



宪政古今译丛
Ancient and Modern
Constitutionalism

丛书主编
陈端洪 翟小波

〔德〕迪特儿·格林 著
Dieter Grimm

刘刚 译

现代宪法的诞生、 运作和前景

Entstehung, Funktionieren und Zukunft
der modernen Verfassung



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

现代宪法的诞生、 运作和前景

Entstehung, Funktionieren und Zukunft
der modernen Verfassung

[德]迪特儿·格林 著 刘刚 译
Dieter Grimm



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

现代宪法的诞生、运作和前景 / (德) 格林著; 刘刚
译. —北京: 法律出版社, 2010. 1
(宪政古今译丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0040 - 4

I. 现… II. ①格…②刘… III. 宪法—法学史—研究
IV. D911.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 189638 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/5.75 字数/127 千

版本/2010 年 1 月第 1 版

印次/2010 年 1 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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

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

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0040 - 4

定价: 25.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

宪法当属诸多重大现代革新之一。她把人民提升成为政治统治的根源,并为个体自由与平等之利益计,把公权力的行使纳入法律轨道。她保护公民,免受国家恣意之害,她建构出一种基本合意,在此合意构成的框架中,政治异见能够和平地得到平息。宪法于 18 世纪末,在当时的西方世界的边缘,即英国的北美殖民地产生,经 19 世纪的艰苦奋争,历 20 世纪的诸多挫折,终在今日作为统治之建立和规范的手段,而获得普世之推广。然而,却不可据此断言,宪法亦在各处被认真对待,并始终因循秉持。由于宪法只为政治指出方向、划定边界,因此,围绕政治观点与措施而生的冲突并不会因此绝迹。经验告诉我们,若不建立专门机构来负责宪法的实施,在这些冲突场合中,宪法能发挥的作用就将微乎其微。人



们对此经验的回应便是宪法诉讼制度,它最早在美国确立,如今已成为大多数宪法的必备要素。已经过去的 20 世纪见证了作为独立于政治的控制机制,即宪法诉讼制度的胜出历程。

然而,人们还应该注意,在宪法取得这些外在成功之际,还随之遭受了内在的削弱,这种削弱并非来自于统治者对宪法的漠视,而是源于宪法规范的对象所遭遇的结构性变迁。国家的任务及其履行任务的手段都发生了变化。国家越来越仰赖于和社会中能够影响决策的那些主体进行合作。公私之间的鲜明界限,也即宪法所由生的根基,如今变得可以穿破。不宁唯是,还有许多任务,无法在一国框架内有效完成。由此,这些任务需要各国把部分公权力让渡给国际组织。这样一来,国家的内外界限亦被混合,而此二者的区分亦是宪法所必需。结果便是,与以前不同,在一国地域内发挥作用的所有公权力,并非都满足宪法的要件。然而,可与宪法匹敌的法律在国际层面至今仍未出现,不过,能否建构出这样的法律,乃是宪法理论需要面对的重大问题之一。

这些均属本书各篇文章讨论的主题。其中三篇探讨了现代宪法的产生条件,及其在两百多年的历史中经历的,以及今天正在加剧的运作和变迁过程。另外一篇讨论的是宪法诉讼制度,在这篇文章中,尤其针对美国普遍流露出的担忧,即宪法诉讼与民主不符,提出了一些不同看法。最后一篇乃是针对德国基本法五十周年而写,讨论了德国宪法从 1949 年制定,截至 1999 年的现状。之所以录入此文,主要是因为,德国基本法及德国宪法法院对其进行的解释,在 20 世纪后半叶,对许多新宪法的产生以及许多国家的宪法解释产生了重大影响。此间在许多国家采纳的重大宪法创新,例如对人的尊严的保障,或者比例原则的确立等,都可在德国找到其根源。

这本论文集的文章收录和翻译起自刘刚。他希望我的这些思考也能够在中国被人知晓,对此,我表示诚挚的感谢。

迪特尔·格林

柏林 2008 年 12 月

译者序

迪特尔·格林(Dieter Grimm)教授是我当前在德国攻读博士学位的导师。就公法领域而言,他在德国和英美学界声誉都很高。不过,格林教授也许并不是大学者。用他自己的话说,当前的德国,已经不是产生大学者的年代。德国的魏玛时期,产生了我们都很熟知的宪法大学者,例如凯尔森、施密特、斯门德、黑勒等。当时的德国,刚从君主制过渡到民主制,政体格局尚不十分明了;虽有一部宪法,但并无权威的解释者;第一次世界大战(以下简称“一战”)的失败,又酿出沉重的割地赔款负担。内忧外患促使当时的人进行根本、全面的思考。于是,宪法大学者涌现,宪法学说争鸣。

第二次世界大战(以下简称“二战”)以后,当时的西德通过基本法帮助自己完成重建与整



合。与之前的宪法相比,基本法的最大不同在于建立了联邦宪法法院,并明确赋予其针对宪法问题的最终发言权。此后,联邦宪法法院不但成为最高的国家机关之一,同时也变成了宪法学研究的风向标。借此,宪法理论与实践密切结合、水乳交融。就当前德国的宪法学研究来说,已经无法脱离联邦宪法法院的判决。在很大程度上,宪法学者就是对宪法法院的判决进行系统化和理论化。正是在这个意义上,格林教授才说,当前的德国已经不是产生大宪法学者的时代。当前需要的已经不是根本性的体系建构,而是宪法解释。

格林教授在 1987 年至 1999 年任联邦宪法法院法官。任职期满后受聘于柏林洪堡大学法学院教授,同时兼任柏林高等研究院院长。除在各种场合发表的大量论文之外,主要著作包括:(1) *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft* (市民社会中的法律与国家), Suhrkamp 1987; (2) *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776 – 1866* (德国宪法史), Suhrkamp 1988; (3) *Die Zukunft der Verfassung* (宪法的未来), Suhrkamp 1991; (4) *Die Verfassung und die Politik* (宪法与政治), München 2001。当前这本译作中的论文就是从上述各著作中选录而成,目的是展现一个大陆法系背景下的学者对宪法与宪政这个主题的思考。

当前收录的文章主要写于 20 世纪 80 年代。在当时的德国,曾围绕福利国家问题展开过比较热烈的讨论。主要原因在于,德国乃至西方国家的宪法框架肇始于美国革命和法国革命。依当时的社会结构和革命诉求而确立的宪法框架已经延续两百多年。时至今日,社会已经发生诸多变迁,有许多乃是社会结构的变迁,尤其表现为福利国家的出现。在这种情况下,资产阶级市民革命确立的宪法模式还能否适应变迁之后的社会现实,就成为需要人们回答的问题。不少就我个人而言,我觉得在回答这样的问题

时,格林教授有三个方面的路径对我启发很大。

第一,对理想类型的归纳。既然是当前的宪法框架遭到质疑,首先就需要明了当前框架的现状。作为宪法学者,就需要把当前的宪法框架作为一个确定的类型来观察,归纳出其组成要件,并理清各个要件之间的关系,哪些是本,哪些是末。概括而言,当前西方国家的宪法框架可称为市民社会的宪法模式。这个模式的最根本假定或者最低层的依托乃是国家与社会的分离。在这个二元分离的结构中,社会是主,国家是次。社会拥有自我调节的能力。其所用的调节机制便是个人自由。通过拥有平等自由的个人之间的相互作用,社会便可自动创出共同福祉。国家的作用是什么呢?国家的职责就在于保障社会的自我调控能够顺利进行,其所用的手段是命令和禁止,针对的对象主要是个人滥用权利的行为。为了确保国家安守其附属地位,宪法通过国家组织法对其进行内部结构的制约,通过基本权利为其划定外部边界。这就是传统市民社会所塑造的宪法框架之轮廓。

第二,历史考察的方式。在归纳上述框架时,最好的方法不是考察当前的宪法,而是追溯到这种框架产生的时代。只有在其产生的时代,才能抽离出最纯粹的形式,然后才能看清其后时代中逐步增加的因素。自由、民主、人权等,无疑应该被接受为具有普遍意义的理念。但是,在不同的时代,这些普遍理念下面实际是被赋予具有历史限定的具体含义。通过追本溯源的考察,才能更透彻地理解制度的本意,也才能够看清随后的变迁。

第三,社会学考察的方式。一方面,如果把现行宪法框架看成一套制度,那么,这套制度若要顺利运转,也必定需要相适应的社会条件。另一方面,谈到福利国家对现行宪法框架的挑战,也要去考察在这些挑战中,哪些只属于个别性问题,通过宪法解释便可以吸纳;哪些属于结构性问题,必须重新反思宪法概念或者



宪法模式才能成功应对。

序言不是导读。读者自能自己理解,也能得出自己的结论。译者在此仅交代一些翻译缘起和个人体会。如果有幸得到交流机会,译者很愿意共同讨论。

刘 刚

2008 年 12 月 25 日 柏林

E-mail: liug8154@ gmail. com

目 录 Contents

宪法的起源与演变 / 1

现代宪政主义的产生与运作条件 / 55

宪法的未来 / 89

基本法五十年 / 127

宪法裁决与民主 / 150

宪法的起源与演变*

A. 宪法的产生

I. 作为新生事物的规范性宪法

每个政治统一体都存在于一套宪法当中。但是,并非每个政治统一体都拥有一部宪法。“宪法”的概念包括两种情形。^[1]然而,它们所涵盖的范围却并不一致。宪法概念具有两种不同的含义。在该词的第一种意义上,“宪法”展示的乃是一国政治关系的现状;第二种意义上的“宪法”是指以政治统治的建立和行使为规范对象的一部法律。因此,宪法概念的第一种含义是经验性的或描述性的;宪法概念的第二种含义是

* 本文选自 Josef Isensee 和 Paul Kirchhof(主编):《德国国家法手册:卷 I:历史基础》,第 3 版,C. F. Müller 出版社,Heidelberg 2003。译者:钟瑞华,中国社会科学院国际法研究中心副教授,法学博士。

[1] 关于宪法概念的发展历史,比较 Heinz Mohnhaupt/Dieter Grimm: Verfassung, 第 2 版,2002。



规范性的或规定性的。当人们在经验性意义上使用宪法概念时,宪法展示的乃是,在特定时间、特定地域内、哪种政治关系在事实上占统治地位;当人们在规范性意义上使用宪法概念时,“宪法”是指一个地域内的政治统治在法律上应该服从的那些规则。

虽然经验意义上的宪法自始就有,但是,规范意义上的宪法却是相对晚近的事物。规范意义上的宪法产生于18世纪的美国革命和法国革命,并于其后200年的时间内传播至全世界。但是,这并不是说,在规范意义上的宪法产生之前,就不存在调整政治统治并约束统治职能的承担者的法律规则。只不过是,并非所有这些规则都能算作以规范文本形式出现的现代意义上的宪法,这种规范文本产生于18世纪晚期的革命,并且直到今天仍是宪法概念的核心特征。在此,有必要区分法律化(*Verrechtlichung*)和宪法化(*Konstitutionalisierung*)这两个概念。宪法展示了对政治统治进行法律化的一种特定形式,这种形式与历史条件密切相关,这些条件并非时时具备,而且,随着时代推移,它们也无法再次出现。^[2]

对于专门规范政治统治的法律来说,长期以来,一直都缺少一个合适的规范对象。在社会尚未发生功能分化以前,还不存在排斥其他系统,自身专门负责政治统治的行使的子系统。^[3]当时,统治任务在地域、对象和功能方面,分散在众多相互独立的承担者身上。通过这种形式,无法产生封闭的统治集团。在这里,统治权能并不是主要和领土结合,而是依赖于人。统治权能的承

[2] 关于这方面的论述,见 Dieter Grimm: *Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus*, 见所著 *Die Zukunft der Verfassung*, 第3版, 2002, 第31页以下各页; *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, 第3版, 1995, 第10页以下各页。

[3] 比较 Niklas Luhmann: *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997, 第595页以下各页; *Die Politik der Gesellschaft*, 2000, 第69页以下各页; 以及 *Metamorphosen des Staates*, 载其所著, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 卷4, 1995, 第101页以下各页。

担者在行使统治时,并不是把它作为独立的功能,而是看作家长、等级成员、社团成员或不动产所有权人等特定身份的附属物。今天被分作公私并分别对待的现象,在当时还处于一片混沌之中,因此尚不可能出现独立的公法。^{〔4〕}

但是,这并不意味着统治权在法律上是不受约束的。相反,它们处于一系列法律约束构成的严密网络之下,这些约束的效力很大程度上来自传统,且经常诉诸上帝。因此,它们不仅具有优先于制定法的地位,而且也不可以通过制定法加以改变。尽管如此,这些约束性规范仍不能算是现代意义上的宪法,即表现为专门规范政治统治的建立和行使的法律那种意义上的宪法。由此,正因为统治权通常是其他法律地位的附属物,所以,统一性的法律对它们只能进行部分程度上的规范。但是,针对古代或中世纪“宪法”所作的大量研究,^{〔5〕}也绝不会因此丧失其价值。人们需要做到的只是,不要把古代或中世纪的“宪法”与旨在规范政治统治的法定规范性文本混为一谈,后者是18世纪晚期革命的新产物,并且通过一次性政治决断获得其法律效力。

直到宗教信仰的分裂抽离了中世纪秩序存在的基础,而且一种新的政治统治形式在16、17世纪的宗教内战过程中在欧洲大

〔4〕 比较,关于中世纪秩序的一般性论述,见 Otto Brunner: *Land und Herrschaft*, 第6版, 1970; 此外见 Helmut Quaritsch: *Staat und Souveränität*, 1970, 第107页以下各页,特别是第196页以下各页,另外第184页也提到关于不存在宪法规范对象的观点; Walter Ullmann: *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, 第3版, London 1974。关于中世纪法律的统一, 见 Walter Ullmann: *The Medieval Idea of Law*, 1946; Michael Stolleis: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 卷1, 1988, 第63页以下各页。关于私法和公法关系的发展, 见 Martin Bullinger: *Öffentliches Recht und Privatrecht*, 1964。

〔5〕 比较,例如 Jochen Bleicken: *Die Verfassung der Römischen Republik*, 第7版, 1995 以及 *Verfassungs-Sozialgeschichte des Römischen Kaiserreichs*, 第4版, 1995; Fritz Kern: *Recht und Verfassung im Mittelalter*, 1952; Rolf Sprandel: *Verfassung und Gesellschaft im Mittelalter*, 第5版, 1994。



陆形成后,才产生了一个适格的宪法规范对象。这种新形式的政治统治依赖于这样一种信念:宗教内战只有通过一种更高的权力才能息止,这种权力既要拥有权威,又要具备力量,以建立并落实一套独立于争论不休的宗教真理的新秩序,并在此基础上再造和平。由此信念出发,从法国开始,各路诸侯开始整合无数分散的统治权限,并最终将其凝聚为以领土为基础的公权力。这种公权力包括了立法权,且不再受位阶更高的,诉诸上帝的法律的限制。以前以法律命令形式出现的,现在则退回道德领域,且不再具备法律上的拘束力。

人们很快为这种新现象找到了合适的新概念:统治集团被称为国家,它拥有的绝对权力被称为主权。^[6] 主权的首要含义并非其对外独立性,而是指君主享有的针对所有其他人立法,而自己则不受任何法律拘束的内在权力。^[7] 但是,国家和主权的形成不是一次性事件,而是一个过程,这个过程在欧洲大陆的不同地区、不同时间内,以不同的速度展开,并造成了不同的后果,但是,在任何地方都尚未最终完成。相反,介于君主和被统治者之间的无数个中间统治者遍布整个欧洲大陆,它们对君主统治者对公权力的独占提出了质疑。特别是,甚至当绝对主义国家成功地排除了各等级对政治的参与之后,却仍然不得不允许等级社会秩序以及相应的地主—农民关系的存在,对于这种关系,国家权力都不容置喙。

尽管如此,在现代国家中,国家权力还是急剧膨胀,它越来越能够以独立于采邑继承制而存在的军队、自己的官僚集团,以及不再以等级同意为依据的税收为支撑,所以就产生了一种可以由

[6] 关于国家和主权的有关论文,见 Otto Brunner, Werner Conze, Reinhart Koselleck (编): *Geschichtliche Grundbegriffe*, 卷 6, 1990, 第 1 ~ 154 页。

[7] 比较 Quaritsch 所著(前注[4]),第 39 页以下各页及第 333 页以下各页。

统一的法律加以规范的对象。当时之所以没有产生现代意义上的宪法,是因为上文提到的种种原因促成了君主专制国家的形成。在君主专制国家中,君主是一切权力的主体,它根据自己的权能主张权力,并且在行使这些权力时不受任何的法律限制。也就是说,虽然当时的君主专制国家中具备了适格的宪法规范对象,但仍然不需要宪法:专制统治的特征就是拒绝法律的约束。

但是,诉求和现实之间仍然存在着冲突。当时的君主权力很快就唤醒了对法律制约的需求。在统治者缺位或软弱无力的适宜场合,就在所谓的政府形式中形成了一些规范文本,旨在保障各等级的权利,以对抗君主权力。虽然这些政府形式在建构国家的强大力量面前很少能够维系下去,^[8]但是,随着时间的推移,那些所谓的基本性法律(*Fundamentalgesetze*)、统治契约(*Herrschaftsverträge*)或选举条例(*Wahlkapitulationen*)则开始逐渐发挥作用。^[9]它们一般是通过契约形式签订的,而且一经形成,统治者就不能单方解除。就此而言,它们优先于统治者制定的法律。但是,尽管如此,仍然不能将它们与宪法相混淆。因为它们

[8] Fritz Hartung: *Staatsbildende Kräfte der Neuzeit*, 1961.

[9] 比较 Gerhard Oestreich: *Vom Herrschaftsvertrag zur Verfassungsurkunde*, 收于 Rudolf Vierhaus (编): *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze*, 1977, 第 45 页; Hasso Hofmann: *Zur Idee des Staatsgrundgesetzes*, 见所著 *Recht-Politik-Verfassung*, 1986, 第 261 页; Werner Näf: *Herrschaftsverträge und Lehre vom Herrschaftsvertrag*, 收于 *Schweizer Beiträge zur allgemeinen Geschichte* 7 (1949), 第 26 页; Fritz Hartung: *Herrschaftsverträge und ständischer Dualismus in deutschen Territorien*, 见所著 (前注 [8]), 第 62 页; Christoph Link: *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit*, 1979, 第 178 页以下各页; Heinz Mohnhaupt: *Die Lehre von der „Lex fundamentalis“ und die Hausgesetzgebung europäischer Dynastien*, 收于 Johannes Kunisch (编): *Der dynastische Fürstenstaat*, 1982, 第 3 页; 以及 *Verfassung I*, 收于 Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (编): *Geschichtliche Grundbegriffe*, 卷 6, 1990, 第 852 页以下各页; Von den „leges fundamentales“ zur modernen Verfassung, 载于 *Ius commune* 25 (1998), 第 121 页; André Lemaire: *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime*, Genf, 1907; John W. Gough: *Fundamental Law in English Constitutional History*, 第 2 版, Oxford 1961.



并没有触及君主享有的沿承已久的统治权限,只是迫使他为契约对方的利益而零星地放弃了一些统治权限。法律规范的位阶化(*Hierarchisierung*)也还没有导致宪法化。

因此说,现代规范性宪法并不是上述古老渊源有机发展的产物。直到1776年和1789年爆发的革命性断裂,才促成了对政治统治进行法律约束这一困扰人们已久的难题的有效解决,而且其解决办法到目前为止仍然有效。美国从其母国的分离,以及法国对绝对君主的颠覆,都留下了有待填补的正当统治的真空。但是,仅仅是革命性断裂并不能充分解释通过宪法满足这种需求的必要性。在此之前的无数暴力革命表明,结果有可能仅仅是用另一个统治者更换被颠覆的统治者而已。即使革命中形成了产生新统治者或新王朝的条件,但是,统治者或王朝的更换却并不必然导致宪政主义的产生。

这一点可由发生在英国的情况得到证明。17世纪的英国革命——尽管其同样使英国与继承下来的统治发生了断裂——就没有导致宪法的产生。在英国革命中,贵族和资产阶级联合起来共同对抗斯图加特王朝,因为斯图加特王朝试图像欧洲大陆各国一样扩张自己的权力,但是却不像欧洲大陆各国一样具有扩张其权力的正当理由。因此,光荣革命的目的不是要改变而是要维护现存的秩序。相应地,光荣革命也没有导致统治制度的转变,而只不过是造成了王朝的更替;而且,与王朝更替过程相伴而生的规范性文件,即1689年权利法案,也仅仅是议会和新君主强化古老权力的一个协议而已。^[10] 只是在克伦威尔废除君主的短暂时

[10] 比较 Dieter Grimm: *Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft*, 见所著 *Zukunft der Verfassung* (前注〔2〕), 第75页以下各页;以及其他证据。