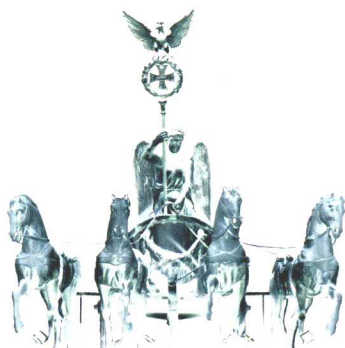




Verfassungsänderung und
Verfassungswandlung.

国家法学—政治学之维

宪法修改与宪法变迁论

[德] 格奥尔格·耶利内克/著

柳建龙/译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



Verfassungsänderung und
Verfassungswandlung.

宪法修改与宪法变迁论

[德] 格奥尔格·耶利内克/著
柳建龙/译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

宪法修改与宪法变迁论 / (德)耶利内克著;柳建龙译. —北京:法律出版社,2012.9
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3936 - 7

I. ①宪… II. ①耶… ②柳… III. ①宪法—研究
IV. ①D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 207101 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/王津京

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版分社

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/8 字数/180 千

版本/2012 年 9 月第 1 版

印次/2012 年 9 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 - 3936 - 7

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

谨将此中文译本
献给
我的父母
柳祖枝先生和张秀治女士
与
老师们,尤其是
韩大元 教授
Mahendra Pal Singh 教授
李元起 副教授

献给我诚挚地怀念着的维也纳的老朋友和学者们

——格奥尔格·耶利内克

序 言

3

摆在大家面前的这篇论文,是我今年3月18日在维也纳法学家联合会(Wiener Juristischen Gesellschaft)上的讲演基础上修改而成的。基于当时的考虑,我只使用了自己所掌握的诸多文献中极小一部分,而且其论述也主要围绕着现代议会制的变迁(die Wandlungen des modernen Parlamentarismus)展开;为此,(现在)我对之作了彻底、全面的重写和扩充。

(本书的)研究方法摇摆于国家法学和政治学的边界(der Grenzlinie von Staatsrecht und Politik)。尽管,我常常为这两个学科在方法论上的区隔和学术上的联系进行辩护,不过时至今日,德国国家法学已具有相当程度的法学素养,需要进一步通过政治学研究予以补充和推动,正如我在书中所指出的,这一需求日益强烈。放眼海外——西方学者的——汗牛充栋的政治学论著,就可以知道我们对自己国家制度的研究究竟处于何种水平;倘若不以适当方式对这一需求作出回应,恐怕我们将会在一个最重要的学术领域处于落后地位。再没有哪个开化民族和我们一样,尽管再次处于国内外关系剧烈的转型过程之中,但对政治问题却如此缺乏兴趣。如今的德意志民族是一个懒散的民族,只满足于以日常方式处理政治上的日常事务而厌倦对重大国家生活问题进行

4

深入探讨,这令人甚为不安。

为此,如果我对一些德国学界至今只是浅尝辄止,但在其他地方已经得到深入研究、极具意义的政治问题,作抛砖引玉式的研究也并非毫无价值。不过,在这里我不打算给出随后将反复给出的解释,因为区分存在的发现(Feststellung des Seienden)与对生成的赞同和不赞同(Billigung und Missbilligung des Werdende)不是特别困难,而在写作时我只是作为一个认识者(Erkennender)而非意愿者(Wollender)。当然,无论谁讲授政治,都必须容忍不同意见。不过,我仍然希望,那些反对我的人,批评的是我的学识与能力,而非我的立场和观点。

格奥尔格·耶利内克

1906年7月于海德堡

目 录

一、宪法修改和宪法变迁问题	1
二、以革命而为的宪法修改 以制定法而为的宪法修改的类型 德意志帝国和邦国的宪法修改	4
(一)以革命而为的宪法修改	4
(二)以制定法而为的宪法修改的类型	7
(三)德意志帝国和邦国的宪法修改	10
三、基于议会 行政和司法解释的宪法变迁	13
(一)基于议会解释的宪法变迁	13
(二)基于行政和司法解释的宪法变迁	20
四、基于政治必要的宪法变迁	28
五、基于宪法惯例的宪法变迁 习惯宪法	36
(一)基于宪法惯例的宪法变迁	36
(二)习惯宪法	40
六、基于国家权力不行使的宪法变迁 批准权与否决权 大臣责任	45
(一)基于国家权力不行使的宪法变迁 批准权与否决权	45
(二)大臣责任	53

七、宪法漏洞的填补 宪法的历史消亡 议会制的展望 英美议会制的变迁 欧洲议会制及理论上的批评 议会评价贬值及原因 政府的强化是议会发展的结果	55
(一)宪法漏洞的填补	55
(二)宪法的历史消亡	56
(三)议会制的展望	58
(四)英美议会制的变迁	59
(五)欧洲议会制及理论上的批评	64
(六)议会评价贬值的原因	73
(七)政府的强化是议会发展的结果	80
八、直接之人民力量的发展 通过民主制度对议会进行限制 展望未来	84
(一)直接之人民力量的发展	85
(二)通过民主制度对议会进行限制	89
(三)展望未来	92
参考文献	95
索引	100
耶利内克著述目录(编年)	104
译后记	136
Verfassungsänderung und Verfassungswandlung.	141
Vorrede	145
Inhaltsverzeichnis	147

一、宪法修改和宪法变迁问题

促成现代宪法制定的思想不是用某一个关键词可以道明的,任何历史后果通常都是无法预见的多个原因造成的。在其他地方,我已指出了成文宪法的要求及满足这些要求最重要的方法。^①在共同决定这些结果的原因中,理性主义时代(im Zeitalter des Rationalismus)(人们)对人类有意识的思维创造力(die Macht bewusster menschlicher Gedankenschöpfung)强有力的信仰并不是最重要的。为了治愈社会缺陷(die Schäden der Gesellschaft),人们委任立法者作为国家统治者,但凡力所能及,辄将所有业已确认的邪恶意志(dessen erleuchteter Wille alles Übel)予以禁止。并且,在立法者之上还有根本法的最高权力(die höchste Macht der Grundgesetz),整个国家大厦本身都建立在这一坚固基石之上。根本法应以所向披靡的效力引导国家生活走向遥远的未来,唯有依照宪法本身特有的刚性规定方可对它进行修改,宪法所设定的权力(die von ihnen eingesetzt Gewalten)不能动摇它。

可是,一旦将这些想法付诸实施,就会发现根本法的稳定性

^① Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., S. 491 ff.

(die Festigkeit der Grundgesetz)并不比其他法律更强。在许多国家中,新宪法的制定和重大的宪法修改此起彼伏,此一经验彻底动摇了人们对制宪者智慧的信仰,正如它彻底地动摇了人们对立法者智慧的信仰一样,即便立法者的智慧就其内在本质而言是如此神秘。现在我们知道,其实制定法的能力远比百年前人们所以为的要小得多,它通常仅意味着“应然”(ein Sollen),将它完全转化成“实然”(Sein)是从来未有过之事,现实生活每每以事实证明,立法者所描述的理性图景(dem vernünftigen Bilde)名不副实。现实的不合理(Irrationale der Wirklichkeit)不仅意味着规范与生活不一致;它本身甚至与规范针锋相对。立法者与这样一些力量(Mächten)相互对峙——这些力量相信自我授权以支配立法者,并常以完全不为人知的方式反对立法者,甚至试图取而代之。它们,即便面对至高无上、最强大的制定法,也绝不会裹足不前。无论人们是否愿意承认,根本法和其他法律同样不可避免地要被卷入历史事件的洪流之中。就此而言,最为有趣的是,通过何种途径修改宪法以处理这些问题。

草草看去,似乎可以轻而易举地回答这些问题。

宪法包含了法律语句(Rechtssätze);所有法律都是由制定法(Gesetz),习惯法(Gewohnheitsrecht),或者此之所愿、彼所不欲的条理法(Juristenrecht)予以修改或续造。但是,仅仅对这些一般类型予以探讨,尚不能洞察这种奇特、有趣、既存的国家基础更替过程的真谛。这一过程或非常明显,或非常缓慢,以致需要敏锐的观察力才能发现。下文的目的在于给出无色标签以标识这一过程,而在于对其方式和影响进行深入探讨。不过,由于这一问题的研究仅涉及法源一般问题,而不是单个法源之间关系的和,为此,我没有在本书后面附上一个详尽的参考文献目录或许也是

妥当的。^①

我所指之“宪法修改”(Verfassungsänderung),系指通过以变更宪法为目的的意识行为对宪法文本进行修改(durch absichtliche Willensakte herbeigeführte Änderung der Verfassungstexte),而宪法变迁系指另一种修改,即宪法文本形式上保持不变,而是通过某些非以修改宪法为目的或者无意识的事实行为而对宪法所作的修改(durch Tatsachen hervorgerufen wird, die nicht von der Absicht oder dem Bewusstsein einer solcher Änderung begleitet sein müssen)。^② 毋庸多言,关于宪法变迁的学说和关于宪法修改的学说一样有趣。它们还提供了不少奇特现象,下面我们将首先以简略的线条勾勒之。

① 本书后面的参考文献目录和索引均是译者自行添加的,目的在于使大家能够对全文内容及所引文献有一粗略了解,但其未必能够反映作者的真实思想,故如有不妥当之处,所有责任均由译者本人承担。——译者注

② 拉班德的见解与此相同,参见 Laband, Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, 1895, S. 2 f.

二、以革命而为之的宪法修改 以制定法 而为之的宪法修改的类型 德意志 帝国和邦国的宪法修改

(一) 以革命而为之的宪法修改

理论上认为,主权国家(*dem souveränen Staate*)拥有不受限制的意志力。因此,但凡它认为必要,辄可修改、废弃或更换宪法。不过,宪法修改并非仅可以法定方式为之,也可以通过暴力彻底改变一国宪法。任何革命都指向宪法修改。在这种情形下,在国家之上再也没有哪种力量——无论是其是自上而下的,抑或自下而上的——可以挽救宪法,使它免受此种彻底改变,为此,在革命成功之后,都会制定一部新宪法。^①

4 在“以革命而为之的宪法修改”这一主题下,径直提出一个有趣的问题:这一修改能走多远?当一部宪法形式上为另一部制定法所完全废除时,是否先前的宪法真的被斩草除根,以至于其所有规范(*Sätze*)再无效力?这一问题关涉以革命推翻既有宪法的边界(*den Grenzen revolutionären Umsturzes des Bestehenden*),下面

^① 有关经由国际法上事实(如国家之征服、吞并与独立)及临时政权而导致的宪法修改问题本文不予考虑。

首先对它进行简短讨论。

我们可以在法国找到这一问题的答案:再没有哪个国家像法国一样,国家制度(*Staatsordnung*)随着一系列、连续的革命而频繁改弦更张。^① 此处可以肯定的唯有如下事实,即1870年九月革命(*die Septemberrevolution von 1870*)^②完全废除了第二帝国宪法(*die Verfassung des Zweiten Kaiserreiches*)。在经历诸多动荡之后,其在1875年制定了相当数量的制定法,^③即今日的法国宪法。但这些制定法对法国人的骄傲——《人权与公民权利宣言》(*Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte*)及其保障的基本权利(*der garantierte Grundrechte*)^④却只字未提。不过,法国国家法学者们却一致认为,1789年宪法原则(*die Prinzipien von 1789*)^⑤具有如此之多义性,故时下虽未以宪法条文形式对它加以规定,但它并未被废除。^⑥ 之所以未被废除,乃是因为它是不可废除的

① 至少在欧洲是如此。墨西哥(Mexico)在1821~1853年间曾先后采行48种不同政体(*Regierungsformen*),对比 Lecky, *Democracy and Liberty*, New ed., 1899, I, p. 34。

② 1870年9月法军在色当惨败,拿破仑三世被俘;9月4日巴黎革命,法国第二帝国被推翻,法兰西第三共和国诞生,并组建了临时政府。参见洪波著:《法国政治制度变迁:从大革命到第五共和国》,中国社会科学出版社1993年版,第92页。——译者注

③ 即1875年2月24日通过的《元老院组织法》(*Loi du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat*)、2月25日通过的《政府组织法》(*Loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics*)及7月16日通过的《政府间关系法》(*Loi du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics*)。——译者注

④ 而上述第二帝国宪法(元老院于1870年5月21日通过)则于第1条明确规定:“宪法承认、确认并保护1789年所开示之基本原则,这些原则乃是法国公法的基础。”

⑤ 即《人权与公民权利宣言》。——译者注

⑥ Vgl. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel* 3^e éd., 1903, p. 397ff; Lebon, *Staatsrecht der französischen Republik*, 1886, S. 27.

(unaufhebbar)。此外,1870年5月21日宪法^①第15条^②对法官不受罢免原则(das Prinzip der Unabsetzbarkeit des Richters)作了明文规定,而现行宪法^③则未延续这一规定。但是,即便现行宪法没有明文规定,它仍被视为有效。只不过,它所具有的不再是宪法规范的效力而是一般制定法的效力,所以1883年8月30日才能以法律暂时中止之^④。

5 根据这些事实我们可以得出如下结论,即废除制定法并不必然导致其所包含的全部法规范被废除。有些法规范,可以作为习惯法(Gewohnheitsrecht)而继续有效,其中一个例证就是,在制定法被废除之前,这些法规范就兼具制定法和习惯法双重特征(den Doppelcharakter als Gesetzes-und Gewohnheitsrecht hatten),而在制定法存续期间人们并没有意识到这一点。于此,又提出另外一个有趣的相关问题,即在何种情形下,用制定法形式加以规定的习惯法(in Gesetzesform gefasstes Gewohnheitsrecht)会完全丧失习惯法的性质。

不过,就以革命而为之的宪法修改这一问题而言,这一重要学说本身表明,原则上它仅适用于制定法而不适用于习惯法。为

① 即第二帝国于1870年5月21日通过的,旨在巩固帝制的固定帝国宪法的《元老院法令》(Sénatus-consulte du 21 mai 1870, fixant la Constitution de l'Empire.)。法国宪法史家将之列于法国的十五部宪法之一。参见朱国斌:《法国宪法》,载韩大元主编:《外国宪法》,中国人民大学出版社2000年版,第54页。该法共8章45条,其主要精神是稍许扩大元老院和立法院的权限,建立不触动皇帝大权的责任内阁制。立法院和元老院获得了同皇帝一起创制和实施法律的权力。立法院可以选举议长和领导机构,首先表决赋税法律;元老院成立与立法院相似的立法机构,可讨论和表决法律草案;但议会丧失了修宪权,宪法只能根据皇帝的建议而由人民修改。政府由从议员中选出的大臣组成并对议会负责。参见洪波著:《法国政治制度变迁:从大革命到第五共和国》,中国社会科学出版社1993年版,第92页。——译者注

② 该条规定:“司法独立行使职权。法官终身不受罢免。”——译者注

③ 系指法国1875年宪法。——译者注

④ Vgl. Esmein, a. a. O. p. 361 f.

此,仅在习惯法与特定制定法密不可分地联结在一起的情形下,才会一损俱损。

在没有成文宪法(geschriebene Verfassung)的国家中,情形则不相同,不过时至今日,在世界上所有开化国家中(in vollem Umfange in der zivilisierten Staatenwelt)已经不存在这种情形了。虽然有一些国家仍然没有宪章(Verfassungsurkunden)或者正式宪法典(Verfassungsgesetze),但时至今日,其一部分实质宪法(der Materiellen Verfassungsrechte)已经完全法典化了。在这些国家中,即便是在国家出现变故的情形下(bei Staatsumwälzung),制定法所留下的空白领域也只能通过制定法予以填补。对建立在普通法基础之上的英国两院制议会(die auf dem common law beruhenden zwei Häuser des englischen Parlaments),克伦威尔(Cromwell)只能通过制定法将之变为一院制,^①而就任何法律均未予以规定的王权而言(der durch kein Gesetz geschaffenen königlichen Gewalt),也只能通过制定法将之授予护国主(die des Protektors)。不过,制定法往往是遵照新秩序决定这些问题。

(二)以制定法而为的宪法修改的类型

一般而言,以制定法而为的宪法修改的学说(die Lehre von der gesetzlichen Änderung der Verfassung)讨论的问题和制定法修改学说(die von der Änderung der Gesetz)讨论的问题相似。下文仅讨论

① 1649年1月2日英国下院(即所谓的“残余议会”)向上院提出了审判国王(查理一世)的决议但遭到了上院的否决,为此,下院于1月4日通过决议宣告:人民是所有正当权力的源泉,故而选自人民并代表人民的下院应当拥有国家的最高权力,从而摆脱上院而独立行动。在处决查理一世之后,下院进一步于2月6日通过决议,废除“无用而又危险的上院”,实行一院制。之后,克伦威尔在与议会的斗争中取得了胜利,并解散议会。而后于1653年12月16日通过《政府约法》(《护国约法》)。根据该法规定,立法权属于护国主和议会。护国主每3年召开一次议会,议会从召集之日起未滿5个月不得解散;议会为一院制,议会法令未经护国主同意不生效力。阎照祥:《英国政治制度史》,人民出版社1999年版,第171~175页。——译者注

其中一个重要现象。与其他法律的修改方式一样,宪法也可以通过三种方式予以修改。将其完全废除,代以其他文本或者通过后来的制定法使之无效(durch nachfolgende derogierende Gesetze außer Kraft gesetzt werden)。美国则仅采行第三种方式。截至今日,于1787年制定的宪法文字原封不动,不过,附在宪法后面的修正案已有15个之多,而且其对宪法本身主要制度规定作了内容上的修改。不过,也有一些国家恣意地使用这些方法,而这很可能导致令人意想不到的情形,在德意志帝国尤其是如此。在德国,宪法修改之毫无章法简直令人震惊,其结果是,现在没有哪个人能够根据宪法文本^①而在心中有一丁点符合实际情况的帝国框架图像。以宪法第1条^②为例,该条规定了帝国领土(Reichsgebiet),但对帝国之阿尔萨斯—洛琳(Elsass-Lothringen)则只字未提。同样,之后第20条^③规定帝国议会议员总数为382人,而实际上则有397人之多;即

① 系指1871年4月16日颁行的《德意志帝国宪法》(Verfassung des Deutschen Reichs)(又称俾斯麦宪法),其为1919年8月11日颁行的《德意志帝国宪法》(即魏玛宪法)第178条所废除。——译者注

② 该条规定:“联盟领土(Das Bundesgebiet)由普鲁士(Preußen)、劳恩堡(Lauenburg)、巴伐利亚(Bayern)、萨克森(Sachsen)、符腾堡(Württemberg)、巴登(Baden)、黑森(Hessen)、梅克伦堡—史梅林(Mecklenburg-Schwerin)、萨克森—魏玛(Sachsen-Weimar)、梅克伦堡—斯特雷利茨(Mecklenburg-Strelitz)、奥尔登堡(Oldenburg)、布伦瑞克(Braunschweig)、萨克森—迈宁根(Sachsen-Meiningen)、萨克森—奥尔登堡(Sachsen-Altenburg)、萨克森—库堡—格达(Sachsen-Koburg-Gotha)、安哈尔特(Anhalt)、施瓦茨堡—鲁道尔斯塔特(Schwarzburg-Rudolstadt)、施瓦茨堡—松德斯豪森(Schwarzburg-Sondershausen)、沃尔德克(Waldeck)、罗伊斯侯国旧线(Reuß älterer Linie)、罗伊斯侯国新线(Reuß jüngerer Linie)、邵姆堡—利佩(Schaumburg-Lippe)、利佩(Lippe)、吕贝克(Lübeck)、不来梅(Bremen)以及汉堡(Hamburg)各邦组成。”——译者注

③ 该条规定:

“帝国议会(der Reichstag)由普遍、直接选举和秘密投票产生。

根据1869年5月31日选举法(Wahlgesetze)(Bundesgesetzbl. 1869, S. 145.)第5条所保留的规定,代表总数上限为382人,其中巴伐利亚48人、符腾堡17人、巴登14人、梅茵南之黑森(in Hessen südlich des Main)6人。”——译者注