘客在船下久等,有遭受食人鱼攻击的危险。由此可见,“亚马逊河中有食人鱼”的事实中蕴含着“应当先上后下”的规范,但是能证明“应当先上后下”规范成立的并非“亚马逊河中有食人鱼”的事实,因为这样的事实会改变(亚马逊河中的食人鱼灭绝了)或者会有例外(其他河流中没有食人鱼),而是“人的生命应得到保护”这一规范。

如果我们能理解这一点,我们就能正确地理解黑格尔的名言——凡是现实的东西都是合乎理性的,它就是一种事物本质的思想,但它仅仅说明了现实中蕴含着规范(合理性),而非意味着规范(合理性)可以被现实所证立。由此可见,规范的来源与规范的证立是两个问题:规范来源于事实,但规范不能用事实来证立,规范的证立只能依靠规范。

凯尔森的正确性在于,他解决了规范的证立问题——即规范的应然性是通过另一个规范的应然性来证立,但同时,他又混淆了规范的证立与规范的来源。因此,他将规范的来源也归结于一个基础规范的存在,而这种基础规范只能是“历史上第一部宪法”的事实,但考虑到他对于那种关于纯粹规范性法律——其基础是存在与应然之不可调和的对立——的向往,这一立场是明显悖谬的。^[54]

反过来,哈特的问题在于,他成功地用社会事实描述了规范性,无论是人们接受法律的内在规范性态度还是将法律作为权威性行动理由,但是当他试图用道德(价值)中立的社会事实来证立规范性的作法却并不成功。^[55] 就像台湾学者王鹏翔区分规范性事实和具有规范性意涵的事实时所指出的,具有规范性意涵的事实,比如烟价上涨、吸烟有害健康等,可以是描述性的经验事实或自然事实,但是一个给予理由的经验事实或自然事实本

[51] 周维明:《“事物的本质”作为自然法?——一个存在论视域的考察》,载陈小君主编《私法研究》(第12卷),法律出版社2012年版,第266页。

[52] 周维明:《“事物的本质”作为自然法?——一个存在论视域的考察》,载陈小君主编《私法研究》(第12卷),法律出版社2012年版,第268页。

[53] [德]拉德布鲁赫著:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第9页。

[54] [德]海因里希·罗门著:《自然法的观念史和哲学》,姚中秋译,上海三联书店2007年版,第147页。

[55] 参见陈景辉:《道德善、理性化与法的规范性——以哈特理论为中心的反省》,《法律科学》2012年第4期,第33-34页;庄世同:《法律的概念与法律规范性的来源——重省哈特的接受论证》,《中研院法学期刊》2013年第13期,第33页;王鹏翔:《接受的态度能够证成法律的规范性吗?——评庄世同〈法律的概念与法律规范性的来源——重省哈特的接受论证〉》,《中研院法学期刊》2014年第14期,第390-392页;陈景辉:《哈特的接受论证与法律的规范性——对庄世同/王鹏翔之争的评论》,《中研院法学期刊》2014年第14期,第407-426页;庄世同:《法律的规范性与法官的义务——对三篇评论文的回应》,《中研院法学期刊》2014年第14期,第475-476页。

身并不等同于“某人应当少吸烟”这个事实，后者是不可化约的规范性事实。^[56]

所以，宪法变迁后的新规范内涵能否成立，仍然要接受其他宪法规范对其的检验，即被其他宪法规范所证立。当然，这里的“其他宪法规范”并非任何宪法规范，而必须是不可被修改的宪法规范，即宪法核。这就是德国学者伯海德把德国基本法第 79 条作为宪法变迁的首要界限的原因。^[57] 因为该条第 3 款规定了德国基本法不可修改的核心是第 1 - 20 条，它们的作用就是“以不变应万变”。新的规范内涵能否被宪法所接纳，必须经过它们的检验，正是它们将宪法规范维系成一体。

五 德国宪法变迁理论与美国之比较

近年来，阿克曼的宪法时刻理论在国内宪法学界引起广泛讨论。^[58] 实际上，阿克曼的宪法时刻理论就是美国版的宪法变迁。^[59] 只不过与德国学者从事实与规范的关系的角度来分析宪法变迁的根源不同，阿克曼将宪法变迁的根源置于人民主权的原理，即正是凌驾于议会主权以上的人民主权导致了可以在议会不修改宪法的情况下直接进行宪法规范内涵的变迁。

但是，阿克曼的宪法时刻理论的问题在于：（1）无法为宪法时刻的形成提供判断标准。在《我们人民：奠基》一书中，阿克曼以新政为蓝本将宪法时刻的产生过程分为四个阶段：第一，示意。某一议题逐渐得到一般人民的支持，使其成为凌驾于常态政治上的公共议题。当然这个过程必须是非常显著的，必须得到人民广泛的、深入的、决定性的支持，比如能够引发全国性的关注和讨论，就可能是显著的。第二，提议。政治领袖针对这个议题形成一个可供人民赞成或反对的方案，而且至少应该是具有政策可行性的方案，而非抽象的政治口号。第三，动员了的慎思明辨。在争取绝大多数人的持续支持的过程中，必须提供一个足供人民慎思的时间，因为不可能要求人民在短时间内对国家重要议题即刻发表意见，也不能未经讨论直接将议案付诸实施，而必须让各党派都发表自己的立场。第四，法的成型。经过前述三个阶段而获得最终优势地位的观点，经过法院的转化或法典化为令人信服的原理、原则。^[60] 但在《我们人民：转型》一书中，阿克曼以内战为蓝本将四个阶段修改为五个阶段，分别是宪法僵局、选举授命、向反对派机构发起挑战、及时转向、巩

[56] 参见王鹏翔：《独立于内容的理由与法律的规范性》，《中研院法学期刊》2012 年第 11 期，第 229 - 230 页。

[57] Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung: Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982, S. 264 - 267.

[58] 汪庆华：《宪法与人民——从布鲁斯·阿克曼〈我们人民：奠基〉谈起》，《政法论坛》2005 年第 6 期，第 182 - 191 页；孙文恺：《走出二元对立的思维困境——阿克曼对美国宪法变革机制的检讨》，《法制与社会发展》2009 年第 4 期，第 20 - 29 页；田雷：《重新理解美国宪法——阿克曼宪法理论的用途与误用》，《北大法律评论》第 11 卷第 2 辑，北京大学出版社 2010 年版，第 442 - 462 页。

[59] 参见叶俊荣：《消散中的“宪法时刻”》，载《李鸿禧教授六秩华诞祝贺论文集——现代国家与宪法》，月旦出版社股份有限公司 1997 年版，第 242 页；杨皓清：《宪法变迁与宪法时刻之理论——修宪程序外的变迁途径》，《宪政时代》第 24 卷第 2 期，第 46 - 71 页。

[60] 参见[美]布鲁斯·阿克曼著：《我们人民：奠基》，汪庆华译，中国政法大学出版社 2013 年版，第 299 - 318 页。

固性的选举。^[61]那么,这到底是一种描述还是一种判准?虽然阿克曼自己将美国历史上的宪法时刻总结为四个:建国、内战、新政、民权运动,但仍然有学者用阿克曼的标准认为他遗忘了一些宪法时刻。^[62]威廷顿找出的美国历史上的宪法变迁超过八十一个。^[63]更有甚者,近来有人开始用数学算法来测量阿克曼所说的宪法时刻的形成。^[64]难怪有学者指出,阿克曼的理论是事后解释而非事先预测。^[65]

(2)如果把宪法变迁的根源系于人民的意志,那么,宪法变迁的发生未免随意,同时,人民主权对宪法至上的“威胁”也不可不察。所以波斯纳批评阿克曼的理论不仅错误而且危险。错误的是为何对于变革的热情要赋予更高的正当性,危险的是这种理论将造就类似希特勒般的独裁者,在拥有庞大民意的基础下,进行宪政体制外的宪法革命。^[66]尽管阿克曼在2006年的霍姆斯讲座中提出了“活的宪法”来为自己辩护,^[67]但是,与其说是活宪,不如说是活人。“活的宪法”不过是人民主权周期性的产物。虽然阿克曼也提到了宪法解释在宪法变迁最后定型中的作用,但是与德国不同,阿克曼认为,宪法变迁的动力是人民而非宪法解释。

六 结 语

林来梵教授曾指出,长期以来,中国宪法学恰恰存在一种盲点,即没有明晰地区分实存与当为、事实与价值,以至于陷入一种方法论上的混沌状态。^[68]所以,他才不惜刻意强调“方法二元论”式的问题意识。的确,事实与价值不分或者用事实来证立价值,是中国宪法学最常犯的错误。但是,与“事实与价值不分”同样错误的是认为“事实与价值无关”。实际上,无论是恩吉施所说的“在事实与规范之间目光往返”,^[69]还是考夫曼所说的“法是当为与存在的对应”,^[70]都让我们看到事实与价值的关系并非二分这么简单。这一点在宪法变迁的问题上体现得尤为明显。鉴于传统的法释义学无法彻底地证立“人为什么要遵守规范”的问题,现代的法释义学不仅关注规范的内部证立,还增加了规范的外部证立。这种外部证立反映为,宪法释义学除了要解决宪法规范是什么以及在司法中如何应用(这涉及到各种宪法获取、宪法解释和宪法适用技术)的问题之外,还应当解决两

[61] [美]布鲁斯·阿克曼著:《我们人民:转型》,田雷译,中国政法大学出版社2014年版,第19页。

[62] Michael W. McConnell, *The Forgotten Constitutional Moment*, 11 *Constitutional Commentary*, 115, 116 (1994).

[63] 刘晗:《宪法修正案与“法外修宪”:美国宪政变迁研究》,载高鸿钧主编《清华法治论衡》(第18辑),清华大学出版社2013年版,第206页。

[64] Daniel Taylor Young, *How Do You Measure a Constitutional Moment? Using Algorithmic Topic Modeling to Evaluate Bruce Ackerman's Theory of Constitutional Change*, 122 *The Yale Law Journal*, 1990 (2013).

[65] 汪庆华:《宪法与人民——从布鲁斯·阿克曼〈我们人民:奠基〉谈起》,《政法论坛》2005年第6期,第189页。

[66] Richard A. Posner, *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1995, pp. 213-228.

[67] Bruce Ackerman, 2006 Oliver Wendell Holmes Lectures: *The Living Constitution*, 120 *Harvard Law Review* 1737 (2006).

[68] 林来梵:《法学的祛魅》,《中国法律评论》2014年第4期,第169页。

[69] [德]卡尔·恩吉施著:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第61页。

[70] [德]亚图·考夫曼著:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司2003年版,第41页。

个问题:第一个是宪法规范的正当性,这就是关于制宪权的问题;第二个是宪法规范的实效性,这就涉及宪法变迁、宪法修改等问题。后两个问题虽然并非纯粹的规范问题(实际上是介于规范与事实之间),但对于追求实在宪法的规范性的宪法释义学是必要的。^[71]

[本文为 2012 年国家社科基金青年项目“我国宪法总纲条款的规范属性与实施机制研究”(12CFX016)的研究成果。]

[Abstract] Abstract: Since its emergence at the end of the 19th Century, the theory of Constitutional change has undergone a complicated process of evolution that has been going on throughout the 20th Century and up to this day. Jellinek defines constitutional change as a kind of change caused by facts without the formal change of constitutional text. Hesse attributes early theory of constitutional change to a result of Staatsrechtspositivismus. The separation of law from fact leads not to the strengthening of normativity, but to the surrender to force in reality. Böckenförde distinguishes between constitutional change by political reality and constitutional change by constitutional interpretation, and maintains that the basis of this classification is the existence or non existence of an effective constitutional adjudication. As a result of the efforts made by Hesse and Böckenförde, the early idea of constitutional change caused directly by political reality was abandoned and the mainstream idea of constitutional change caused by constitutional interpretation was established in Germany. The direct cause of constitutional change is that constitutional norms are short of effectiveness and become invalid and the essential cause of constitutional change is that a change of facts leads to a change of norms. Although facts can lead to a change of the connotation of norms, it can not justify the new connotation of norms. Norms can be justified only by other norms. Therefore, the key to justifying constitutional change is to subject it to the test by the core of constitutional norms.

(责任编辑:田 夫)

[71] 王锴:《宪法释义学的问题与前景》,《江苏行政学院学报》2008 年第 4 期,第 117 页。