



宪法变迁论

ON THE CHANGING
OF CONSTITUTION

秦前红 著

全国优秀出版社
武汉大学出版社

D901.02
2000

宪法变迁论

ON THE CHANGING **秦前红 著**
OF CONSTITUTION



全国优秀出版社
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

宪法变迁论/秦前红著. — 武汉: 武汉大学出版社, 2002. 7

ISBN 7-307-03633-9

I. 宪… II. 秦… III. 宪法—历史—研究—中国 IV.
D921.02

中国版本图书馆 CIP 数据核(2002)第 047837 号

责任编辑: 王军风 责任校对: 王 健 版式设计: 支 笛

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.whu.edu.cn)

印刷: 湖北省黄冈日报社印刷厂

开本: 850×1168 1/32 印张: 8.375 字数: 215 千字 插页: 1

版次: 2002 年 7 月第 1 版 2002 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 7-307-03633-9/D·493 定价: 10.50 元

版权所有, 不得翻印; 凡购买我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题,
请与当地图书销售部门联系调换。

序

当今中国在全球一体化越来越迅猛的趋势下，为了中华民族的伟大复兴，正进行着空前的改革开放事业。在这样一个特殊的社会转型时期，如何适应社会现实的急剧变化，解决宪法规范和社会现实的内在冲突，以期维护宪法的权威并实现宪法的良性演进，这无疑是一个具有重大理论意义和现实意义的课题。而对这一课题，中国的宪法学者以往甚少关注，更谈不上进行系统的理论阐释和解答，因此，《宪法变迁论》一书的出版，可算是朝着弥补这方面的不足，迈出了坚实的一步，其重要意义，应予肯定。

宪法修改是中国法治建设的理论和实践活动中备受关注的另一重大议题，也是关乎中国长治久安、兴衰荣辱的一个战略性问题。我国过去对宪法的频繁修改，曾造成宪法不能树立应有权威，也导致公民失去了对法治的确信和尊崇。改革开放以来，我国社会转型进一步加快，现行宪法在许多方面都表现出对现实的不适应，于是各种关于修宪的建议和主张，此起彼伏，一浪盖过一浪。如何在这种对修宪的热切关注中，保持足够的理性与冷静，选择科学合理的修宪方式，寻求操作成本最小法治收益最大的修宪技术，促进社会的良性整合和宪政的良性运作等等，这些都是需要当代中国宪法学者求实创新锐意开拓的问题。本书作者从攻读博士学位起，就立志于从事这一方面的研究，并坚持不懈，表现出了一种可贵的理论探索勇气和敏锐的学术视野。

本书的特色在于立意新颖，富有创见。在研究方法上，作者

立足于宪法与社会现实的相互关系，以宪法——社会的全方位思维，运用比较分析、历史分析、实证分析和逻辑分析方法对宪法变迁作了较为深入系统的研究，尤其是历史分析、实证分析的交叉对比运用，既表现作者深厚的理论功底，又增添了其观点的说服力和可信度。

从研究内容来看，作者从界说宪法变迁这一基本范畴开始，着重探讨了宪法和社会现实的不同特性及相互关系，并分析了宪法和社会现实协调的各种条件；在此基础上，进一步论证了宪法规范和社会现实的价值衡量，宪法变迁的各种原因以及宪法变迁应遵循的形式和方法等等；最后再进一步以上述结论为指导，具体探讨了中国宪法修改和中国加入 WTO 后宪政体制的整合等关联问题。全书逻辑清晰，论证充分，内容和谐，形成一个有机整体。尤其是作者在本书中明确提出：改革开放的事业实际是“变宪”、“变法”的事业，中国目前不宜全面修宪，中国宪法演进应注重传统的积累，宪法变迁要实现非理性变迁向理性变迁的转化，中国要重视运用宪法解释、宪法惯例等变迁机制，这些观点从另外一个层面为“依法治国就是依宪治国”作了强有力的证明。

宪法变迁问题是一个宏大的宪法理论课题，希望作者能继续努力，坚持不懈地为我国宪政建设贡献新的理论成果。应作者之约，特书数言以为序。

李 龙

2002 年 4 月于西湖之滨



秦前红 1964年11月出生于湖北仙桃市。1981年就读于武汉大学法律系,1988年获得武汉大学法学院法学硕士学位,1997年获武汉大学法学院法学博士学位。现为武汉大学法学院副教授、硕士生导师,中国法学会宪法学研究会理事。曾先后在《新华文摘》、《法学研究》、《中国法学》、《法学评论》和《现代法学》等刊物上发表论文30多篇,并主编或参与编写了《行政监察学》、《通向二十一世纪法治之路》、《市场经济与社会主义宪政》和《宪法》(全国高等学校法学专业核心教材)等十多部著作或教材。近几年来,曾参与多项社科基金规划项目、国家教委人文社会科学基金项目的研究工作,并先后获得武汉市社会科学优秀成果奖、中国法学会宪法学研究会首届中青年宪法学者优秀科研成果奖和武汉市第四次法学优秀论文(1995~1997年度)一等奖等多项科研奖。

目 录

第一章 绪论	1
第一节 宪法变迁概念之界定	1
一、宪法变迁概念的起源与发展	1
二、宪法变迁概念之界定	2
第二节 研究宪法变迁的价值和意义	4
一、宪法变迁是马克思主义宪政思想的重要组成部分	4
二、研究宪法变迁具有重大的现实意义	6
第二章 宪法变迁和社会现实的协调	14
第一节 宪法规范和社会现实特性及相互关系	14
一、宪法规范特性	14
二、宪法规范和社会现实的相互关系	38
第二节 宪法规范与社会现实保持协调之基本条件	59
一、宪法规范本身具有正当性	60
二、执政党要尊重宪法, 维护宪法尊严	64
三、宪法规范与社会现实的协调需要法律保障	66
四、宪法规范与社会现实的协调还取决于公民的宪法意识	71
第三节 评价宪法规范与社会现实协调性之标准	74
一、标准的确立及分类	74
二、确立评价宪法规范与社会协调标准的意义	76
第三章 宪法变迁原因论	79

第一节 经济的原因	79
一、宪法是近代市场经济的产物	79
二、宪法与市场经济的非对应性关系是宪法变迁的最重要 的经济原因	90
三、宪法变迁和市场经济的非对应性关系的具体表现形式	94
四、市场经济的发展引致不同宪法价值之间的紧张与矛盾	97
五、市场经济的蹒跚发展与宪法规范的与时俱进	98
第二节 宪法变迁的政治原因	103
一、政治是宪法变迁的直接动因	103
二、宪法变迁政治原因之实证分析	105
第三节 宪法变迁的思想文化原因	120
一、近代宪法的产生具有其深层的思想、文化底蕴	120
二、思想、文化的变迁内在引起宪法的变迁	122
第四节 宪法变迁的法律原因	130
一、立宪权调整范围不明确, 调整范围大起大落, 易引起宪法的变迁	130
二、宪法规范自身的缺憾也容易引起宪法的变迁	131
三、修宪的不适时、不适情, 会导致宪法的不正常变迁	134
 第四章 宪法变迁的途径	136
第一节 宪法变迁的理论阐释	136
一、西方学者关于宪法变迁的理论学说	136
二、马克思主义关于宪法变迁的理论	137
第二节 宪法变迁的具体途径	137
一、通过立法的方式使宪法发生变迁	138
二、通过宪法修正案方式使宪法发生变迁	145
三、以宪法解释的方式使宪法发生变迁	149
四、通过惯例变迁宪法	158
五、通过全面革新宪法使宪法发生变迁	163

六、通过宪法文字的自然变更变迁宪法	167
第五章 宪法变迁的几个关联问题的思考	173
第一节 宪法变迁和民主制度	173
一、民主的含义	173
二、民主制度和宪法变迁	174
第二节 宪法变迁和民族政治文化	182
一、政治文化的概念	182
二、政治文化是研究宪法变迁时必须倍加重视的一个因素	183
第三节 宪法变迁和宪法修改	191
一、依法治国方略实施中的宪法修改问题	191
二、我国宪法修改的形式和程序的技术性探讨	201
第四节 两个国际人权公约的实施中的宪法变迁	215
一、人权宪政理念和宪法变迁	215
二、人权宪政规范的整合和宪法变迁	224
三、人权宪政实施机制的整合和宪法变迁	228
第五节 中国宪法变迁的总体思路——从非程序变迁 走向程序变迁	235
一、树立“法治”的权威，摒弃“人治”的不良影响	235
二、正确处理政策和法律的关系	236
三、建构宪法变迁的理性程序	240
主要参考书目	248
后记	259

第一章 绪 论

第一节 宪法变迁概念之界定

一、宪法变迁概念的起源与发展

从语义学的角度而言,汉语中“变迁”一词指情况或阶段的变化、转移。英文中相对应的词汇可用“changing”来表达。

在近代宪法学上较早关注宪法规范与社会现实关系,研究宪法变迁问题的学者是德国的费迪南德·拉萨尔。他在1928年4月16日发表的《宪法本质》一文中,提出了“现实的宪法”概念。在《现在的宪法是什么》中,他把宪法问题作为权力事实来考虑,提出了宪法学中规范与现实的基本理论问题。但他并未明确提出“宪法变迁”的概念。

1960年,前联邦德国的法律学者耶林令克(Geord Jellinek)出版《宪法的修改与宪法的变迁》一书,不仅明确地提出宪法变迁的概念,而且成为集中、专门研究宪法变迁问题的发轫者。耶林令克认为,宪法修改是通过有意识的行为而形成宪法条文的一种变更,而宪法变迁则是指条文在形式上没有发生变化而继续保持其原来的存在形态,在没有意图、没有意识的情况下基于事态变化而发生的一种变更。耶林令克系统地提出了宪法变迁的几种情况:其一,基于议会、政府及裁判所的解释而发生的变迁。其二,基于政治上的需要所发生的变化。其三,根据宪法惯例而发

生的变化。其四，因国家权力的不行使而发生的变化。其五，根据宪法的根本精神而发生的变化^①。

日本学者穗积陈重在《法律进化论》一书中，提出了“无形法”的概念，认为“无形之法，谓之无形法”，以此来描述法律包括宪法的演变过程^②。

现代西方的产权学派与新制度学派研究的一个重要领域就是制度变迁问题，宪法是一种重要的制度规范，宪法变迁在其研究视野之内亦属理所当然。制度学派将制度变迁界定为制度创新或制度发展，具体包含三个层面的内容：

- (1) 一种特定组织的行为变化；
- (2) 这一组织与其环境之间的相互关系的变化；
- (3) 在一种组织的环境中支配行为与相互关系的规则的变化。

根据制度学派的理解，制度变迁可分为两种类型，即诱致性变迁和强制性变迁。前者是指一群（个）人在响应由制度不均衡引致的获利机会时所进行的自发性变迁；后者是由政府法令引致的变迁。诱致性制度变迁又可分为正式的制度安排和非正式的制度安排。在正式的制度安排中，规则的变动和更改，需要得到受它所管束的一群（个）人的准许，因此，它的变迁需要创新者花时间与精力去与其他人谈判以达成一致意见。非正式制度安排中规则的变动与修改完全由个人完成，如人的价值观、伦理规范、道德习惯、意识形态等等。

二、宪法变迁概念之界定

宪法变迁的含义一般可从三个层面来理解：（1）指世界各国

^① 参见（德）耶林令克：《宪法的修改与宪法的变迁》，转引自 KDNRADHESSE：《西德宪法原理》，三英社 1984 年版，第 76 页。

^② 参见（日）穗积陈重：《法律进化论》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 8～23 页。

宪法, 某种类型宪法或者某个国家宪法产生、发展的经过; (2) 指某国宪法修改的经过; (3) 指宪法的自然变更或者说无形修改。具体来说是指宪法条文本身没有发生任何变化, 但随着社会生活的变迁宪法条文的实质内容发生了变化并产生一定的社会性效果。也就是说, 当宪法规范与社会生活发生冲突时, 某种宪法规范的含义已消失, 在规范形态中出现了适应社会实际要求的新的含义与内容。

“宪法变迁”在英文译作“the changing Constitution”, 而根据牛津英语大辞典之解释, “change”含有“政变”、“变革”、“变化”、“更换”等义。中外宪法学者一般把宪法的历史发展(或称宪法沿革)在著作中分列于专章、节中阐述, 而不把它包含在宪法的变迁的内容中。有的学者为了避免因词义模糊造成的概念混乱, 干脆舍弃“变迁”一词而改用其他概念进行阐释。如台湾学者邹文海在所著《比较宪法》一书中, 把因宪法文字的自然适应, 政治传统的补充, 宪法的解释, 宪法的修改所引起的宪法含义的变化统摄于宪法的成长之内加以论述^①。而另外一些学者如台湾的林纪东等则认为宪法变迁仅指上述宪法变迁三种含义之第三种含义, 而宪法的沿革, 宪法修改两种含义不应涵括于宪法变迁之中。

本书为比较完整、全面地探讨宪法变迁的理论, 所使用的宪法变迁概念包括了上述三个层面的含义, 但为了避免论述的冗繁和体系的臃肿, 又将论述的重点集中于宪法的修改及宪法的自然

^① 参见邹文海:《比较宪法》, 三民书局印行, 第8~16页。邹文海认为国家的自然发展, 有时使文字的含义亦自然变更, 由是宪法得以自然成长。如国会的州际贸易管理权、总统的军事权都体现了这种变化。政治传统可以增加宪法的弹性。符合宪法精神的传统, 会推进宪法的顺利实施, 与宪法精神背道而驰的传统, 会阻碍宪法的实施。传统的产生或许是某些事件耦合的结果。如果一国政治传统与宪法的原则相悖, 会使宪法沦为一种虚饰。

变迁两个方面。

第二节 研究宪法变迁的价值和意义

一、宪法变迁是马克思主义宪政思想的重要组成部分

宪法是法治之核心，是民主制度之基石，公民权利之保障。中国市场经济的发展和社会生活的更新，已对我国的法制建设提出了全面而又深刻的要求。依法治国并使国家的各项工作走上法制化、规范化，已成为时代之需。法治的要义在于依法治国必须保证宪法至上，而宪法至上又有赖于宪法本身具有极大的权威性和基本的稳定性。新中国自建国以来，短短的40多年间，就有过一部临时宪法和四部宪法，即1949年的共同纲领；1954年宪法；1975年宪法；1978年宪法；1982年宪法。其变动之频繁，在世界宪政史上，只有法国庶可相比。法国从1791年（以人权宣言为指导思想的）第一共和宪法算起至1940年法兰西第三共和宪法由于被德军占领而废除为止的149年时间内，先后产生过11部宪法，其变换之多，在当时全世界绝无仅有，每部宪法平均寿命约15年。但法国宪法变动之多有其政治原因，自第一共和国之后，封建制度多次复辟。而中国在执政党即中国共产党的领导地位，政权的性质即人民民主专政不变的情况下频频修改宪法，平均每部宪法存在寿命为七年（1982年宪法以前），这其中是一种耦合性因素在起作用呢？还是另有某种更深刻的原因在起作用呢？这是作者有志于研究宪法变迁的问题的直接导因。

宪法变迁是马克思主义宪政思想的重要组成部分，是一个尚待发掘且必须重视的宝藏。马克思认为研究宪法应同研究阶级社会的力量对比关系结合起来。他在评论拉萨尔的一个小册子——《论宪法的实质》时十分明确地指出：“一个国家的真正宪法是不

成文宪法，而真正的宪法取决于现实的‘力量对比’”^①。马克思关于违宪、宪法修改问题的论述，也对我们研究宪法变迁问题提供了具体的理论指导。马克思认为：宪法是“法律的法律”，制宪会议是宪法之母，宪法又是总统之母。在他看来，明显的违反宪法的行为有两种情况：其一，当国家处于生死存亡的危急关头，“只有一种不可违犯的法律——保存国家”，因此为了拯救国家，人们可以违反宪法的字句，制宪会议可以通过决议“认为违背宪法条文是对宪法意义的惟一正确的解释”，为保存法制基础起见，人们可以修改宪法以便作一次新的政治选择^②。其二，原本为了保护宪法而建立的各个权力机构发生了冲突，“违反宪法的行为”由于国家的一个宪制权力起来反对另一个宪制权力而产生了，于是国民议会用合乎宪法的办法来排除总统，而总统却用违背乃至取消宪法的办法来排除国民议会，宪法则用一项特别条文号召每个公民举行起义来保护宪法^③。这两种违宪行为，前一种是由于阶级力量对比关系的变化引起的，后一种则是宪法本身及其设立的议会制、总统制、分权制等不合理造成的。在法国，后一种情形的原因在于，宪法把实际权力授给了总统，只让国民议会保持精神上的权力，而“法律条文不可能创造精神上的权力”；同时，宪法的解释权实际上不属于宪法制定者，而是属于宪法执行者或接受者，总统和后来攫取了议会多数的保皇派才是宪法的真正解释者，由此宪法便自己否定了自己，进而“号召以

① 转引自刘学灵：《社会主义法律学说史论》，上海远东出版社 1993 年版，第 245 页。

② 参见刘学灵：《社会主义法律学说史论》，上海远东出版社 1993 年版，第 246～248 页。

③ 参见刘学灵：《社会主义法律学说史论》，上海远东出版社 1993 年版，第 248 页。

暴力消灭自己”^①。

马克思还分析了一种隐蔽的，而且是极端恶劣的违宪行为，即用构成法来取消宪法条款的行为。法国 1848 年宪法同其他有关法律一样都规定了保障自由的条款，但它“附带着一些法律已经规定的或者可能另行规定的例外情况”，宪法一边通过其措辞使每一个条款都包含相反的，可以完全取消条款本身的一面；一边反复强调一个原则，“对人民的权利和自由的调整限制将由以后的组织法加以规定，而这些组织法则用取消的办法来规定宪法允诺了的自由……”^②

二、研究宪法变迁具有重大的现实意义

研究宪法变迁的现实意义在于，随着中国政治、经济、文化改革的不断深入，如何做到改革和法制建设协调，把以稳定性为重要属性的法律和以变动性为属性的改革这两组不相容的因素统一衔接起来，已成为我国政治社会生活的一个重点和难点。无疑，在当前，我国的法律同已进行的改革和即将进行的改革有诸多矛盾。这是因为：

其一，从理论上讲，法律所赖以存在的社会基础发生了变化。改革之前，我国的经济形态，是以高度集中为特征的计划经济，法律的主要任务就是维护这种集中型的计划体制，保证国家用行政手段配置资源，在此基础上，形成了较严密的法规体系。而我国经济改革的目标就是建立社会主义市场经济。市场经济与计划经济是两种不同的经济运行机制。法律对它们的调整的任务、性质、特点各不相同。这样，法律所赖以存在的社会基础发生了变化，改革必然与法律发生冲突。

其二，从法律的属性看，改革与法律的属性也是矛盾的。法

^{①②} 转引自刘学灵：《社会主义法律学说史论》，上海远东出版社 1993 年版，第 248 页。

律的重要功能就是将社会关系定型化，法律的权威性建立在稳定性的基础上，离开了稳定性，法律将失去生命力。一个完全不具稳定性的法律制度，只能是一组仅为了对付一时事变而制定的特定措施。它会缺乏一致性与连续性。这样，人们在为将来安排交易或制定计划的时候，就会无从确定昨天的法律明天是否仍会是法律。法律作为一种行为指南，如果不为人知而且无法为人所知，那么就会成为空话。“过分的变动和经常的不稳定状况与真正含义的法律是不相符合的。”^① 不仅如此，在法治国家中，法律作为社会关系的调节器，如果失去了稳定性，将会引起社会的不稳定。然而，改革恰恰与此相反，改革的特点是社会关系频繁变动，并且变动的幅度和深度往往是覆盖全社会的，这就使得法律调整较为困难。

其三，从现实看，我国现行法律也存在与改革不协调的地方。例如在市场经济条件下，更多的交易才能促进财富的增长。市场就是由交易组成的，只有通过交易才能满足不同的交易主体对不同使用价值的追求，满足不同的生产者和消费者对价值的共同追求；而且只有通过交易方式，才能实现资源的最优化配置与最有效利用。长期以来，由于我国市场经济不发达，市场经济要求的鼓励交易原则未能引起立法者的足够重视。因此在现行立法中，许多规则不仅未能起到鼓励交易的作用，反而在某种程度上对交易活动起了限制作用。合同法中把实际履行作为一个基本原则，无效合同的范围过于宽泛即可视为这种法律现象的一种。又例如，我国 1982 年宪法第 15 条确定我国的经济运行模式是计划经济，而在实际社会生活中，至迟从 1984 年起我国即开始发展有计划的商品经济，因此，那种只承认法律与改革的一致性而否认它们之间的矛盾性的观点是片面的。我国政治、经济发展的客

^① (美) 博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，华夏出版社 1987 年版，第 123 页。

观情势已决定了在改革的推行方式上不能走以往“政策先行，法律确认”的路子，而必须把合法性作为一个原则，采取“法律突破，逐步完善”的方式。这两种方式的优劣是显而易见的。

第一种方式的弊端在于：(1) 由于是采用“人治”方式推动改革，有可能导致改革的形势处于不稳定状态，甚至大起大落；(2) 由于缺乏法律的规范性和严格的程序性，有可能导致社会管理失控，使改革失去了应有的有序性；(3) 由于在政策推进过程中不可能考虑改革措施的合法性问题，因而改革难以向纵深发展。

第二种方式的优点在于：(1) 它与我国改革本质与目标相符合。从社会发展史的角度去考察，人类社会变革有两种形式，一种是革命，即社会制度的根本性变动；一种是改良，即在维护制度的根本性质和原则的前提下，对社会制度进行部分修补。革命是不受任何法律约束的，而改革则要求有序，要求具有合法性。从我国改革的本质看，改革是社会主义制度的自我完善，这就决定了改革必然要求把合法性作为重要原则。如果离开了合法性，改革也就失去了本来的意义。我国改革的目标是建立社会主义市场经济，而市场经济客观上要求国家实行法治。正如列宁所指出的那样：“我们当前的任务是发展民事流转，新经济政策要求这样作，而这样作又要求更多的革命法制……政权愈巩固，民事流转愈发展，就愈加迫切需要提出实施更多的革命法制的坚决口号。”^① 因此，实行法治不仅是改革的要求，而且也是改革的重要内容，改革如果放弃合法性原则，实际上也就偏离了改革的方向。

(2) 由于通过严格的立法程序，因而能使改革措施集思广益，从而使改革少走弯路。

^① 转引自赵树民：《比较宪法新论》，中国社会科学出版社2000年版，第29页。