

试论制宪权和修宪权的同质性 PDF转换可能丢失图片或格式  
，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E8\\_AF\\_95\\_E8\\_AE\\_BA\\_E5\\_88\\_B6\\_E5\\_c122\\_485112.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_AF_95_E8_AE_BA_E5_88_B6_E5_c122_485112.htm)

【摘要】从权力的主体、权力的性质及其与国家权力的关系几个方面看，制宪权和修宪权具有同质性。社会变迁和代际更替带来了人民意志必然的变迁，必须承认后代人同样享有制宪权。但是社会发展具有延续性，后代人不必主张完全的制宪权，因此代之以修宪权。修宪权是制宪权的转化，这解释了同质性的命题。并且，修宪权有其独立的形态，它是制宪权的制度化和法律化。当代中国相对频繁的修宪是难免的，认识修宪权和制宪权的关系对行宪修宪实践将有着诸多启示。制宪权是宪政秩序的逻辑起点。修宪权是宪政秩序变迁和发展的重要机制。认清制宪权和修宪权的关系，可以加深对宪法产生发展规律的认识，有利于把宪法规律性的认识用于推动宪政秩序的建设和发展。而探讨两者的关系，则可以从对两者各自的性质开始。

一 制宪权的性质 近现代宪法的制宪权观念首先在法国大革命时期的学者西耶斯得到系统而明确的阐述。在他的著作《第三等级是什么？》中，他这样表述“在所有自由国家中----所有的国家均应当自由，结束有关宪法的种种分歧的方法只有一种。那就是要求助于国民自己，而不是求助于那些显贵。如果我们没有宪法，那就必须制定一部，唯有国民拥有制宪权”。西耶斯进一步论述了制宪权的构成。首先，制宪权的主体是“国民”。“国民”是“一群数量相当多的孤立的个人想要聚集起来”，“形成一个国民实体”。“国民不仅不受制于宪法，而且不能受制于宪法，也不应受

制于宪法”。西耶斯认为，宪法既然是由国民所产生，国民必然高于宪法，不受制于宪法。其次，制宪权的行使机关是制宪会议，按西耶斯的表述是“特别代表”组成的机关。西耶斯认为基于现实，“一个国民众多的国家不可能每当非常情况要求集会时便将所有的人聚集在一起，个人亲自参加会议，因此必须把处理这类事件的必要的权力委托给特别代表”，“一个由特别代表组成的团体代行国民集会的职能”。这个团体就是制宪会议，制宪会议是专门的制宪机关，并且也仅具有制宪一项功能，“它只需要一项专门的权力”，即制宪权。制宪会议“被置于应该亲自制定宪法的国民的位置上”。最后，制宪权不需要任何成文法的依据。西耶斯认为，“国民存在于一切之前，它是一切之本源。它的意志永远合法，本身就是法律”。那么作为国民意志直接表达的制宪权，高于一般法律，不需要成文法上的依据。但是我们并不能认为西耶斯会认为宪法是根本规范，由之产生整个金字塔式法律体系，这是凯尔森之后才有的认识。西耶斯仅仅谈到宪法“成为根本法，这并非指它们可以独立于国民意志之外，而是因为依据根本法而存在和行动的那些机构，决不能与国民意志相抵触”。[ ]由此可以得知西耶斯认为宪法高于法律，仅在于这两者的制定主体不同而带来的性质不同，使之形成不同位阶关系，法律不能同宪法相抵触。但在这里西耶斯着眼于论述国民意志的至上性，对法律和宪法关系并无意置喙。西耶斯的理论反映了近代以来人民主权的观念。近现代的宪法观点认为，人民是国家最高权力的来源，国家是人民根据契约协议的产物，政府的权力是人民授予的。而宪法是人民组成国家的总契约，人民通过制定一部宪

法系统地把权力授予政府。虽然制宪权要有具体的机构来行使，但制宪权真正的所有者是人民。只有作为主权者的人民才有资格制定宪法，并通过宪法安排国家权力。我们可以尝试从西耶斯的论述来对制宪权作一个初步的理解。首先，制宪权是一种和主权相联系的权力。主权是国家最高的权力，主权的实现必然要求作为国家根本法的宪法由主权者亲自来行使。反面说，宪法是国家的根本法，通过宪法安排国家权力和社会生活本身就是主权的体现。这层意思正是我国学者莫纪宏先生在其《现代宪法的逻辑基础》中揭示的，莫先生指出：“宪法制定权在逻辑上可以视为主权派生的制定宪法规范的权力或权利。作为一种权利，主权所有者与宪法制定权主体是合二为一的。”作为政治理念的主权，通过制宪权得到实现，“实然状态的制宪权是人民主权的具体化、制度化和转化形式（当然不是唯一的形式）；制宪权的存在使人民主权原则获得了更为丰富生动的实际内容”。主权作为政治概念存在，其法律语言是制宪权。第二，制宪权不是一种国家权力。制宪权产生宪法，国家权力由宪法授予。制宪权是国家权力的本源，国家权力来源于制宪权，两者是不同序列的权力。国家权力由具体的国家机关享有，而制宪权的享有者是人民。第三，在实证法上，制宪权是无限的权力。制宪权在实证法的无限，根源于国民意志的不受制约性。从现代关于法律体系的观点来看，在逻辑上宪法既居于一国法律体系的顶点，在宪法之前即无法律存在，也就不可能存有对制宪权实证法的限制。对此，著名的施密特也表示赞同，他认为“人民的制宪意志是一种直接意志，它先于一切宪法法律程序，凌驾于一切宪法法律程序上。没有任何宪法法律、甚

至没有任何宪法能够颁授制宪权，能够规定制宪权的动用形式”。[ ]虽然他关于制宪权的论断未必能为我们所同意，但这一点是不错的。制宪权无限的观点逼出了一个问题，就是：在纯粹实证法体系内没有制宪权存在的空间。凯尔森将制宪权的概念驱逐出实证法是有其道理的。根据凯尔森的设想，一国的法律体系是按照以具有一般性的法规范为上位法、以具有特殊性的法规范为其下位法的这样一个多层次的阶梯结构而建构起来的，作为阶梯的顶点??宪法支撑了整个法律规范体系。至于这个宪法的效力依据，凯尔森进一步回溯到历史上的第一部宪法。对凯尔森来说，第一部宪法的效力本身则只是一种“最后的预定”或“最终的假定”[ ]，他拒绝继续追问。但是，如果我们不想认为法律规范体系是可以遗世独立、自成系统，就必然会追问作为法律规范体系顶点的宪法从何来，并且其产生是否具有正当性。这种追问并不是要对制宪作事实上的描述，它来源对人们宪法服从宪法忠诚的正当性的忧虑。制宪权恰恰是这样一个概念，它的目的就是缓解人民对宪法正当性的担忧。它涵盖了近代人民主权的基本观念，宣告整个法律体系产生存在的正当性，并且对事实的制宪、行宪以及修宪，包括整个法治秩序运作提出了价值上的要求。在这个意义上，制宪权的概念是个预设的规范性的、价值性的概念，它不是对制宪过程的实际描述。将制宪权演变成制宪过程的描述也就是将之混同于制宪的概念的做法，难免遭遇失败。著名的施密特即是其例。施密特谈到“制宪权是一种意志，凭籍其权力或权威，制宪权主体能够对自身政治存在的类型和形式作出具体的总决断”，而所谓“制宪权是一种政治意志”，其实也是“一种具体的政

治存在”。根据这种逻辑，施密特完全把制宪权等同于事实力量。他否认“宪法的有效性根据在于规范的正当性”，认为“宪法并非立足于这样一项规范之上，而是立足于政治决断之上。这种政治决断从政治存在中产生出来，确定了自身存在的类型和规范”。没有认识到制宪权自身就是一个规范性、正当性的概念，造成了施密特诸多理论上的困难，他不得不在制宪权之外再寻找正当化宪法的理论，他起初还意识到单纯的事实不能带来正当性，“宪法产生于制宪权力和权威的决断，如果这种权力和权威受到承认，宪法就具有正当性，也就是说，它不仅作为一种事实状态受到承认，而且还作为一种合法秩序受到承认”，也就说，作为事实的制宪权必须得到承认才具有正当性。但可惜，他接着又否认这种观点，认为“这种决断”“不需要借助于伦理规范或法律规范来证明自身的正当性，而是从政治存在中获得其意义”。[

]最终他没有跳出从事实推出价值的悖论，得出了一个关于制宪权和宪法正当性的错误认识。这种认识最终可能导致宪法随从于各个时期当下的政治权力的意志，甚至容认破坏宪法本身的暴力，它的危害性事实证明是巨大的。二 修宪权的性质 国内有关宪法修改的著述大多仅集中于讨论宪法修改的原因和功能等问题，修宪权的性质倒鲜见有论述。原因或许在于我们处在一个变革的时代，更迫切地要解决技术性的问题，探究原理性的问题显得不合时宜。但如果没有解决原理性的问题，没有对修宪权的性质有个认识，我们就无法认识和指导修宪活动。认识修宪权的性质是必要的，而这种认识又应该从修宪权的构成要素的认识开始的。首先，从主体上来看，我们认为修宪权的主体是人民，那种认为修宪权的主

体是具体的国家机关的观点，是不正确的。现代宪法的基本理论认为，宪法是人民意见的体现，人民的意志是宪法的来源，也只有人民意志才能修改宪法。人民的意志是至高无上的，除了人民的意志，不再有任何一种权力可以修改作为人民意志的宪法。国家机关是人民的委托人，他们根据人民的委托从事工作，服从人民的意志。国家机关和人民的关系是奴仆和主人的关系。如果国家机关能够修改宪法，就意味着它们能够修改人民的意志。它们也就不再有可能也没有必要服从人民，这种后果是不堪设想的，和人民制定宪法的本意是大相径庭的。只有理解人民是修宪权的主体，我们才会理解为什么有的国家将人民的公决作为修宪必经的一道程序。法国宪法第39条第二款规定：“修改宪法的草案或提案应由两院以相同的文本表决通过。经国民投票后，宪法修改最后决定。”日本宪法第96条规定：“本宪法的修订，毕竟各议院全体议员2/3以上赞成，由国会创设，由国民提出，并得其承认。此种承认，必须向特别国民投票或国民规定的选举时进行投票，必须获得半数以上赞成。本宪法的修订在经过此项承认后，天皇立即以国民的名义，作为本宪法的组成部分公布之。”在修宪过程中促进更多的人民意志的参与，是当代各国修宪实践的趋势。这说明了修宪权不是某个国家机关的权力，而是人民意志的表达，是人民主权的体现。由于社会条件的制约，修宪权在早期存在着所有者和行使者的严重分离。随着社会的发展，修宪权越来越呈现其本来的面目，作为所有者的人民越来越积极地参与到修宪过程中去。其次，修宪权的行使主体是宪法规定的特定机关。从各国宪法的规定看，很多情况下修宪机关和立法机关是重合的。但此时

，虽然作为同一机构，修宪机关和立法机关在理论上是分离的。相对立法机关，修宪机关具有更强的民意基础，是更具有权威性的机关。另一方面，修宪机关是具有特定性的机关，它只履行修宪一项职能。这里必须注意的是修宪权的权力主体和行使主体是分离的，将其行使主体当作权力主体就会误解修宪权的性质。最后，在实证法上，修宪权是无限的权力。一般而言，各国宪法都有规定宪法不可以修改的内容，一般包括：国家的领土范围；宪法的根本原则和基本精神。国家的领土范围，其实是个事实问题，国家显然不会通过法律来改变自己的领土范围。如果国家的领土范围发生了变化了，宪法不加以修改以适应现实，这一方面的规定将因为失去实效，进而失去效力。因此，关于国家领土不可修改的规定其实是表达宪法维护国家利益的立场，是一种政治宣示，表达了国家和人民的意愿，具有理念上的约束，但它本身不具有规范性，不能视为实证法上的制约。宪法原则对修宪权的制约也是理念上的制约。“宪法原则实质是一种价值的现象，而不是可以脱离价值构造而存在的客观事实”。宪法原则作为价值形态而存在，它的含义往往要依靠价值分析手段，而不能像一般的法律规范那样依靠简单的概念判断推理的逻辑论证方式。如果缺乏权威的判定，原则的含义往往缺乏确定性，它的约束力也随之变得模糊。如果当人民作为宪法原则的判断主题出现，不可能再有更为权威的主体来审查人民的判断。所以，宪法原则在行宪过程虽然具有实证法的约束力，但对于修宪它的约束是有限的，因为再也没有比人民更为权威的判断主体。在一定意义上讲，我们可以认为修宪权在实证法上是一种无限的权力。由此，修宪权作为一种权

力，其权力主体是人民，其行使主体是法定的国家机关，其权力内容在实证法上是无限的。修宪权之所以是无限的，是因为它的权力主体是人民。现代国家人民掌握主权，没有凌驾于人民之上的权力。也就是说，修宪权是和主权相联系的权力，不是某个国家机关享有的具体的国家权力。三 修宪权是制宪权的转化形式：同质命题的原因 比较修宪权和制宪权的性质，可以得出同质性的命题。两者在实证法上都是无限的权力，都不能视为国家机关所享有的权力。归根到底，它们都是人民意志的体现和表达，和主权相联系，所以它们是本质上相同的两个权力。那么这里就产生了问题：制宪权是使宪法产生存在的权力，是肯定的权力；而对以存在的宪法、修宪权则是否定的权力。人民的意志既肯定自己，又否定自己，这是否矛盾？也就是说当制宪权已经行使后，修宪权如何可能存在。有关著述对宪法修改一般仅从社会变迁等几个方面加以说明。这是不够的。它仅解释了宪法修改的必要，但宪法修改如何可能并没有解决，这是关键的问题。还是应该从制宪权和修宪权共同的性质??人民意志的属性入手。首先，人民意志本身有具体情境的限制。法律是社会经济结构的体现。宪法是人们为了达成秩序和正义，在一定社会经济结构基础上所作的安排。当社会经济结构发生变动，人民必将重新做出安排。否则，秩序和正义的理想必将落空。因此，人民的意志不是不可改变的，而是应该随社会发展变化而变化。另一方面，人民也在发生变化，实现着代际更替，可能到了一个阶段，后一代人完全代替了前一代人。这时候，所谓的固化在宪法中体现的人民的意志只是上代人的意志，而不是现时代人民的意志。社会变迁和代际更替往往是同



时进行的。这里产生的问题是后代人是否具有制宪权。从理论上，应该肯定后代人具有制宪权，他们的制宪权并不因为先辈的第一次制宪行为而受到剥夺。杰斐逊认为，“没有一个社会能够制定一部永久性的宪法，甚或一项永久性的法律，地球永远属于活着的一代人……他们前辈的宪法和法律，在其自然过程中和制定它们的人一起消亡……如果它们强制执行下去，这就是暴力行为，而不是权利的行为”。前一代人的宪法体现了前一代人的意志，因此对前一代人而言它具有合法性和正当性，从而可以约束他们的行为。但是对于后人而言，他们没有参加宪法的制定，宪法并不体现他们的意志。真正体现他们的意志的，应该是他们亲自制定的宪法。从宪法民主的本质出发，只有后人自己制定的宪法才能够约束他们。从另一方面说，应该认为前人也只是为他们自己立法，不应该认为他们是在为后人立法。杰斐逊认为，每一代人都有自己的宪法和法律，我们应该尊重每一代人所处的情境和他们在具体情境下的选择，而不应该否定他们的主动性。他说：“有些人以假装虔诚的心情看待宪法，认为它们是约柜，神圣不可侵犯”，如此以往，“文明社会永远处于野蛮先祖的统治下，等于硬要一个大人穿他小时候的衣服。就是这个荒谬的想法最近使欧洲血流成河。……我们不应该学这个样，不要以为一代人不及另一代人不能照管自己，处理自己的事务”。因此，如果我们认为宪法是人民意志的体现，那么我们就应该承认每一代人都有自己的制宪权。但是，当宪法存在以后，这样的一种制宪权是否有必要以其本来的面目表现出来。这又成为我们的问题。绝对地主张每一代人的完整性、不受限制的制宪权忽视了社会生活的延续性

。社会是发展变化的，但变化是有规律性的变化，发展是有继承性的发展。法律制度作为社会结构的反映，既有创新的一方，又有继承的一面。社会不是瞬息万变的，法律制度也不应朝令夕改。“现代社会的人们不可能在一张白纸上挥洒自如地建设民主宪政制度，作为走向现代民主宪政制度的基础，在他们能够对其作出选择之前已经存在了。现代社会的人们是在既定的条件下追求民主宪政制度的”。如果我们轻易地全盘抛弃过去的制度，在一片废墟上重新建立，那就是重复建设，是枉费心力，愚不可及的。杰斐逊虽然强烈主张每一代人都有平等的制宪权，但在制度设计的过程中，他也不认为这种权力有必要以其本来的面目出现和行使。他提议：“为了人类的和平与幸福，宪法应该规定每19年或20年提供这样做的庄严机会，使宪法得以定期修改。”修宪权作为制度由此产生。宪法存在以后，并不否认每一代人都享有制宪权。宪法是人民意志的表达，每一代人都可以根据时代的变化，自主选择适合的制度。但社会是延续性规律性地发展的，人民的这种选择权和主动权的体现不应该以重新制定一部宪法来实现。相反，通过宪法修改制度删除和修改已经陈旧的宪法规定、增添需要的规范，这才是理性的选择。因此修宪权实质上就是作为修宪权的行使形态而出现，这是制宪权和修宪权同质性的原因。四 修宪权是制宪权的法律化和制度化：同质命题的深化在此，我们应该区分两种意义的制宪权。一种是人民第一次行使制宪的权力，这是一种狭义的制宪权的概念，但事实上当前大多数的制宪权论者是在这个意义上行使制宪权的概念。第二种制宪权包括人民的制宪权，以及人民在统一的宪政秩序下修改宪法的权力，这我们称

之为广义的制宪权。我们已经证明修改宪法实际上是人民行使制宪权的一种方式，修宪权是广义的制宪权，那么问题在于这种修宪权和狭义的制宪权究竟有何实质的差别。杰斐逊并没有意识到这两者之间可能存在的巨大区别。在他那里，修宪权还不具有独立的形态，它随时可能打破宪政秩序，成为重新建立宪政秩序的狭义的制宪权，虽然它在形式表现为宪法的修改，但人民随时保持着现有宪法，重新制定一部宪法的可能。因此，如果我们不想随时出于激越的状态，随时颠覆宪政秩序，谨慎界定这两种权力使之从根本上分开，并充分认识就具有非常大的价值意义。首先，修宪权和制宪权都受到宪法原则的约束，但宪法原则对两者的约束力有所不同。我们前面讲到制宪权是一种无限的权利，这只是就实证法上的意义来讲。近代以来，虽然都承认一切人定法都必须服从制宪权，产生制宪权的人民意志是不受一切人定法的制约，但是他们同时都无一例外地强调制宪权必须受到自然法的制约。而这些自然法表现为近代以来的一系列价值要求，包括人民主权、人的尊严等等，实际上在制宪过程中凝结为制定宪法的原则要求。这实际也就是宪法原则对制宪的制约。所谓宪法原则是人们在制定和实施宪法过程中必须遵守的最基本的准则，是贯穿立宪和行宪的基本精神。“从时序上看，应当是先有宪法原则，后有宪法”，制宪权受到宪法原则的制约。但是这种约束力比较微弱。在制宪的过程中，宪法原则往往体现为制宪目的，具有主观任意性。宪法产生以后，随着宪政实践的发展，宪法原则逐渐凝固在一个社会共同体的历史文化传统、道德信息、政治制度和法律实践之中。在成熟的法治社会宪法的修改必须对宪法原则表示极

大的尊重。宪法原则的约束主要是理念约束，但是宪法原则在一定的社会条件下也可能和某些宪法条文相联系，这时候这些宪法条文在一定程度上就会显得不可修改。比如，1884年法国宪法第二条规定：“共和政体不得成为修正案的议题。”德国联邦宪法第79条规定，对国民主权及人权的基本原则构成影响的修正不被容许。根据芦部信喜的看法，日本国宪法的人权条款以及国民主权原理，共同立足于“人的尊严”的原理上，结合成不可分割的共存关系，是近代宪法的本质与理念，属于宪法的“根本规范”，是不能被容许修改的。[ ]其次，制宪权和修宪权都需经过一定的程序，但是程序对于两者具有不同的意义。制宪程序只是宪法的制定过程，是一种事后描述的概念。因为，在制宪权之前并不存在限制制宪的任何规范，也就不可能存在限制制宪权的程序。虽然制宪过程总具有一定的程序，这只是制宪过程的一种程序安排，作用在于使制宪有序地进行。虽然一种好的程序能够使之更完美地行使，使之更好地吸纳主权者人民的意志，从而更具有合法性和正当性。但是这种程序本身既是制宪机构所制定，就不可能限制制宪机构，当然更不可能限制制宪权主体??人民。我们对这种制宪程序进行归纳比较都是一种事后描述，作用一方面至多从量上而非质上来论述相关制宪行为的正当程度，另一方面记载以供后世借鉴。修宪程序则不同，它不是描述性的，而是规范性的。和制宪程序在制宪过程中产生不同，修宪程序先在于修宪行为，修宪权的行使必须依照其进行，否则即为违宪。宪法的修改程序几乎自成文宪法诞生日起，就成了许多国家宪法典的内容。修宪程序的法定化使宪法修改过程在很大程度上被纳入法定的轨道，成

为一种宪法现象；修宪议案从提出、审议，到表决、公布都有一套明确、严格的程序规则；修宪机关必须依照法定的步骤、时序和方式行使职权；任何违反法定程序的修宪行为都应受到否定。这些程序规则历经时间的涤荡，沉淀于各国的宪政制度之中，凝练为系统的稳定的规范体系，成为维护宪法秩序、进而保障由此产生的各项宪法规范科学、公正的不可或缺的前提条件。并且，宪法修改的程序也是宪法本身的一项核心内容，一般认为不属于宪法修改的范围。施密特认为，“修宪权是一种在保持宪法的条件下、按照宪法律规定的程序作出变更、补充、增删的权力，而不是一种制定新宪法的权力。它不能变更、扩展修宪权自身的根据，或者用别的根据来取代这个根据；比如，它不能按魏玛宪法第七十六条的程序来修改七十六本身，规定宪法律可以通过国会的简单多数决议予以修改”。[ ]芦部信喜也提出，日本国宪法第96条所规定的宪法修正国民投票制，是将国民的制宪权思想直截了当地加以具体化的规定，若将其废止，则具有动摇国民主权之原理的意味，故而对其修正一般理解为不被容许。[ ]最后，从存在的形态讲，制宪权有着规范和实践形态两种差别，两者并不一致，而修宪权则相对统一。从理论上，应该是先有制宪权，才产生了根据宪法的国家机关。但实践上，国家总是在制宪权之前。人民并非在建立国家之前先制定宪法，相反是通过政治国家来制定宪法。因此，理论形态的制宪权只是一种假设，理论上我们假定存在制宪权，假定事实存在的政治国家通过制宪权产生，进而使之具有正当性。这种正当性实际上也是对政治国家存在及发展的规范和制约。而修宪权则不存在这种担忧，修宪权首先以规范的形

态存在于宪法之中，其行使必须依照宪法的规范进行，否则即为违宪的制宪。所以，修宪权在规范和实践形态是一致的，它是一种实证法上的权力，有别于制宪权作为实证法之上的假设。虽然如此区分，仍然不排斥修宪权在民族“狂欢”的境况下悲剧性地跳入狭义制宪权的范畴，因为即使如此界定，修宪权仍然是一种主权性的权力，是人民主权的体现。不排斥人民做出“决断”的可能。但总的来说，和狭义的制宪权相比较而言，修宪权受到更多的制约。这些制约来源于先在的宪法。这意味着修宪权低于制宪权，这个制宪权就是狭义的制宪权。狭义的制宪权实现以后，后代人的制宪权的实现就必须遵守严格的程序，必须对现在的宪法表示充分的尊重，尤其是对体现宪法原则的宪法条文要严格遵守。这是宪法作为规范必然的要求。在这个意义上，修宪权是经过先在宪法规范化、法制化的制度，这种规范化、制度化不仅体现在先在宪法的规范条文中，更体现在宪政环境下形成的对宪政精神的极度尊重和信仰，它需要深深扎根在社会历史的土壤里，扎根在国民的精神素养里。修宪权仍然是一种制宪权，不否认人民的主权，但是它已经抛弃了狭义制宪权无尽革命的暴戾，不总是躁动地寻求颠覆和重建秩序，而是谨慎地保持现有秩序的安定，在此基础上寻求社会的发展。它不无保守，但绝不封闭；它追求进步，但决不冒进。如此，在同一宪政秩序内，制宪权只能行使一次。在同一宪政秩序内，制宪权是最高的法源，没有任何规范能使起合法化，它就是自身合法化和正当化的力量。而在修宪权，合法化和正当化的来源却发生分离。修宪权的正当性在于它是人民意志的表达，是后代人的制宪权；但修宪权只能在先在的宪法、在

制宪权那里寻求合法性。五 余论：同质命题的启示 正确认识制宪权和修宪权的关系，有利于认识和指导我国的修宪实践。我国还处于变革时期，可以想见在不远的几年里，修宪是难免的。基于前面的认识，我们认为当前修宪有几点是应该注意的：（一）修宪应该谨慎。 认识到修宪权和制宪权的同质性，宪法修改对于现有秩序的冲击力就应该得到充分的估计。可以说，每次修宪都是对宪法的一次全面的检点，都可能走到颠覆现有秩序的边沿。因此，为了保持宪政秩序的统一和稳定，要更侧重强调修宪权法律化和制度化的一面。

同质性命题也提醒我们修宪权是人民所享有的权力。修改宪法需要充分的民意，修改的内容应确切地是人民意志的体现。（二）修宪程序应该进一步完善。修宪的程序既使民意的表达成为可能，体现了修宪权作为和制宪权同质的权力；又限制了民意的任意性，体现了修宪权作为法律化和制度化的制宪权。在中国当代完善修宪程序具有迫切的需要。另外，同质性命题告诉我们：全国人大作为修宪机关和立法机关，两者的角色是分离的。这为中国违宪审查制度的建立提供了可能。【注释】 [法]西耶斯.论特权 第三等级是什么

[M].冯棠.北京:商务印书馆,1990,56. [法]西耶斯.论特权 第三等级是什么[M].冯棠.北京:商务印书馆,1990,60. [法]西耶斯.论特权 第三等级是什么[M].冯棠.北京:商务印书馆,1990,60.

[法]西耶斯.论特权 第三等级是什么[M].冯棠.北京:商务印书馆,1990,63. [法]西耶斯.论特权 第三等级是什么[M].冯棠.北京:商务印书馆,1990,63 [法]西耶斯.论特权 第三等级是什么[M].冯棠.北京:商务印书馆,1990,63.[ ] [法]西耶斯.论特权 第三等级是什么[M].冯棠.北京:商务印书馆,1990,61. 莫纪宏.

现代宪法的逻辑基础[M].北京:法律出版社,2001,215.[ ] [德]施密特.宪法学说[M].刘峰.上海:上海人民出版社,2005,93.[ ] [美]凯尔森.法与国家的一般理论[M].沈宗灵.北京:中国大百科全书出版社,1996,130 - 150.[ ] [德]施密特.宪法学说[M].刘峰.上海:上海人民出版社,2005,98. 莫纪宏.现代宪法的逻辑基础[M].北京:法律出版社,2001,215. [美]杰斐逊.杰斐逊选集[M].朱曾汶.北京:商务印书馆,1999,463 - 464. [美]杰斐逊.杰斐逊选集[M].朱曾汶.北京:商务印书馆,1999,463 - 464. 信春鹰.寻求民主与宪政的平衡[J].公共论丛 经济民主与经济自由[C],北京:三联书店,1997. [美]杰斐逊.杰斐逊选集[M].朱曾汶.北京:商务印书馆,1999,642. 周叶中.宪法[M].北京:高等教育出版社.2000,93. 莫纪宏.现代宪法的逻辑基础[M].北京:法律出版社,2001,212.[ ] [日]芦部信喜.宪法[M].林来梵等.北京北京大学出版社,2006, 348.[ ] [德]施密特.宪法学说[M].刘峰.上海:上海人民出版社,2005,116.[ ] 参见[日]芦部信喜.宪法[M].林来梵等.北京北京大学出版社,2006, 348. 100Test 下载频道开通, 各类考试题目直接下载。详细请访问

[www.100test.com](http://www.100test.com)