

## 宪法效力自我宣称的规范形式与理论逻辑

王世涛

**内容提要:**宪法常被置于法律效力层次的顶端,从而导致宪法效力自我确证的逻辑困境。虽然宪法效力自我宣称以一国的成文宪法为前提,但世界范围内的成文宪法却并未普遍规定自身的效力。在理论上,宪法效力自我宣称规范的效力虽然直接产生于该规范自身,但该规范的效力渊源却被认为超出宪法规范之外,或发端于主权者的绝对意志,或归因于“元契约”的初始同意。然而,前者随着主权者的绝对意志被消解而诉诸人权的价值;后者则因初始同意被证伪而转向现实的功利。凯尔森的“基本规范”、哈特的“承认规则”以及康德的“自然法则”是关于宪法效力自证问题可资利用的重要的分析工具。根据阿列克西可默示的法律正确性宣称的理论,宪法效力规范若采用默示形式,非但不会否定宪法效力,而且还纾解了宪法效力自我确证的逻辑难题。

**关键词:**宪法效力 自我宣称 规范形式 正确性宣称

王世涛,大连海事大学法学院教授。

宪法具有最高法律效力,早已为近现代宪法自身所确认。<sup>[1]</sup> 在法律的效力链条中,宪法常常被置于效力的终端。但宪法本身的效力依据,却是一个值得追问的终极性问题。<sup>[2]</sup> 在实定法的范围内,普通法律的效力需要由宪法确证,而宪法的最高法律效力不可能由比其更高的法律确证,由此形成宪法效力自我宣称的规范形式。然而,学者们对宪法效力自我宣称的规范形式及其效力却莫衷一是。有学者认为,正如法律效力并非法律所包含的要素,宪法最高法律效力也并不是宪法所固有的属性。法律效力的基础在于国家权力,宪法自我宣称实质上是自我授权,其背后是国家权力的支撑。对宪法而言,就是制宪权性质与地位的外化与法律化。<sup>[3]</sup> 正是由于宪法效力并非宪法规范所固有,宪法效力具有外在于宪法规范的权力属性,因此,宪法效力才需要借助宪法规范加以确立。也就

[1] 参见王世杰、钱端升著:《比较宪法》,中国政法大学出版社1997年版,第2页。

[2] 参见喻中:《论宪法效力的终极依据》,《政法论丛》2011年第2期,第79页。

[3] 参见张根大著:《法律效力论》,法律出版社1999年版,第45页。

是说,由于宪法规范自身并不蕴涵效力,因而才有必要在宪法中设立规范进行效力宣称。从这一意义上说,宪法效力的自我宣称是必要的。然而,根据凯尔森的观点,规范的存在与效力实际是同一个问题,效力是规范的“特殊存在”。或者说,法律规则,如果有效力的话,便是规范。<sup>[4]</sup>由此可见,宪法效力内含于宪法规范之中,宪法效力与宪法规范是一体的,质疑宪法效力就是质疑宪法规范本身。当然,法律效力与法律实效不同,即宪法规范即使在缺乏实效的情况下,也是有效力的。由于宪法效力已然内含于宪法规范之中,是由宪法规范的性质和地位所决定的。因此,没有必要由宪法规范进行效力的自我宣称。

宪法效力自我宣称的规范形式导致其自我确证的逻辑难题。在政治宪法学的学者看来,宪法效力其实是由掌握政治决断权力的人所确认的。宪法效力实际上并不是自我宣称的,宪法效力自我宣称只不过是政治决断权的型式化。但在规范宪法学的学者看来,政治权力不应当超越宪法规范,其本身应当是宪法所规范的对象,承认政治权力对宪法最高法律效力的确认无疑认可了政治权力凌驾于宪法之上的地位。因此,尽管宪法最高法律效力的自我宣称不免承受着逻辑自洽性的诘难,但至少可以赢得宪法相对于政治权力的自主性和独立性。然而,在宪法教义学的学者看来,宪法教义学对宪法规范的根本尊重就是以对宪法效力的尊重为根本。宪法学研究的基本作业是对规范的解释,以实定的宪法规范为前提。宪法最高法律效力规范一旦在宪法文本中明确规定,便成为解释的对象。至于宪法效力自我宣称规范的理论逻辑则无关宏旨。其实,法教义学在根本上是一种运作上封闭但认知上开放的系统。这种功能取向的法教义学能在保证其独立运行的同时,实现与社会的相适性,在封闭性的基础上实现其开放,发挥“稳定化规范预期”的功能。<sup>[5]</sup>宪法教义学作为一种宪法解释的方法论,它与概念、逻辑与体系这些要素密切相关。<sup>[6]</sup>质言之,宪法效力自我宣称在理论逻辑上若不能被证成,其规范效力就不能仅凭规范自我宣称而被确认。如果说宪法效力自我宣称规范具有作为“世俗宗教”的价值认同,<sup>[7]</sup>作为政治统合的法秩序基础,<sup>[8]</sup>作为宪法监督的规范预设等功能,那么宪法自我宣称的规范效力缺损则会导致上述功能难以发挥。

## 一 辨析宪法效力自我宣称的规范形式

宪法最高法律效力自我宣称只能以一国的成文宪法为前提,不成文宪法国家不可能进行宪法最高效力的自我宣称。但在世界范围内,成文宪法却未必都规定自己的法律效力。从可以查阅到的193个国家的宪法文本来看,<sup>[9]</sup>直接规定宪法效力的有96个国家的宪法,占49.74%。如果加上间接规定宪法效力的36个国家的宪法,总计达到68.39%。

[4] 参见[奥]凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第32页。

[5] 参见李忠夏:《功能取向的法教义学:传统与反思》,《环球法律评论》2020年第5期,第5页。

[6] 参见黄舒苾著:《什么是法释义学?以二次战后德国宪法释义学的发展为借镜》,我国台湾地区台大出版中心2020年版,第17页。

[7] 参见[美]路易斯·迈克尔·希德曼著:《论宪法不服从》,仇之晗译,译林出版社2017年版,第6页。

[8] 参见[德]康拉德·黑塞著:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第5-9页。

[9] 本文关于世界各国宪法效力规定的统计,参见孙谦、韩大元主编:《世界各国宪法》,中国检察出版社2012年版。

当然,宪法最高法律效力规范可能隐含于制宪会议和执政党的政治文件所体现的宪制理念和法治原则中,以默示的规范形式存在。在司法实践中,宪法效力的默示规范往往体现在法官对宪制理念和法治原则的解释中。因此,宪法效力不完全依赖于其自我宣称的规范形式。宪法效力的自我宣称的规范形式当然可以明确或强化宪法效力,但自我宣称规范形式的阙如却不能否定宪法效力的存在。

表1 对世界上193个国家宪法效力规定的统计<sup>[10]</sup>

亚洲 (46国宪法)	欧洲 (44国宪法)	美洲 (35国宪法)	大洋洲 (14国宪法)	非洲 (54国宪法)
1. 直接规定:25 2. 间接规定:4	直接规定:13 间接规定:18	直接规定:19 间接规定:5	直接规定:11	直接规定:28 间接规定:9
<b>直接规定:</b> 中国、阿富汗、阿拉伯、阿塞拜疆、不丹、格鲁吉亚、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、柬埔寨、老挝、马尔代夫、马来西亚、孟加拉国、缅甸、尼泊尔、日本、斯里兰卡、塔吉克斯坦、泰国、土耳其、土库曼斯坦、乌兹别克斯坦、新加坡、亚美尼亚、伊拉克 <b>间接规定:</b> 东帝汶、菲律宾、黎巴嫩、蒙古	<b>直接规定:</b> 阿尔巴尼亚、安道尔、白俄罗斯、保加利亚、波兰、俄罗斯、马耳他、摩尔多瓦、摩纳哥、塞尔维亚、塞浦路斯、乌克兰、匈牙利 <b>间接规定:</b> 爱尔兰、爱沙尼亚、比利时、冰岛、波斯尼亚和黑塞哥维那、德国、芬兰、克罗地亚、立陶宛、列支敦士登、卢森堡、罗马尼亚、挪威、葡萄牙、斯洛伐克、斯洛文尼亚、希腊、意大利	<b>直接规定:</b> 阿根廷、安提瓜和巴布达、巴巴多斯、巴哈马、巴拉圭、玻利维亚、伯利兹、多米尼加、哥伦比亚、圭亚那、加拿大、美国、尼加拉瓜、萨尔瓦多、圣基茨和尼维斯、圣卢西亚、圣文森特和格林纳丁斯、委内瑞拉玻利瓦尔共和国、特立尼达和多巴哥 <b>间接规定:</b> 巴拿马、海地、洪都拉斯、墨西哥、牙买加	<b>直接规定:</b> 巴布亚新几内亚、斐济、基里巴斯、马绍尔群岛、密克罗尼西亚、瑙鲁、帕劳共和国、萨摩亚、所罗门群岛、图瓦卢、瓦努阿图	<b>直接规定:</b> 阿尔及利亚、埃塞俄比亚、安哥拉、贝宁、多哥、厄立特里亚、冈比亚、几内亚、几内亚比绍、加纳、津巴布韦、肯尼亚、莱索托、利比里亚、卢旺达、马拉维、毛里求斯、纳米比亚、南非、南苏丹、尼日尔、尼日利亚、塞内加尔、塞舌尔、斯威士兰、苏丹、赞比亚、乍得 <b>间接规定:</b> 布基纳法索、赤道几内亚、佛得角、刚果、刚果(金)、马达加斯加、马里、莫桑比克、中非
直接规定的占比:54% 间接规定的占比:9% 合计:63%	直接规定的占比:30% 间接规定的占比:41% 合计:71%	直接规定的占比:54% 间接规定的占比:14% 合计:68%	直接规定的占比:79% 合计:79%	直接规定的占比:52% 间接规定的占比:17% 合计:69%
直接规定的总占比:49.74%;间接规定的总占比:18.65% 总占比:68.39%				

[10] 大连海事大学法学院硕士研究生李乔雅查阅资料并统计,最后由王世涛审核。

### （一）我国宪法效力的自我宣称规范：从无到有

中国历史上第一部宪法性文件 1908 年《钦定宪法大纲》在“君上大权”中确立的是“君上神圣尊严,不可侵犯”。当时晚清政府只是想借助宪法来确保皇权“万世一系,永永尊戴”,不可能规定宪法的最高法律效力。1912 年《中华民国临时约法》作为我国历史上第一部共和宪法,在总纲中确立了国民主权,但并没有规定宪法最高法律效力条款。原因在于,在革命胜利后的“制宪时刻”,开国者面临的最首要的问题是国体的确立和权力的组织。宪法只是确立国体、组织权力的工具。因此,制宪者并不会关注由宪法去宣称自己的最高法律效力的问题。

中华人民共和国成立初制定的《中国人民政治协商会议共同纲领》虽作为临时宪法,但毕竟不是宪法,不可能确认其具有宪法的最高法律效力,因此,不存在宪法效力的自我宣称的问题。1954 年宪法也未规定宪法最高法律效力条款,这是由当时制宪的背景所决定的。根据现有的史料,宪法效力条款并没有纳入当时制宪的议事日程。<sup>[11]</sup> 1954 年宪法是以苏联 1936 年宪法为蓝本制定的,而苏联 1936 年宪法就没有规定自身的最高法律效力。从根本上说,1954 年宪法仍属于革命时期的宪法而不属于法治时期的宪法,通常革命时期制宪的目的在于确立和巩固经过革命取得的权力,而法治时期制宪的目的则在于确立法律秩序。只有在法治时期,宪法效力才会成为宪法规定的关注点。因此,可以理解为什么在 1954 年宪法之后,1975 年宪法与 1978 年宪法也没有规定宪法最高法律效力。

宪法最高法律效力条款首次出现于 1982 年宪法。在制定 1982 年宪法时,为了汲取 1954 年宪法制定后的历史教训、树立宪法权威,在宪法中明文规定其最高法律效力是非常必要的。<sup>[12]</sup> 1982 年宪法在序言中规定了宪法的最高法律效力。有学者认为,宪法序言通过效力自证成为宪法效力的终极依据。美国宪法序言是通过“契约”向美国宪法提供了终极性的效力依据。相比之下,中国宪法序言是通过“历史”向宪法提供了终极性的效力依据或正当性依据。<sup>[13]</sup> 然而,宪法序言是否具有规范效力是存疑的,如果宪法序言本身不具有规范效力,就没有能力承载宪法最高法律效力规范。蔡定剑教授认为,基于宪法作为规范政府行为的原理,序言超出了宪法规范的内容,无法发挥规范作用,不具有可操作性。由于宪法序言不具有规范性和法律效力,因此,宪法序言中规定的宪法最高法律效力条款也就不具有法律效力。笔者认为,不应当完全否定宪法序言的规范性,也不能简单地认为最高法律效力条款被置于宪法序言中就不具有法律效力。某项规定是否具有规范效力,取决于该项规定自身。如果某项规定具有法律规范性,不能因为出现在宪法序言中就否定其规范效力。1982 年宪法序言中有关宪法最高法律效力的条款特别规定:“本宪法以法律的形式”,这已经非常明确地赋予了宪法最高法律效力条款法律规范性。当然,相对于宪法序言原则性规范,《宪法》第 5 条则为宪法最高法律效力的具体规范。两者共

[11] 韩大元教授所著《1954 年宪法制定过程》通过大量翔实的史料介绍了 1954 年宪法起草、审议及诞生的过程,但未记载任何关于宪法最高效力条款的提议、讨论的文字。参见韩大元著:《1954 年宪法制定过程》(第二版),法律出版社 2022 年版。

[12] 参见蔡定剑著:《宪法精解》(第二版),法律出版社 2006 年版,第 155 页。

[13] 参见喻中:《论宪法效力的终极依据》,《政法论丛》2011 年第 2 期,第 83 页。

同构成我国宪法最高法律效力的规范内容。

## (二) 主要西方国家宪法效力的自我宣称规范: 隐而不显

在西方古典宪法时期, 宪法的主要功能是政府组织形式的建构。宪法本无最高法或高级法的属性。此时宪法与其他法律只是调整的范围不同, 并无效力位阶的差异, 因此, 不存在所谓宪法效力自证的问题。

但随着近代立宪主义的发展, 宪法从政体性质的规范演变成为宪制意义的规范, 宪法的目的就是要限制国家公权力, 尤其是限制立法权。如果不确立宪法高于法律的效力, 就没有办法限制立法权。然而, 英国作为宪制的母国, 不存在具有最高法律效力的宪法典, 即没有所谓高于法律之上的宪法, 所谓宪法最高效力的自我宣称既无必要又不可能。

与英国不同, 欧陆国家则欲求宪法效力自我宣称规范的基本价值秩序的政治统合功能。法国首部宪法即 1791 年宪法虽未明确规定宪法的最高法律效力, 但在“其他规定(相当于附则)”中规定“任何由宪法所设立的权力无权更改宪法”。这隐含着宪法效力的自我宣称规范, 但这一条款确立的是制宪权而非宪法规范效力的至上性。法国现行 1958 年宪法序言确立了“人权和国家主权的原则”。宪法第一章是“主权”, 首先确立了民主共和国的国体, 但并没有宪法最高法律效力的明确规定。能否从宪法“人权和国家主权”原则推导出宪法最高法律效力规范呢? 答案是否定的。因为, 从法国 1791 年宪法到 1958 年宪法始终保留古典宪法的含义, 专指国家的政制构造,<sup>[14]</sup> 宪法所规范的仍然是亚里士多德意义上的政体形式。因此, 宪法的最高法律效力问题并不是制宪者们所关注的, 因为其并非国家政体组织形式所包含的内容。

德国历史上属于君主专制体制且处于分裂状态, 宪法实为王权的造物和政治工具。在德意志帝国, 宪法只不过是国家统一的标志。二战后, 基于对纳粹暴政的反思, 德国将“人格尊严”而不是国家主权作为《基本法》的首要条款, 确立了“人格尊严”而非《基本法》本身的至上效力。或者说, 正是因为确立了“人格尊严”的绝对价值才使得宪法的优先性得以体现。<sup>[15]</sup> 这要求包括立法权在内的所有国家权力都必须站在人格尊严的基础上, 受这一首要条款所形成的客观价值秩序的约束。

人们通常认为, 美国制定了第一部现代意义的宪法典, 也开启了宪法效力自我宣称的规范模式。其依据是美国宪法第六条规定: “宪法和依宪法所制定的合众国法律, 以及根据合众国的权力已缔结或将缔结的一切条约, 都是全国的最高法律; 每个州的法官都应受其约束, 即使州的宪法和法律中有与之相抵触的内容。”然而, 美国宪法第六条其实确立的是联邦法相对于州法的最高性, 而不是宪法相对于法律的最高性, 即“联邦法最高”而非“宪法最高”。美国宪法的最高法律效力是法官在违宪审查案件中通过司法解释确立的。在马伯里诉麦迪逊案件中, 马歇尔大法官首次明确宣称, “宪法构成国家的根本法和

[14] 参见王建学著:《法国式的合宪性审查的历史变迁》, 法律出版社 2018 年版, 第 48 页。

[15] 参见黄舒梵著:《什么是法释义学? 以二战后德国宪法释义学的发展为借镜》, 我国台湾地区台大出版中心 2020 年版, 第 28 页。

最高的法律”，“违反宪法的法律是无效的”。可见，美国宪法相对于法律的最高法地位并不是由宪法规定的。确切地说，美国宪法最高法律效力并非宪法自我宣称的，而是马歇尔大法官在司法判决中表达的。

总之，尽管历史背景和现实国情各异，但上述主要西方国家并未明确规定宪法最高法律效力。当然，未规定不意味着否定。在成文宪法国家，宪法相对于法律的优越性是被普遍认可的。这一认可未必通过明文规定而可以诉诸默示性规范。

## 二 探寻宪法效力自我宣称的理论依据

法律效力是指，如果只包含了社会效力的要素，那就是实证主义的法律效力概念；如果还包含道德效力的要素那就是非实证主义的法律效力。<sup>[16]</sup> 宪法的效力无疑属于法律效力范畴，其中实证宪法学将宪法效力视为宪法被普遍遵奉和作为行为的基本准则的社会现实，而非实证宪法学将宪法的最高法律效力的来源指向宪法规范背后形而上的理念。但无论基于社会现实还是道德理性，法律效力都体现为一种法律权威。哈贝马斯认为，根据韦伯的理性权威的论证结构，某种权威被视为合法的，常常基于两个前提：第一，它必须正面确立规范秩序；第二，依法结合的人们必须相信规范的正当性。<sup>[17]</sup> 正如科尔曼所言，法律具有权威才能向人们提供有效的行动理由。当然，法律权威不能求助于法律权威性这个概念来解释，而必须求助于法律权威性之外的东西。解决方案有，实证法论者根据某一社会事实对法律的权威性进行解释；自然法论者在法律权威性与道德权威性之间建立联系，使法律权威性立足于道德权威性之上。<sup>[18]</sup> 质言之，宪法效力自我宣称规范的效力虽然直接基于该规范自身，但该规范的效力渊源却超出宪法规范之外。

### （一）发端于主权者的绝对意志

主权不过是权力这一政治中的非理性化因素在法律上的合理化（legal rationalization），那个在法律上被允许行使或者最终行使政治权力的人就是主权者。<sup>[19]</sup> 黑格尔直接将主权定义为国家的纯粹自我，并强调主权作为意志的最后决断，即国家宣示独立自主存在的能力。<sup>[20]</sup> 从国家主权的角度阐释宪法最高法律效力也许是最直接也是最有说服力的。国家主权本身的至上性赋予了国家主权意志的最高性，宪法效力的最高性是由国家主权的至上性决定的。因此，只要承认国家主权的至上性，其宪法的最高效力便可以证成。当然，这一宪法效力与其说是自我宣称的，不如说是国家主权赋予的。宪法最高法律效力自证条款与其说是宪法规范对效力的自我确证，毋宁说是制宪权的规范化表现，是宪法中至尊主权者的权力标记。博丹最早将主权这一最高权力的存在，作为任何政治社会

[16] 参见[德]罗伯特·阿列克西著：《法概念与法效力》，王鹏翔译，商务印书馆2015年版，第91-92页。

[17] 参见[德]哈贝马斯著：《合法性危机》，刘北成译，我国台湾地区桂冠图书股份有限公司1994年版，第130-135页。

[18] See Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2000, p. 74.

[19] 参见[美]卡尔·罗文斯坦著：《现代宪法论》，王锴、姚凤梅译，清华大学出版社2017年版，第3页。

[20] 参见[德]黑格尔著：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第294页。

中一个真正的国家得以存续的必备条件。主权具有至上性,不受法律约束。法律来源于主权,宪法是主权者政治意志的表达,主权者“口含天宪”。霍布斯的主权是避免人类重返残暴的自然状态的唯一理由,因而,主权一旦诞生,其自我维系便成为不可或缺的目标,<sup>[21]</sup>表现为主权者具有令属民不可抵抗的权力,因为对主权者的抵抗将导致毁损主权。<sup>[22]</sup> 主权者唯一的立法者,所有成文法与不成文法的权威与效力都是从国家的意志中得来的。<sup>[23]</sup> 因此,根据霍布斯的主权学说,主权者制定宪法并宣称其最高法律效力,只不过是主权自我维系的手段。卢梭以人民主权的“公意”取代国家主权的专断意志作为主权的核心理念,赋予了主权民主正当性。由体现人民主权的制宪权产生宪法,宪法最高效力的民主正当性由此得到证成。西耶斯出色地完成了这一使命。<sup>[24]</sup> 其论证的逻辑理路是:主权——制宪权——宪法。主权的至上性通过制宪权贯通于宪法的最高性。然而,卢梭的人民主权学说以“公意”的名义将统治者主权正当化了,通过将人民主权置换为制宪权,实际上是将个人意志的一致性加以理性化,而其所谓“公意”意味着无限权力的集中。<sup>[25]</sup> 由此确定宪法的最高性便意味着人民对宪法的普遍服从,制宪权不可避免成为一种压制性的权力。卢梭的“公意”观念是当人们服从自己制定的法律时是自由的,但“公意”是集体决定的结果,它不可能仅由一个人决定,而代议制或多数统治都会对自我立法的权利构成侵犯,其结果就是在人民和政府之间制造一个永久且难以平息的对立。<sup>[26]</sup> 因为象征“公意”的人民主权虽然是公民权利让渡的结果,但人民主权却很可能异化为权力的巨灵。

可见,主权的绝对性意味着,宪法作为主权者的胜利宣言奠基于政治权力之上,其逻辑是胜者为王。主权既然是国内最高权力,必定否定教会、贵族对主权的制约力量,不承认公民不服从的权利,必然导致专制。在奥斯丁看来,宪法就是限定行使主权,主权并非法律问题,而是事实问题。<sup>[27]</sup> 法律世界的历史经验表明,恰恰是绝对主权的出现导致了政治专制,而为了约束专制,近代的宪法才得以产生。<sup>[28]</sup> 如果说,宪法只是统治者政治意志的集中体现,宪法的最高性附属于统治者主权的至上性,那么,限制政治权力的宪法便失去了存在的意义。倘若作为主权绝对性标志的宪法最高性本身是至上权力的体现,那么宪法则背离了自身的价值。因为,宪法存在的目的恰恰在于限制主权的绝对性。如果说主权是一种权威,权威则暗含着一个悖论:“凡谈论宪法权威暗示着取消权威。”<sup>[29]</sup> 正如

[21] 参见杨利敏著:《现代国家的理论构成》,北京大学出版社 2016 年版,第 28-29 页。

[22] 参见[英]霍布斯著:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆 1997 年版,第 261 页。

[23] 参见[英]霍布斯著:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆 1997 年版,第 206-209 页。

[24] 西耶斯将人民主权思想运用于宪法领域,首次提出了制宪权的概念和国民制宪权原理。参见[法]西耶斯著:《第三等级是什么?》,张芝联译,商务印书馆 1990 年版,第 56 页。

[25] 参见[美]卡尔·J. 弗里德里希著:《超越正义——宪政的宗教之维》,周勇、王丽芝译,生活·读书·新知三联书店 1997 年版,第 84 页。

[26] 参见[美]史蒂芬·B. 史密斯著:《黑格尔的自由主义批判:语境中的权利》,杨陈译,华东师范大学出版社 2020 年版,第 113 页。

[27] 参见[英]梅特兰著:《英格兰宪政史》,李红梅译,中国政法大学出版社 2010 年版,第 339-340 页。

[28] 参见何勤华、张海斌主编:《西方宪法史》,北京大学出版社 2006 年版,第 272 页。

[29] 参见张龔:《绝对主义权威与宪法权威》,明德公法网, <http://www.calaw.cn/article/default.asp?id=13761>, 最近访问时间[2022-07-14]。

哈耶克所言,如果我们只考虑法律秩序中国内法属性方面的问题,主权与国家的概念毫无必要,甚至误导性很强。<sup>[30]</sup>

如果说国家主权的至上性本身赋予了宪法效力的最高性,宪法一旦超出主权国家的范围,这一理论就会失灵。凯尔森认为,国家是不是主权者的问题无非就是宪法统领下的国内法律体系是否被预设为最高法律体系的问题。国内法律体系的效力基础肯定要在国际法中去寻找,即国内法律体系的效力基础是国际法规范。因此,国际法可以被理解为居于国内法律体系之上的普遍的法律体系。在国际法与国内法的关系中,应当排除国家主权表达的原初意涵,即国际法而非国内法才是作为最高法律体系的“主权者”。而传统的国家主权观念基于主观主义的世界观,将自己的国家作为出发点,只有自己国家才可被理解为主权者,这种国家的唯我论排除了其他国家的主权,这是帝国主义政治意识形态及其运行中的国家主权教义的永久性的组成部分之一。因此,国家的主权本质上是有限的,只有这样才使得世界法律秩序与和平主义成为可能。<sup>[31]</sup>由此可见,根据凯尔森的法秩序理论,宪法作为国内法其效力低于国际法。因而,在国际法律秩序下不存在基于国家绝对主权的宪法最高法律效力,因而其自我宣称不具有合法性。其实,康德的世界政体便是对传统制宪主体至上性的挑战,宪制国家的终极理性是世界政体,一个法律之下的普遍联盟。当下,由于全球化和网络信息技术对法律的深刻影响,传统最高效力的主权国家宪法已经无法满足现实发展的要求,人们逐渐认同建立具有全球影响力的框架秩序,实现“世界宪法”的构想。<sup>[32]</sup>在欧洲,人们提出了“国际法的宪法化”的观念,即在欧洲一体化进程中不仅要催生一个国家联盟,而且要塑造一个宪法联盟。<sup>[33]</sup>有德国宪法社会学的学者甚至提出,在宪法理论中放弃与国家的关联性这一基本建构思想,相反,以有效的政治统治制度作为宪法研究的出发点。<sup>[34]</sup>如果未来康德的世界宪制的理想在全球化和信息化的时代能够实现,宪法的主权标记便会消失,基于国家主权的宪法效力自我宣称也就不复存在。当然,现在看来,世界宪制的梦想仍是遥不可及的。

## (二) 归因于“元契约”的初始同意

韦伯认为,作为社会现象的统治不是终极性的,需要被正当化,统治的背后始终隐藏着其他价值和秩序,只有以实质性、静态的政治价值和秩序所构成的世界之存在为前提,统治权才得以正当行使。<sup>[35]</sup>契约通常被作为解释国家“统治”在发生学意义上的基本范畴。如果说法律本质上属于统治者与被统治者之间的契约,宪法所确立的基本的统治关系就可被视为“元契约”。

在霍布斯看来,“元契约”是人们告别自然状态进入主权国家的初始约定。受到这一

[30] 参见[英]哈耶克著:《法律、立法与自由》(第二、三卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第93页。

[31] 参见[奥]凯尔森著:《论主权》,载张龔编译《法治国作为中道:汉斯·凯尔森法哲学与公法学论集》,中国法制出版社2017年版,第281-296页。

[32] 参见[德]沃尔夫冈·霍夫曼-里姆:《以全球通讯秩序的变迁作补充》(书评),载[德]马丁·莫洛克著《宪法社会学》,程迈译,中国政法大学出版社2016年版,第117-119页。

[33] See Ingolf Pernice, Multilevel Constitutionalism in the European Union, 27 *European Law Review* 511-529 (2002).

[34] 参见[德]马丁·莫洛克著:《宪法社会学》,程迈译,中国政法大学出版社2016年版,第65页。

[35] 参见[德]鲁道夫·斯门德著:《宪法与实在宪法》,曾韬译,商务印书馆2019年版,第45页。



“元契约”的约束,臣民不可另立新的契约。<sup>[36]</sup> 因为,这将否定“元契约”的效力并进而导致人们重回野蛮的自然状态。为此,主权者的意志被宣示为具有法律效力的认知和行为标准,以作为秩序的基础。主权者意志的立法效力是绝对的,不附加任何条件,因为根本立约的规定本身就是这个意志立法效力的唯一根据。在订立契约时,自然状态中的人的授权是无条件的,除了肉体存在意义上的生命权之外,没有任何权利的保留。于是产生了出于自然状态中的人的自由意志反而最终否定其自由意志的“霍布斯难题”。

洛克的“元契约”则是以自然状态中的人不丧失主体性和自由权为前提,“元契约”的效力仅限于自然状态中的人明确同意和委托授权的内容,超越这个范围,人们不受约束。政府的起源在于社会的一致同意或为此目的而授权的代表的一致同意。<sup>[37]</sup> “元契约”不具有绝对效力,立约人不完全受其创设强制履行契约条件的约束。<sup>[38]</sup> 也就是说,“元契约”不是不可以变更或者废止的。但如何保证“元契约”的履行呢? 由于在自然状态下,尚无强迫“元契约”履行的外在权力,因此只能诉诸契约自身。于是产生了“用契约来创设强制履行契约的条件”的“洛克难题”。<sup>[39]</sup> 宪法的最高法律效力的自我宣称便体现了“洛克难题”,如果说宪法的最高法律效力是宪法实施的条件的话,这一条件恰恰是宪法自己创设的。也就是说,宪法作为“元契约”,其效力及其实现立基于宪法自身。<sup>[40]</sup>

当然,洛克并不认为人们可以完全不受“元契约”的约束,宪法作为人们的授权条款,立约人当然要遵守。但问题在于,立约人的后代有没有理由遵守“元契约”呢? 如果说作为“元契约”的立约人对自己的最初意志有义务信守,那后人为什么要受先人设定的自称为最高法的“元契约”的约束? 于是有人提出,“元契约”的初始约定构成“预先承诺”,即后人有权遵守制宪者们多年前创造国家的承诺。但这种“预先承诺”理论必须建立在一个持续、单一的、集体的国家认同可能性的基础之上,否则会面临“尤利西斯难题”(对自由的约束才能成全自由)。根据“预先承诺”,宪法的限制实际上具有授权的作用,对建立一个稳定、有限的政府的承诺,也在一定程度上给人们提供了保障——制宪者作为预先承诺人的规划不会发生根本的改变。<sup>[41]</sup> 然而,所谓尤利西斯的“预先承诺”对后代也很难说有强制约束力。托马斯·杰斐逊曾言:“世界属于活着的人们”,制宪者关于宪法最高法律效力的宣称对后代的约束作用实质上是一种跨代的权力掠夺。其实,后人之所以遵从原初的宪法并不是因为什么“初始约定”“预先承诺”。从宪制经济学的视角,宪法效力自证规范的确立是基于后人的现实的需求甚至是功利的算计。就后人自身的目的而言,

[36] 参见[英]霍布斯著:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1997年版,第171页。

[37] 参见[英]洛克著:《政府论》(下),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第5-7页。

[38] “霍布斯难题”与“洛克难题”显现了人权与主权、自由与秩序的二律背反,而社会契约不可能最终解决人类社会始终面临的个体与整体之间关系的难题。

[39] 参见何勤华、张海斌主编:《西方宪法史》,北京大学出版社2006年版,第248页。

[40] 休谟将政治建构在经验主义的基础上,认为政府并非是人类理性设计的结果,更不是社会契约的产物,因为上述过程是无法通过经验观察到的。其实政府的产生来自于人的需要,是人行动的结果,是从传统与习俗中缓慢演化而来的。因此,个人应当尊重基于传统而形成的权威,一切社会进步必须以传统为基础进行改进,而不能推翻整个传统重新设计。这种观念既符合个人主义又满足整体性要求,既尊重个性自由又兼顾社会秩序,从而解决了契约不可能解决的“霍布斯难题”和“洛克难题”。

[41] 参见[美]路易斯·迈克尔·希德曼著:《论宪法不服从》,仇之哈译,译林出版社2017年版,第36页。

遵守前人制定的宪法比不断地自立新的宪法更有效益。因为宪法作为“元契约”是定分止争的最高依据,不仅可以为社会提供法律秩序的基础,而且使法律纷争解决的效率最大化成为可能。即便是在政治上抱有分歧的人们也可以就解决分歧的方法达成共识。这种共识一旦达成便造就了政治合法性,也同时避免了社会的瓦解。<sup>[42]</sup> 这样,先前的宪法的最高效力为后人提供了“共同基础”。没有这一“共同基础”,一旦产生争议可能会失去控制,造成社会分裂。后人每次遭遇这些基础性的问题总要重复考虑,反复重新设计新制度,这会极大增加交易成本。<sup>[43]</sup>

可见,所谓宪法“元契约”的学说只不过是自然法学一种“神话式的历史建构”。即便说“元契约”是现实存在的话,其也只能是动态的,它含有对抗自身僵化的动态要素,其存续意味着国家及其宪法效力持续性的重新证成。这种契约的动态化的过程,表现为代议制的议会体制及其运行。然而,施密特曾做出了“议会国家的观念史上的死刑判决”。他认为,勃兴于19世纪的议会已经丧失了基础和自身意义,因为议会的理念、原则——也即公开和论辩原则以及由其保障的正确性和正义性——不仅在信条中,而且在政治现实中消亡殆尽。当然,这种观念已经遭到学者们批评。因为,议会制度的意识形态可能已经败亡,但其整合功能会持续存在,议会仍然是一种合宜的政治整合形式。<sup>[44]</sup> 基于此,作为以“政治性人民”为基础的主权性结合体,人民才得以存在。尽管议会不是国家唯一的整合要素,但根据议会主义国家宪法的宗旨,议会是终局性的整合要素。<sup>[45]</sup> 因此,议会体制延续了“元契约”的初始同意,维系了宪法效力自证的预先承诺。

### 三 纾解宪法效力自我宣称的逻辑难题

宪法最高法律效力的自我确证其实是“从无法给出答案的地方寻求答案,因为证明的起点本身并非证明”。<sup>[46]</sup> “毫无疑问,没有文本可以对其本身进行有效化。如果可以的话,任何人都可以撰写自己的宪法,宣称它为至高,并利用它强迫他人服从其撰写的宪法,由此得出的结论是,我们必须在宪法之外寻找服从宪法的理由。”<sup>[47]</sup> 从系统论的角度,宪法的最高效力的原因在宪法规范系统之外,涉及到宪法秩序的背景条件,而宪法无法保证这一背景条件的存在。这就是宪法效力自证条款的“洛克难题”,这使得宪法效力不可避免地陷入了“明希豪森困境”。那么,如何破解这一逻辑难题呢?

#### (一) 凯尔森的“基本规范”:一种逻辑预设

“一个不追溯至元法律权威,诸如上帝或自然,而要将某一事实构成的主观意涵解释

[42] 参见[美]路易斯·迈克尔·希德曼著:《论宪法不服从》,仇之晗译,译林出版社2017年版,第18页。

[43] 参见[美]戴维·斯特劳瑟著:《活的宪法》,毕洪海译,中国政法大学出版社2012年版,第89-90页。

[44] 参见[德]鲁道夫·斯门德著:《宪法与实在宪法》,曾韬译,商务印书馆2019年版,第47-49页。

[45] 参见[德]鲁道夫·斯门德著:《宪法与实在宪法》,曾韬译,商务印书馆2019年版,第51页。

[46] [德]叔本华:《论充足理由律的四重根》(注59),§13,第14-15页。转引自张奥编译:《法治国作为中道:汉斯·凯尔森法哲学与公法学论集》,中国法制出版社2017年版,第198页。

[47] [美]路易斯·迈克尔·希德曼著:《论宪法不服从》,仇之晗译,译林出版社2017年版,第12页。

可在法律陈述中加以描述的客观有效的法律规范体系,如何可能?”<sup>[48]</sup>为了解决这一难题,凯尔森祭出了“基本规范”,并认为,只有通过基本规范这一预设,方有可能将立宪的事实构成以及根据宪法而设定事实构成的主观意义解释为客观意义,即客观有效的法律规范。<sup>[49]</sup>根据梅克爾的法律层级学说,一个规范的效力并非来源其自身。因此,规范包括宪法规范的效力不可能因自我宣称而获得,而只能来源于赋予其客观法律行为意义的另一个更高等级的规范。

基本规范可以成为宪法的上位规范吗?凯尔森早期站在新康德主义立场上,将基本规范的性质表达为“先验逻辑的预设”,后来又将基本规范的性质表达为一种“虚构”,即一个虚拟意志的虚拟行为。<sup>[50]</sup>但凯尔森仍认为基本规范在法律秩序内作为规范效力的最终来源发挥功能,他称之为“法律逻辑意义上的宪法”,以区别于“实在法意义上的宪法”。然而,即便承认基本规范的存在,但其也不可能进行效力的自我确证。基本规范虽然可以暂时缓解宪法效力自证的难题,却最终无法摆脱基本规范自我确证的困境。如果基本规范也不能自我确证,那么它注定无法终结法规范效力无休止的回溯。凯尔森也承认自己的这个想法本身就是“自我矛盾的”,因为按照这个想法,最高权威是由一个更高的权威(虽然是拟制的)所授权。但这意味着,这个最高权威已经不再是最高权威,还必须再拟制另外一条基本规范,它授权这个拟制的权威去制定另一条基本规范,这样一来原本的基本规范就失去其意义,进而导致永无止境地再预设更基本的规范。<sup>[51]</sup>

由此可见,规范等级体系本身无法完成规范效力的终极溯源,凯尔森试图通过基本规范终结规范效力无穷递归的目的并没有达到。可以说,基本规范成为凯尔森纯粹法学的“阿喀琉斯之踵”。

## (二)哈特的“承认规则”:一种社会事实

解决规范体系自身不能终极溯源难题的方案只能是超出规范体系,为此需要引入某种社会学的因素。一部具有最高法律效力的宪法,如果不考虑任何社会学的因素——也就是不考虑任何权力的分配和组织机制——那么,它是不可能先天地呈现它的最高效力的。<sup>[52]</sup>正是在这个意义上,哈特推出了承认规则。哈特的承认规则相当于凯尔森的基本规范,即经验性的基本规范,但后者是逻辑假设,前者则是社会事实。哈特将承认规则作为鉴别一切有效法律规则的判准。当人们对初级规则产生疑问时,则可诉诸承认规则的权威性的正面指示。<sup>[53]</sup>承认规则具有终极性和最高性,它可以识别法律体系内其他规则的效力,但其本身却无法再由其他规则予以确证。承认规则作为法律规则,从内在参与者

[48] [奥]凯尔森:《纯粹法学2》(注17),§34(d),第205页。转引自张奠编译:《法治国作为中道:汉斯·凯尔森法哲学与公法学论集》,中国法制出版社2017年版,第264页。

[49] 参见[奥]凯尔森:《纯粹法学2》(注3),§34(d),第204-205页。转引自张奠编译:《法治国作为中道:汉斯·凯尔森法哲学与公法学论集》,中国法制出版社2017年版,第185页。

[50] 参见张云铎:《论凯尔森纯粹法理论之宪法效力观》,《成都理工大学学报(社会科学版)》2016年第4期,第3页。

[51] 参见[德]罗伯特·阿列克西著:《法概念与法效力》,王鹏翔译,商务印书馆2015年版,第117页。

[52] 参见周林刚著:《基础规范的基础:凯尔森基础规范学说批判》,法律出版社2019年版,序言部分。

[53] 参见朱峰著:《拉兹:法律权威的规范性分析》,黑龙江大学出版社2013年版,第39-42页。

的角度,必须被全社会特别是官员广泛接受并作为识别其他规则之效力的依据。承认规则的存在是一个事实。<sup>[54]</sup> 在宪法意义上,承认规则意味着所有掌握主权的立法者也要受到法律的限制而不是凌驾于法律之上,即立法者的规则以及对其立法权施加“宪法性”限制的规则即可被视为承认规则。<sup>[55]</sup> 可以认为,哈特的承认规则源于以边沁为代表的实证主义传统,其将法律效力的鉴别的基础(效力标准)定位为社会事实,并且因此拒斥法律效力的真理性或道德性的观点。这一实证主义传统将法律效力的探寻引向一个主权者明显创制法律之行动的事实,该主权者的权力立基于人民的服从习惯。<sup>[56]</sup> 哈特正是在此基础上完成了法律与事实的统一。一方面,承认规则作为法律体系内部标准的提供者,本身即是法律,或者值得被称为法律;另一方面,承认规则也是事实,因为主张承认规则存在就是对一个实在的事实做出一项外部陈述。<sup>[57]</sup> 由此可见,哈特的承认规则是法律体系的终极规则,是法律体系内所有其他规则的最终效力基础。就其本身而论,承认规则包含了法律体系中除了它本身以外的所有规则的效力判准与根据。承认规则的规范性存在于该规则被视为构成行为理由的事实之中,将事实与法律合二为一,走出了凯尔森的规范与事实分离的困境,解决了基本规范无法解决的效力无限回溯的难题。因为,凯尔森的规范效力只能从更高规范中得到确证,如果基本规范也属于规范的话,其也不能逃脱凯尔森自己构造的逻辑陷阱。而承认规则既有规范的属性,又有事实的面相。而作为事实,以外部观察者的身份只有存在与否的判断,无需遵循无穷递归的逻辑。<sup>[58]</sup> 也就是说,一个规则获得承认,对于承认该规则的人来说,就是足够的理由,而无须进一步的规范来证立它的效力。<sup>[59]</sup> 宪法中最高法律效力规范就是宪法中的承认规则,因而对宪法效力的社会事实只须承认无须证立。

然而,虽然承认规则解决了基本规范无法解决的法律效力无限回溯的难题,但哈特却违反了从实然不能达致应然的“休谟定律”。<sup>[60]</sup> 由于承认规则是一个事实问题,所以只能说承认规则存在,不能说承认规则有效。作为最高的效力判准,承认规则本身不能够被确定有效。哈特从承认规则的接受推论到承认规则的存在,然后运用承认规则的存在作为所有其他法律规则的效力根据。但哈特的作为经验性的基本规范的承认规则理论终究不会成功,因为它无法妥当处理每一个基本规范理论的根本问题,即从实然过渡到应然的问题。<sup>[61]</sup> 承认规则属于实然的范畴,法律效力属于应然的范畴,用实然的承认

[54] See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd, Oxford University Press, 1994, p. 111.

[55] 参见支振锋著:《哈特:法学元命题的追问》,黑龙江大学出版社2013年版,第90页。

[56] 参见支振锋著:《哈特:法学元命题的追问》,黑龙江大学出版社2013年版,第136-137页。

[57] See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd, Oxford University Press, 1994, pp. 111-112.

[58] 哈特的承认规则曾遭到德沃金的质疑。在德沃金看来,宪法最高法律效力最终不应从作为事实本身的承认规则中,而应从批判性道德的背景性原则中寻求根据。参见[美]罗纳德·德沃金著:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第34-35页。

[59] 参见[奥]彼得·科勒:《20世纪法律实证主义的里程碑:凯尔森之〈纯粹法学〉与哈特之〈法的概念〉》,载张奠编译《法治国作为中道:汉斯·凯尔森法哲学与公法学论集》,中国法制出版社2017年版,第109页。

[60] 根据“休谟定律”,从纯粹事实命题不可能推断出价值命题。如果结论有价值倾向,必然已在大前提和小前提中预设价值命题。因为价值判断是主观的,不存在“真值”(truth value)和客观判断标准。

[61] 参见[德]罗伯特·阿列克西著:《法概念与法效力》,王鹏翔译,商务印书馆2015年版,第130-131页。

规则不能确证应然的法律效力。可见,解决宪法效力自我确证难题的承认规则也无法证立宪法效力。

那么,如何赋予承认规则以法律效力呢?拉兹提出了实践权威观,认为法律权威是一种宣称具有正当性的实践权威。法律必然拥有事实权威,并且每一个法律体系都宣称拥有正当性权威。拉兹认为,法律仅可以宣称其具有正当性权威,即便正当性权威不像其宣称的那样广泛,仍可以说其具有权威性。但宣称是一种作为,这种作为的存在有一定的标准,而这些标准是非评价性的。当立法者制定法律时,立法者就宣称拥有立法的权威。基于此种权威,立宪者同样也会进行自我宣称。也就是说,法律效力不依赖于它的内容的正当性,而取决于它是由权威发布的这一事实。法律宣称是法律效力的一种标记,旨在要求法律约束的对象对它保持忠诚,并按照它的要求遵行。至少在某种正常情况下,法律宣称其拥有权威的事实说明了法律有能力拥有权威。<sup>[62]</sup>由此可见,宪法效力的自我宣称最终是一种事实权威,其效力来源于自我宣称的事实,而宪法自我宣称的事实本身基于立宪者的实力,与道德无关。这就是拉兹所谓的“权威的决断性”。尽管与施密特的主权者的“最高政治决断”不同,拉兹通过权威的“依赖性命题”(dependence thesis),排除了权威的武断性,也就是说,即使是权威也必须尊重受众所持的理由。<sup>[63]</sup>但作为实证主义的法学家,拉兹与哈特一样遵循法律与道德的“分离命题”,强调宪法效力规范的社会事实的基础。在拉兹看来,假定终局性承认规则规定所有且仅有道德规范在法律上有效,此时,如果行动者无法判断某一主张是否符合道德规范,他也无法确定这一主张是否符合法律要求。<sup>[64]</sup>由此可见,哈特的承认规则和拉兹的实践权威观虽然逃脱了规范体系内效力无穷递归的困境,但仍无法完全证立社会事实与法律规范之间的逻辑关系。

### (三)康德的“自然法则”:一种先验理性

实证主义者将主权或者权威作为宪法效力渊源的观点都是非实证主义历来所反对的,非实证主义者将宪法最高法律效力归结于理性、道德或宗教信条,通过形而上的教义来终结法律效力递归的链条。康德曾将法律效力的渊源归于“自然法则”,即在无外在立法时也能透过理性来先天地认识其拘束力的法则。当然,宪法效力也同样以“自然法则”为基础。但与凯尔森的基本规范和哈特的承认规则不同,康德的“自然法则”作为先验理性超越于规范体系和经验事实之上。康德的“自然法则”深植于其法律哲学体系中,而其法律哲学与道德哲学紧密相联。由此,宪法的效力问题的最终根据不在于实证宪法本身,而在于宪法背后的“自然法则”,体现“自然法则”的宪法由此才在国家公法领域内具有最高法律效力。由于“自然法则”作为道德理性属于形而上的范畴,既不是法律规范

[62] 参见[英]约瑟夫·拉兹:《权威、法律和道德》,刘叶深译,载郑永流主编《法哲学与法社会学论丛》2007年第2期,北京大学出版社2008年版,第51页。

[63] See Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986, pp. 23 - 27.

[64] 参见朱峰著:《拉兹:法律权威的规范性分析》,黑龙江大学出版社2013年版,第49页。

也不是社会事实,因此,化解了凯尔森与哈特面临的难题。由于“自然法则”具有绝对性,也解决了规范效力无穷回溯的难题。而且道德法则只要满足普遍性和规范性就可以成立,从而使其与因果律划清了界限。也就是说,宪法最高的法律效力与下位法律规范的相容性并不在于逻辑上的那种自洽性,而源于传统的道德力量——某种给定的价值框架。而这种价值框架是无须证明便予以接受的。<sup>[65]</sup> 哈耶克由此提出了所谓“内在批判”理论作为对道德规则和法律规则进行评判的唯一基础。

基于“自然法则”,宪法最高法律效力最终仍指向道德理性,这秉承了欧陆以自由主义为旨的自然法传统。在“人是目的而不是手段”的康德道德哲学中,确立了高于宪法之上的道德律,使宪法效力封闭的规范体系呈现出开放的格局,以防范人定宪法所自称的最高法律效力异化为人的自由实现的障碍。当然,作为道德理性范畴的“自然法则”是外在于以宪法为核心的法律体系的,其作为宪法效力的渊源解开了宪法效力自证的逻辑圈套。诉诸实践理性在宪法效力规范认识论上架起了经验主义与理性主义之间的桥梁。

#### 四 结语

如果宪法的最高法律效力不依赖于自我宣称规范而存在,那么是否意味着宪法无须确立自我宣称的效力规范,便可走出“明希豪森困境”呢?在施密特看来,宪法最高法律效力的自我宣称是没有现实必要性的。由于宪法最高法律效力的自我宣称是宪法做出的“规范性的自我防卫”,而对作为最高、最强规范的宪法而言,这种自我防卫不会存在。因为,从规范主义及形式主义逻辑来看,较强的效力不可能受到较弱的效力的威胁和危害。<sup>[66]</sup> 也就是说,仅在规范体系内,宪法已经处于最高位阶,宪法没有自我防卫的对象和理由。因此,宪法最高法律效力的自我宣称条款是宪法的多余规范。阿列克西曾提出“正确性宣称”的概念,没有明示或默示地提出正确性宣称的法律,就不是法律。宪法的正确性宣称——正义的宣称——必然联结于制宪行为。说某国是正义的国家的宪法条文在宪法中是冗余的。<sup>[67]</sup> 因此,宪法的正确性宣称与宪法效力规范相关,宪法效力是以宪法的正确性宣称为基础,通常意义上的宪法最高效力的自我宣称可以视为明示条款。然而,根据阿列克西可默示的法律正确性宣称的理论,宪法的正确性宣称也可以通过默示的方式,因而宪法最高法律效力未必要在宪法中明确规定。在历史上,西方国家运行良好的制度乃是以人们“默会”地接受某些原则这个预设为基础的,而这些“默会”的原则得到了人们遵循。<sup>[68]</sup> 大道至简、大象无形。宪法最高法律效力规范采用默示形式,非但不会否定宪法最高法律效力,而且还能纾解宪法效力自我确证的逻辑难题。

[65] 参见[英]哈耶克著:《法律、立法与自由》(第二、三卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第33页。

[66] 参见[德]卡尔·施密特著:《宪法的守护者》,李君韬、苏慧婕译,商务印书馆2008年版,第42页。

[67] 参见[德]罗伯特·阿列克西著:《法概念与法效力》,王鹏翔译,商务印书馆2015年版,第36-39页。

[68] 参见[英]哈耶克著:《法律、立法与自由》(第二、三卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第429页。

[ **Abstract** ] The supreme legal validity of the constitution cannot be confirmed by a higher law. As a result, a normative structure of self-assertion of constitutional validity has been developed, leading to the logical problem of self-verification of the supreme legal validity of the constitution. The self-declaration of the supreme legal validity of the constitution can only be based on the written constitution of a country. However, not all written constitutions in the world have stipulated their own legal validity. Of course, the norms of the supreme legal validity of the constitution may exist in an implied form. Therefore, the validity of the constitution does not depend entirely on the normative form of self-proclamation. A total of four constitutions have been adopted in China since the founding of the PRC, but only the fourth constitution, namely the 1982 Constitution, stipulates its own supreme legal validity. The norms of self-proclamation of constitutional validity in major western countries exist in a concealed form. There is no constitutional code in Britain, so the self-declaration of the supreme validity of the constitution is neither necessary nor possible. From the 1791 Constitution to the 1958 Constitution, French had always retained the meaning of the classical constitution, specifically referring to the regime form of the national political structure. Therefore, the supreme legal validity of the constitution is not the content of the constitution. Germany has taken “human dignity” as the primary clause of its Basic Law after World War II, and established the supreme validity of “human dignity” rather than German Basic Law itself. The constitution of the United States established the supremacy of federal law over state laws, not the supremacy of the constitution over laws. The supreme legal validity of the Constitution of the United States is established by judges through judicial interpretation in constitutional review cases. In theory, although the validity of the constitution directly originates from constitutional norms themselves, the source of the validity of the constitution is considered to be beyond the constitutional norms. It can either originate from the absolute will of the sovereign or be attributed to the initial consent of the “meta contract”. However, the former resorts to the value of human rights after the absolute will of the sovereign was dispelled; the latter turns to the practical utility because the initial consent was falsified. Taking Kelsen’s “basic norms” as the superior norms of the constitution solves the logical problem of the self-proof of the constitutional validity, but could not achieve the ultimate traceability of normative validity. Hart’s “recognition rule” solves the problem of unlimited backtracking of legal validity, but violates “Hume’s law”, namely, one can’t derive an “ought” from an “is”. Kant’s “natural rule” dissociates the compatibility between the supreme legal effect of the constitution and the lower legal norms from the logical self-consistency, and attributes the origin of the validity to the traditional moral force - a given value framework that is accepted without proof. According to Alexey’s theory of tacit declaration of legal correctness, the tacit form of the norms of constitutional validity will solve the logical problem of self-confirmation of constitutional validity without denying the constitutional validity itself.

---

---

(责任编辑:田 夫)