

宪法和一般法关系命题的观念溯源与当代表达

许瑞超

内容提要:宪法和一般法的关系命题涉及宪法与立法者制定的一般规范的关系构造,如何理解宪法、是否以及如何限制形式法律对一般规范的创造为二者关系命题的核心。从观念史的脉络来看,宪法和一般法的关系命题奠定在自然法与人定法、法与法律、根本法与一般法所表征“法”二元论的基础之上。“法”二元论强调人定法、一般法的有效性并非仅出于立法者的意志和命令,也服从于更高的法。随着立宪主义的兴起,更高的法和基于制宪权的宪法相结合,逐渐实证化为优于一般法的最高成文法律。在议会立法国时期,法规完全为形式法律所垄断创造,宪法的规范力须经由形式法律的转化,不具备对于一般法的优位性。二战后,基于对法实证主义的反思,宪法不再仅被理解为源于制宪者的决断,亦被认定为独立于主权者意志的理性和正义的体系。宪法和一般法的关系命题是阶层的判断:首先判断制宪者的意志与更高的法对宪法认知的影响,其次判断具有形式和实质双重优位性的宪法对一般法的影响。

关键词:宪法 一般法 自然法 根本法 双重优位性

许瑞超,厦门大学法学院助理研究员。

宪法和其他法律的关系是各国宪法研究的焦点。在我国宪法研究中,主流见解是将宪法和其他法律表述为宪法和部门法,并在辩剖宪法和部门法关系命题的基础上对何谓宪法进行定义。^[1]问题是,宪法和部门法的表述既忽视宪法自身是法律部门的一部分,也无法彰显宪法和其他法律的差别。将宪法和其他法律表述为宪法和部门法,亦面临母法与子法、法律总则与法律分则的误解。^[2]中文宪法一词迻译西文“constitution”(制度+

[1] 参见张翔:《宪法与部门法的三重关系》,《中国法律评论》2019年第1期,第26-33页;陈景辉:《宪法的性质:法律总则还是法律环境?——从宪法与部门法的关系出发》,《中外法学》2021年第2期,第286-287页。

[2] 参见马岭:《宪法与部门法关系探讨》,《法学》2005年第12期,第3-16页;韩大元等:《行宪以法,取法以宪:再谈宪法与部门法的关系》,《中国法律评论》2016年第2期,第1-21页;陈景辉:《宪法的性质:法律总则还是法律环境?——从宪法与部门法的关系出发》,《中外法学》2021年第2期,第287-288页;李海平:《部门法宪法具体化的正当性及类型——与陈景辉教授商榷》,《中国法律评论》2021年第4期,第127-141页。

法律)。在欧美宪法研究中,为显立“constitution”和其他法律的规范性联结,“constitution”和其他法律被表述为“宪法性法律”(Verfassungsrecht/constitutional law/loi constitutionnelle)和“一般性法律或普通法律”(einfaches Recht/ordinary law/loi ordinaire),本文简称为宪法和一般法。

异于宪法和部门法之“总一分”或“母—子”的逻辑表达,宪法和一般法的关系命题涉及宪法与立法者制定的一般规范的关系构造。如何理解宪法、是否以及如何限制形式法律对一般规范的创造为宪法和一般法关系命题的核心。从观念史来看,宪法和一般法的关系命题并非先验给定,而深深镶嵌在历史文化中。今年是我国现行宪法公布施行40周年,在环球视野与中国问题双重变奏下溯源宪法和一般法关系命题的观念脉络与当代表达,亦有助于在激荡的历史时期形成宪法共识。

一 宪法和一般法关系命题的思想渊源:法的二元构造

宪法和一般法的关系构造最早可溯源于古希腊、古罗马相关的命题论述。有学者认为亚里士多德在《政治学》中就将法律分为宪法和普通法律:宪法是规定国家机关的组织与权限的法律,普通法律应以宪法为依据。^[3] 此见解值得商榷,《政治学》中“宪法”的对应原词为“politeia”。politeia 并没有作为政治组织的基本法律的含义,而是作为指涉不同统治类型和政治结构的“宪制”。politeia and law 是“宪制—法律”的关系构造,关注的是在特定宪制类型下,法律该如何制定。^[4] 从观念史看,古希腊存在 φύσις/physis(自然)和 νόμος/nomos(法律)的划分,反映在规范维度即自然法(physei dikaion)与 nomos(法律)。physei dikaion/nomos 是与宪法—一般法相埒的表达。physei 指向自然,dikaion 是法与正义的复合,nomos 指人定法或实证法,这表明古希腊存在两种超越人定法或实证法的信念:归为自然权利和自然适当的东西;归为自然法或正义的东西。^[5] physei dikaion 与 nomos 本质上是自然法与人定法或实证法的关系。

自然法理论虽纷繁复杂,但其核心旨趣始终围绕自然秩序与人定意志的关系展开。自然法起源于古希腊,后被古罗马人翻译为“lex naturalis”。在古希腊,自然和正义紧密结合。哲学家赫拉克利特首次使用了“phusis”(自然)一词,“phusis”指事物的性质或过程,即“一个事物从开始到结束的所有性质,或一个事物从出生到成熟的整个成长过程”。^[6] 赫拉克利特以“phusis”为轴心首度区别了“制度的正义与自然的正义”,肯认了“实证法和自然法的区别”。^[7] 赫拉克利特主张制度正义、实证法必须从自然正义、自然法中寻求正当性基础。之后,历史学家希罗多德首次对“phusis”(自然,用词与赫拉克利特不同)与“nomos”(法律)的差异做了系统讨论:“phusis”包含了善与正义、平等与自由等理念,而

[3] 参见馨元:《宪法概念的分析》,《现代法学》2002年第2期,第2-3页。

[4] See George Duke, *Aristotle and Law: The Politics of Nomos*, Cambridge University Press, 2020, pp. 9-10.

[5] See John Maurice Kelly, *A Short History of Western Legal Theory*, Clarendon Press, 1992, p. 20.

[6] See Richard Neels, *The Greek Concept of Nature*, State University of New York Press, 2005, pp. 14-15.

[7] 参见[德]考夫曼著:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2011年版,第30页。

“nomos”则可能是专横的。为此,在希罗多德看来,“physis”本质上具有“固定性和不可触犯性”,而“nomos”恰好相反,“nomos”本质上具有“相对性和易变性”。〔8〕“physis”(自然)先于并高于“nomos”(法律)。“physis/nomos”(自然/法律)的二元论肯定了存在比人定法更高的事物。

智者学派及其后的思想家遵循希罗多德有关“physis/nomos”的二元论,强调人定法可能会侵犯自然正义,只有非人造的自然法才是永恒的。〔9〕基于自然与法律的二分设定,柏拉图区分了理念(idea)和事物,认为理念具有原始且永恒的先验内容,蕴含事物的共相与本质,是宇宙法则和秩序的基础,必须存在于包括人定法(nomoi)在内的一切事物之中。〔10〕亚里士多德在辨析正义(dikaion)和法律(nomos)的基础上区分自然正义(physisikon dikaion)与法律正义(nomikon dikaion):dikaion 是一种包含善恶甄别、针对所有人或大多数人的不成文习俗,自然正义独立于人的意志、在任何地方均具有同样效力;nomos 是城邦以书面形式规定每件事应如何完成的共同协议,法律正义是实证法规定的结果,依赖于人的意志,是具体化、可变和模糊的。法律正义必须以自然正义为基础。〔11〕斯多葛学派则从宇宙出发来区分自然法和人定法,斯多葛学派将宇宙定义为生动的、可靠的和物质的整体,蕴含能够支配万物的自然法,斯多葛学派称之为“正道”(orthos logos)、“神律”(lex divina)或“普遍法则”(nomos koinos)。在斯多葛学派看来,“正道”“神律”或“普遍法则”为人类社会提供某些包含善恶观念的、不言自明的公理,人类生活的至善就是与“正道”“神律”或“普遍法则”保持一致。〔12〕斯多葛学派强调自然法具有普遍性、最高性和正确性,构成人定法的合法性基础。

斯多葛学派的自然法理论架起了古希腊自然法通向古罗马及往后西方世界的桥梁。受此影响,古罗马思想家西塞罗认为人定法是公民性的,其所定法权不存在任何自然因素,是各异的;自然法是世界性的,具有普遍适用性。自然法是最高的、正确的理性,在人定法出现之前就已存在,包含作出正确行为的诫命,构成法律正确与否的渊源和标准。要判断何为正义,必须诉诸先于成文法和城邦法存在的最高法。西塞罗致力于用理性来限制意志,在西塞罗看来,真正的法律是与自然相契合的正确理性,故可直接诉诸正确理性来反对成文法(lex scripta)。〔13〕从法体系的角度看,古罗马不但区分了市民法(ius civile)和适用于所有共同体的、与所有人类相关的万民法(ius gentium),也区分了符合自然法的

〔8〕 参见[法]菲利普·内莫著:《民主与城邦的衰落》,张竝译,华东师范大学出版社 2011 年版,第 100-108 页。

〔9〕 参见[德]海因里希·罗门著:《自然法的观念史和哲学》,姚中秋译,生活·读书·新知三联书店 2007 年版,第 9 页。

〔10〕 参见[美]梯利著:《西方哲学史》,商务印书馆 1995 年版,第 66-69 页;[德]考夫曼、哈斯默尔著:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社 2002 年版,第 60-61 页。

〔11〕 See Aristotle, *Nicomachean Ethics*, translated and edited by Roger Crisp, Cambridge University Press, 2004, p. 93; Aristotle, *On Rhetoric: A Theory of Civic Discourse*, 2nd ed., translated with Introduction, Notes, and Appendices by George A. Kennedy, Oxford University Press, 2017, p. 271.

〔12〕 参见[美]梯利著:《西方哲学史》,商务印书馆 1995 年版,第 117-118 页;See Dimitar Apasieva and Trajce Stojanov, *Stoicism and its Influence on the Roman Law*, 23 *International Journal of Sciences: Basic and Applied Research (IJSBAR)* 1, 88-92 (2013).

〔13〕 参见[古罗马]西塞罗著:《论共和国·论法律》,王焕生译,中国政法大学 1997 年版,第 225-251 页。

法规范(lex)和实证的、基于提案的法律(rogatio)。ius gentium 和 lex 是具有普遍性且在所有领域都有效力的法体系;rogatio 和 ius civile 是具有特殊性、条件性的实证法律体系,只能适用于特定领域。^[14] 异于古希腊,古罗马开始在法律秩序内探讨不同属性的法之间的位阶关系。

进入中世纪,奥里根、奥古斯丁和阿奎那等继续秉持 physei dikaion 与 nomos、法与法律的二元划分:自然法的正义理念是人定法的效力认定标准。为此,奥里根认为,自然法铭刻于人们心中,是展示理性力量的上帝之法,“与自然法相悖的国家法为无效”。^[15] 在奥古斯丁看来,“不正义的法律对其而言不是法律”(nam mihi lex esse non videtur, quae iusta non fuerit)。阿奎那进一步指出,“不正义的法律不是法律”(lex iniusta non est lex)。^[16] 阿奎那认为,法律是否有效取决于它的正义性,其标准就是确保人定法符合自然法的理性。自然法是人定法的合法性来源,与自然法相一致的人定法始具有法的性质。阿奎那区分了“不合法性”(illegality)与“不合法性”(illegitimacy),指出法律旨在于共同体的共同善,与自然法相悖的法律是一种恶法。^[17] 奥里根、奥古斯丁和阿奎那三位思想家都认为人定法的有效性并不是绝对的,其有效性奠基在自然法之上。

中世纪后,格劳秀斯继续秉持自然法与人定法、法与法律的区分,认为法就是至善的权利和正义,自然法是正确理性的指示、蕴涵人类普遍的道德要求。^[18] 德国法哲学开创者普芬道夫也抱持相似观点,指出自然法是与人的理性和社会性相一致的法律,源于立法者意志的实证法如果背离了自然法的基本原理,就不应被视为法律。^[19] 西班牙法哲学家苏亚雷斯认为 ius naturale 中的 ius 是权利与法的复合:在权利纬度,ius 表示一种获得或超越某物的道德力,这是正义的恰当对象;在法(legem)纬度,ius 是正义行为的规则,目的是在事物中建立公平,法维度中的规则须是针对前一范畴的权利规则。^[20] 实证法秩序须以自然法为基础贯穿西方的法律观念史之中。

综上,自然法理论有关自然法与人定法的区分形成了法与法律的二元观念:自然法是法上之法,即自然法是先于、独立于且位于人定法(法律)之上的法(正义、理性等),而人定法作为实证法是位于自然法下之法律。自然法(法)与人定法(法律)的关系命题可概括为:条件命题,人定法(法律)的有效性依赖于自然法(法);优位命题,自然法(法)的效力优先于人定法(法律);交叠命题,人定法(法律)应具体化自然法(法)的内容;控制命题,包含命令或意志要素的人定法(法律)受自然法(法)之正义、理性等的约束;毁损命

[14] Vgl. Behrends, Der Vertragsgedanke im römischen Gesetzesbegriff auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, in: Behrends/Starck (Hrsg.), Gesetz und Vertrag I, 2004, S. 43 ff.

[15] See John Maurice Kelly, *A Short History of Western Legal Theory*, Clarendon Press, p. 103.

[16] See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2nd ed., Oxford University Press, 2011, pp. 363-364.

[17] 参见[德]考夫曼、哈斯默尔著:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第68-72页;马清槐著:《阿奎纳政治著作选》,商务印书馆1982年版,第116页。

[18] 参见[德]海因里希·罗门著:《自然法的观念史和哲学》,姚中秋译,生活·读书·新知三联书店2007年版,第65-68页。

[19] See Samuel Pufendorf, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*, translated by Michael Silverthorne, Cambridge University Press, 1991, p. 32.

[20] See Knud Haakonssen, *Natural Law and Moral Philosophy*, Cambridge University Press, p. 24.

题,自然法(法)可否定人定法(法律)的效力。在某种程度上,“自然法原则解释了实证法的强制力”^[21]、“人权的哲学基础是自然法”。^[22] 自然法(法)与人定法(法律)关系命题的五个表现在宪法和一般法的关系探讨中得到了接续与呈示。如凯利所言:“古希腊、古罗马的古代自然法理论经由早期基督教教会而中转至中世纪盛期,并藉此最终进入‘更高的法’和‘基本权利’的世俗现代语境,在针对主权立法机关的实证法的司法审查程序中得到实施。”^[23] 法的二元论是根本法思想和宪法优位理论的思想渊源,现代意义上的宪法是在人民主权和立宪主义勃兴后对自然法理论的成章典化与制度化,宪法因其作为更高的法而获得相对于一般法的至上地位。

二 宪法和一般法关系命题的确立:根本法思想的引入

受法的二元论的影响,在 16 世纪之前,赋予法之于法律的至上性主要是包含实质和永恒不变的正义内容的自然法。^[24] 若从宪法是一国最高法和作为国家根本法的角度看,自然法(法)与人定法(法律)的关系命题则体现为宪法优位以及宪法同立法者所创制的一般规范的关系构造。宪法优位可追溯至 16 世纪的根本法(*leges fundamentales*)概念。根本法除包含法、自然法的内容外,还涵盖规定并赋予政治共同体和法秩序之正当性的内容。16 世纪的根本法表明除一般法外,还具有更高权威与尊严的法存在,不过其在于反对君权。^[25] 17 世纪以降,随着社会契约论和立宪主义的兴起,根本法逐渐和基于人民主权(制宪权)的成文宪法相结合,原意为组织法和构成法的“*constitution*”逐渐扩展成为拘束立法权的最高成文法律。^[26] 宪法和一般法关系命题形成于最早实践立宪主义的英国,并确立于诞生世界第一部成文宪法的美国。

(一) 英式命题:根本法优位和议会至上的张力

历史上的英国法分为成文法(*lex scripta*)和不成文法(*lex non scripta*):成文法是以书面形式制定与颁布的法律;不成文法是普通法一部分,包含习俗、判例和自然法等。不成文法并非都是不成文,其实际上也是在“书面纪念碑”(monuments in writing)中揭示,历史上存在的制定法和司法判例都可成为不成文法的一部分。^[27] 成文法和不成文法的区别在于规范来源的判断及是否存在成典化的规范体系。在英国,根本法与一般法的关系构造主要围绕不成文法/成文法的二分思维展开。在成文法维度,历史上的英国既无基于立法权的议会制定法和基于制宪权的宪法的区分,也无议会制定法要从属于更高位阶的宪法的理念,宪法性法律和一般性法律都属于议会制定法的一部分,均为立法者意志的体现,这

[21] John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2nd ed., Oxford University Press, 2011, pp. 23-24.

[22] Jacques Maritain, *Man and the State*, translated by William, The University of Chicago Press, 1951, p. 80.

[23] John Maurice Kelly, *A Short History of Western Legal Theory*, Clarendon Press, 1992, p. 104.

[24] See Edward S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, Cornell University Press, 1956, pp. 1-5.

[25] 参见[美]迦纳著:《政治科学与政府·政府论》,林昌恒译,东方出版社 2014 年版,第 188 页。

[26] 参见张翔:《宪法概念、宪法效力与宪法渊源》,《法学评论》2021 年第 4 期。

[27] See Matthew Hale, *The History of the Common Law of England*, John Walthoe, 1713, pp. 1-2.

种宪法本质上是“制定法性质的宪法”(statutory constitution)。英国的根本法根植于普通法传统,亦即在不成文法维度,英国存在一种“普通法性质的宪法”(common law constitution)。^[28] 普通法性质的宪法一方面着力寻求独立于议会立法之永恒不变的、自古存在的普通法理性;一方面通过挖掘普通法而为英国的“法律统治”(议会至上)提供正当性基础。

1. “诉古”存在的根本法

基于英国宪制的特殊性,根本法和立宪主义的规范内涵并不能先验给定而须借助历史和“诉古”(antiquarian)的方式加以确定。根本法、立宪主义虽试图解决涉及法律、权利和主权等根本政治问题,但其方法不是直接诉诸抽象的政治概念,而是诉诸历史中与国家相关的市政法律以及作为其基础的习俗、规定和权威等概念。^[29] 英国的普通法思想是一种独立于现世的古典模式,是历史形成而非现世立法者创造的产物,由先例、准则和原则等构成,具有根本性和普遍性,目的是确保议会免受君权的干预。这种基于历史形成的普通法亦被称为“古老宪法”或“根本法”,“ancient”和“fundamental”具有相同的词义志趣,根本法或根本的宪法即古老的法或宪法。古老的法或宪法可以是“实证”的存在,如《大宪章》《权利请愿书》《忏悔者爱德华法律汇编》整体上构成了根本的和古老的国内法(lex terrae)。^[30] 伴随根本法范围的不断拓展,普通法思想也开始用于对议会立法的控制。普通法相对于议会制定法的优先性在1610年的博纳姆案(Bonham's Case)中确立。在博纳姆案中,柯克法官即指出虽然在一般案件中,法院无权审查议会法案,但在特定情况下,法官可裁定议会法案完全无效;当议会法案存在背离共同的权利与理性、内在不一致或无法实施等情况时,法官就可依据普通法意志审查议会法案并裁定其无效。^[31] 此见解强调普通法是先于议会法案的“更高的法”,议会至上是“法之下的至上”。

2. 议会定义根本法

在英国的宪制发展史中,很多时候是议会定义了根本法,并用之辩护议会所采取的行动均属“正当”(legitimate)。也就是说,议会通过诉诸根本法(即由一套古老的习俗构成的根本宪法)可有效证明议会所享有的“主权”包含在古老的法或宪法之中。古老宪法或根本法赋予了英国议会至高无上的地位,议会享有最高和绝对的权力(legibus soluta),议会可凭藉自己认为合适的行动来捍卫法律。奠基于普通法之上的、古老的、根本的宪法并不会优于议会立法存在,反而取决于议会的判断。^[32] 在边沁看来,英国宪法的主权存在于议会,议会的立法权是“主权性权力”(sovereign power),具有至上性。^[33] 边沁强调,作为规范人们行为的法律并不依附于特定的价值,而是由主权者所创造或采纳的一种用以

[28] 参见[美]迦纳著:《政治科学与政府·政府论》,林昌恒译,东方出版社2014年版,第190页。

[29] See J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, Cambridge University Press, 1987, pp. 42-49.

[30] See J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, Cambridge University Press, 1987, pp. 17, 294.

[31] Dr. Bonham's Case. 8 Co. Rep. 107a, 114a C. P. 1610. 4.

[32] See J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, Cambridge University Press, 1987, pp. 234-235; Thomas Smith, *De Republica Anglorum: A Discourse on the Commonwealth of England*, Edited by L. Alston, Harper and Row Publishers, Inc., 1974, pp. 48-49.

[33] See Jeremy Bentham, *A Fragment on Government*, edited by F. C. Montague, M. A., Oxford University Press, 1891, pp. 183-185.

宣示主权者意志的诸符号的组合。人们是因受制于主权者而服从于法律的。^[34] 奥斯丁在边沁的基础上区分了自然意义上的法和实证意义上的法,认为自然意义上的法不是严格意义上的法,严格意义上的法是“实际存在的由人制定的法”或者说“是政治优势者对政治劣势者制定的法”,法律是具有普遍约束力的主权者命令。在奥斯丁看来,法律来源于主权者的命令。^[35] 边沁和奥斯丁的观点大体是对议会主权的一个注解。根本法优于议会立法在英宪历史中并不是普遍化的命题构造,甚至说议会主权就是“最根本”的根本法。^[36] 立法全能主义、议会主权是英国宪制的核心,根本法更多起到正当性补强作用。

3. 议会制定法优位下的“违宪”问题

英国的根本法(普通法、古代宪法)既可论证为由享有最高权力、不受约束的议会加以定义,又可论证为优于议会立法的共同的权利与理性。这说明根本法是模糊的,议会立法虽受到某些实体性原则的限制,但根本法的优先性顶多作为议会制定法的解释准则,并没有类似于今天议会制定法受制于最高法和根本法的理念。^[37] 由于秉持议会至上,议会制定法不仅高于其他所有实证法,也高于大部分的普通法。议会制定法的“违宪”只存在于不成文法维度,指议会制定法违背了由古老习俗构成的根本宪法、普通法的权利与理性、自然法所包含的自然正义与自然权利等。议会制定法的所谓“违宪”是一种实质意义上的判断,并非说它与更高级的成文法律相抵触。由此看来,英式命题中的宪法和一般法存在根本法优位和议会至上的张力。这种张力意味着作为描述性的、价值性的、非成典化的、诉古存在的宪法并非是法秩序内在的、必备的构成要素,奠基于普通法、根本法或古代宪法之上的宪法在大多情形下有赖于议会制定法才能传达给受法律约束的人。虽然根本法的效力主要依赖于议会主权,但基于独立司法的普通法理性和法治仍可对议会立法进行限制。

(二) 美式命题:根本法与一般法关系的三重维度

美国的根本法思想大体经历三个阶段:1787 年美国宪法通过前的殖民地时期致力于从自然法与英国的普通法中汲取根本法而反对议会至上;1787 年美国宪法使根本法具有了实证法属性;1787 年美国宪法在通过后很长一段时间并未具备最高法的实效性,直到 1803 年的“马伯里诉麦迪逊案”才最终确立了宪法是实证法秩序的最高一般法。

1. 根本法的内容具有确定性

在 17-18 世纪的北美殖民地,宪法一词具有三种含义:一种是认为宪法只不过是现有法律和安排的安排,并以此构筑了政府,它既不先于又不优于政府或一般法,违宪的法律可以并不违“法”;一种是将宪法等同于一般法,将合宪性等同于合法律性;一种是将宪法等同于根本法,宪法是一组逾越政府之上的不变原则。基于对英国议会的不信任和对立法全能的反对,宪法是拘束立法权的根本法被北美殖民地广泛接受,进而影响了后来美国对根本法的理解。^[38] 美国根本法的内容具有确定性。

[34] See Jeremy Bentham, *Of Laws in General*, edited by H. L. A. Hart, The Athlone Press, 1970, p. 1.

[35] 参见[英]约翰·奥斯丁著:《法理学的范围》,刘星译,北京大学出版社 2013 年版,第 1-23 页。

[36] See J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford at the Clarendon Press, 1995, pp. 2-3.

[37] See John Laws, *The Common Law Constitution*, Cambridge University Press, 2014, pp. 3-46.

[38] See Larry Kramer, *The People: Themselves Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004, p. 10.

首先,美国的根本法不是模糊的而是明定的,明定的根本法和真实的社会契约终结了立法全能在美国的市场。^[39]以自然法为基础的论证乃是数世纪宪法传统的一部分,它预设了习惯宪法(customary constitution)和自然法的和协统一,虽然美国根本法很多元素源自英国的普通法,根本法和普通法存在实质性交叠,但根本法仍构成一个在概念上特定的原则与习惯实体,美国的根本法融合了自然法、普通法、习惯宪法、社会契约的内容,其可在任何领域内赋予整个共同体在宪法问题上一种合理的解释声音。^[40]在1657年的吉丁斯诉布朗案(Giddings v. Browne)中,西蒙兹执法官(Magistrate Symonds)就强调立法不得与根本法冲突,“我坚信殖民地议会作出的侵犯了你我的根本法的实证法阐释对其而言是一种奇耻大辱;因为实证法之解释若侵犯了臣民(subject)的权利或自由,它就必然是无效的。”^[41]在1798年的卡尔德诉布尔案(Calder v. Bull)中,蔡斯法官(Chase)亦指出:“在我们自由的共和政府中存在一些至为重要的原则,这些原则将决定和否决明显和公然滥用立法权的行为……立法机关悖逆社会契约之首要原则的法案(因我不能称其为法律),不能被视为对立法权力的正当行使。”在蔡斯法官看来,在自由共和政府,法律和理性的普遍原则对立法作出了限制,州政府的品格、本质和精神也禁止立法机关作出这样的立法。^[42]不管是在理论还是在司法实务上,17-18世纪的北美殖民地的根本法具有拘束立法权的确切指向。

其次,与英国的“诉古”不同的是,美国的根本法的确立遵循两项原则:同意和基于惯例、时效而获得规定性。同意指向人民主权,即宪法表达的是人民的直接意志,立法者的立法权能是人民通过宪法授予的,必然受到宪法限制。规定指向内容,即根本法包含了人民不可让渡的权利和自由的保障、普通法的正义与理性、社会契约的法则、沿袭下来的宪制安排等内容。^[43]“同意”和“规定”两项要素使根本法优于议会制定法。

最后,根本法的内容确定性还在于根本法不是伦理规范或道德约束。相反,根本法具有法规范的要素:其被称为法律、其被认为有拘束力、违反其被认为是非法的或无效的。1787年通过的《美国宪法》是世界上第一部成文宪法,首次将宪法章典化为在权威和效力上高出其他法律的根本法律。成文宪法促使融合自然法、普通法、习惯宪法、社会契约的根本法演变为具有最高法律效力的实证法;成文宪法意味着对根本法的探寻必须直接或间接源自宪法文本,自然法的理念仅限于宪法规定的内容,普通法思想或习惯宪法必须是包含在宪法中的原则。所以,与英国相反,美国宪法是成文的、确定的,高级法(根本法)那种抽象的、变动的、不确定的、道德式的约束力通过成文宪法获得了最高的形式规范力。^[44]

[39] See Sylvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, 1990, p. 5.

[40] See Larry Kramer, *The People: Themselves Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004, pp. 43-44, p. 10, p. 31.

[41] Giddings v. Browne (1657), as reported in 2 Hutchinson Papers I.

[42] Calder v. Bull, 3 U. S. (3 Dall.) 386, 389 (1798).

[43] See Larry Kramer, *The People: Themselves Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004, p. 15.

[44] See Edward S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, Cornell University Press, 1956, p. 93.

美国对根本法和一般法的关系论证虽延续自然法、习惯宪法、普通法的“非实证主义”路线,但始终尽可能设定在意志关系或实证法秩序范围之内,不管是早期那种基于“同意”和“规定”的意志要素,还是成文宪法通过后的文本实践。

2. 宪法是优于一般法的“根本一般法”

虽然在殖民地时期存在将根本法理解为可进入司法领域的法律,但这并不是普遍性见解。1787 年美国宪法虽是实证法,但一开始不被理解成属于能为司法权所适用和解释的法律。宪法作为法律乃针对政治,是“政—法”(political-law)结构,和一般法存在区别。美国宪法并没有发挥出优于一般法的形式优位性,而是借助自然法、普通法的相关原理予以论证。直到 1803 年的“马伯里诉麦迪逊案”,成文宪法才转变为国家的“最高一般法”。^[45]换言之,在“马伯里诉麦迪逊案”,宪法才终于完成了“法律化”(legalization),从而超越了占主导地位的政治与公法属性,而演变为国家的根本一般法。^[46]宪法的法律化是将宪法纳入一般法体系之中,接着区分根本一般法和一般法。宪法和一般法具有了某种同质性,可在一般法的范畴内产生规范间的联结。法律化后的美国宪法构成了国家法律框架的基础,在实证法秩序中是优位的、至高无上的法律,其权威、尊严与效力高于其他任何法律。

在美国,宪法是优于一般法的“根本一般法”包含两层次的内容:首先,宪法是一般法(Constitution as ordinary law),宪法具有一般法的法律属性和拘束效力;其次,宪法是根本的或更高级的一般法(higher form of ordinary law),此时宪法是以 fundamental law、paramount law、supreme law、first law of the land 等面目出现的。作为美国成文宪法背景的高级法、根本法、普通法等是一种前宪法规则体(pre-constitutional rules),构成了美国的不成文宪法(元宪法),不仅包括规定国家最高法的实体内容的规则,还包括阐明和确定该最高法含义的方法的规则。^[47]宪法作为根本一般法使宪法成为议会法秩序的构成要素:任何一般性法案均以符合宪法的方式创造;立法机关不能以一般性法案的方式去修改它;宪法控制任何与其相违背的立法法案,与宪法相抵触的一般性立法法案是无效的;宪法可废止法律规范位阶内的下级法,包括立法者制定的一般法。^[48]基于宪法的根本一般法属性,其他法律违宪是因它与最高成文法律相悖,是一种实证法意义上的规范抵触。

3. 制宪权和立法权的严格区分

由于制宪权和宪定权的区分,美国宪法并没有确立立法主权,而是赋予高级法或根本法全新的有效性,即源于主权人民制定的法规的有效性。作为高级法或根本法实证化定在的宪法是立法的正当性来源:宪法是由人民制定的、体现了人民意志的最高实证法律,

[45] See Sylvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, 1990, pp. 3-4.

[46] See Sylvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, 1990, p. 8.

[47] See Akhil Reed Amar, *America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By*, Basic Books, 2012, p. ix-xiii; Larry Alexander ed., *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, 1988, pp. 2-3.

[48] See Alexander Hamilton, A View of the Constitution of the Judicial Department in Relation to the Tenure of Good Behavior, in Lawrence Goldman ed., *The Federalist Papers*, Oxford University Press, 2008, pp. 379-385; *Marbury v. Madison*, 5 U. S. 137 (1803).

具有至上性、根本性、稳定性和确定性。^[49] 具体而言：

在美国,宪法的根本法思想不仅包含宪法作为最高法的形式意涵,还具有实质意涵,其和人民主权相结合,产生了有别于立法权的制宪权理念。“马伯里诉麦迪逊案”确立了宪法是人民基于制宪权制定的优于议会立法的最高一般法。美国的成文宪法确认并限制了最高主权,立法机关作为宪定性机关,不享有等置于人民主权的立法主权,其权力和权威皆源于宪法。制宪权是始源性权力,立法权是受委托的权力(宪定权),作为受委托的权力要服从于委托的始源性权力。作为宪定权的立法权是宪法的创造物,受宪法限制并由其定义。受委托者(立法机关)的意志是被委托的权力的表达,而宪法是人民意志的直接表达,这意味具有民主正当性基础的一般法仍要服从宪法的人民意志。^[50] 当然,宪法并不是单纯人民意志的决断,而是人民透过宪法对立法权的明确表达以确保立法符合自然正义的要求,保护个人权利免遭立法权的侵犯。^[51] 立法权是在严格区分制宪权和宪定权的基础上予以制度化的。

综上所述,在英宪历史中,根本法优位和议会至上之间存在内在的张力,如何通过更高的法限制议会主权、如何协调法治(rule of law)与民主是建构宪法(根本法)与一般法关系命题的难题所在。英宪中存在一种比立法者意志更高的法、议会制定法要符合更高的法的理念,被美国及二战后的许多国家所借鉴。美国的根本法与一般法关系的三重维度为宪法和一般法的关系探讨奠定了命题建构的基础:宪法作为根本法或更高的法的属性、宪法作为实证法秩序的最高一般法属性赋予了宪法实质与形式的双重至上性;根本法须和立宪主义、人民主权(制宪权)相关联;制宪权和立法权(宪定权)在制度上和程序上的区分、立法权从属于制宪权的确立是宪法优于一般法的必要条件;宪法的刚性修改程序是宪法区分于一般法的显著标志。

三 宪法和一般法关系命题的虚化： 立法主权对根本法思想的悖反

与英美的根本法思想不同的是,16-17世纪的欧陆各国虽也强调人定法或君主受更高的法之拘束,但并无根本法优于议会制定法的理念,且“更高的法”最终为君主或议会制定的形式法律所定义。经历18世纪启蒙运动而破除君权绝对主义后的欧陆各国大体是议会立法型国家。议会立法型国家既反对法的二元论,也不主张宪法是更高的法,其是以立法权优越和形式法律概念为基础的国家形态。^[52] 本文以德法两个代表性国家加以说明。

[49] See Edward S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, Cornell University Press, 1956, pp. 4-5, 89.

[50] *Marbury v. Madison*, 5 U. S. 137 (1803).

[51] See James Iredell, *To the Public*, in Griffith J. McRee ed., *Life and Correspondence of James Iredell: One of the Associate Justices of the Supreme Court of the United States*, Vol. 2, D. Appleton and Company, 1857, pp. 145-146, 172-173.

[52] Vgl. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, 8. Aufl. 2012, S. 7, 19 ff.

(一) 德国 (19-20 世纪初叶): 立法型国家、国家法实证主义与法律统治

1. 立法型国家 (Gesetzgebungsstaat)

19-20 世纪初叶的德国,其国家形态是“立法型国家”。此时期德国所建立的民主并没有解放个人,而是赋予整个政治秩序不同的形态。民主并没有废除个人在与国家关系中的分类和从属地位,而只是废除了国家对君主个人意志的服从。取而代之的“人民”不是作为具体个体的总和、不是作为凝结全部个体的意志,而是作为公意的理想整体。民主的目标不是个人的权利,而是国家意志与人民意志的一致性。因民主已经用人民或其代表通过的一般法取代了君主意志,法律是作为比个人意志更高的理想单位的公意。议会立法是国家统治的媒介,国家对法律的服从、法律与人民意志的一致性是议会法治国的核心。^[53] 此时德国的议会民主制强调议会意志等同于人民意志。

立法型国家描述的是某种特殊政治共同体类型,强调议会所制定的规范是共同体意志最高且决定性的表达。在国家权力序列中,立法权是绝对的和不受限制的,形式意义上的法律只有是在议会参与下通过的决议才有效。法等于法律,法律等于议会参与制定的国家法规。宪法概念本质上是政治概念(宪法≠法)。原则上,议会立法型国家的成文宪法必须限于组织性和程序性的规定,因为只有普通立法机关保留法制定的实质垄断权。^[54] 在议会立法国,纯粹封闭的规范性宪法系统是不可能存在的,宪法须服从于政治决断,规范性的法律秩序只有同实存的政治统一体和秩序的整体状态相一致才有效力。所谓的根本法不能从价值或规范内容的正当与否加以判断,而应从实证的意义加以理解。根本法作为政治统一体和整体秩序的终极统一原则,并不是一项法律规范,而是关于宪法本质内容的政治决断。^[55] 立法型国家只有制宪权和宪定权的名义区分,实践中不存在立法权受制于制宪权和宪法的前提预设,宪法是处于法秩序之外的政治规约或政治道德,对立法并无实质的拘束效力。

2. 国家法实证主义 (staatsrechtlicher Positivismus)

随着民族国家的形成和相关国家法的通过,19 世纪下半叶的德国迎来了法学方法上的转变。从宪法文本来看,普鲁士宪法和德意志帝国宪法均未对法律进行定义,而是以议会制定法为前提,立法不是宪法政治问题而是纯形式法律问题:法律命题(法规)的内容和范围在很大程度上决定了法律概念和立法权。^[56] 这时期的德国法律体系是在议会制定法的基础上进行概念上的形式构建,宪法既不是议会式法秩序的构成要素,也不是优于一般法的规范体系。这时期的德国秉持一种实证主义的法律观,即国家法实证主义。

国家法实证主义主张在既定的概念体系内对法科学作逻辑形式分析,意图排除政治、社会、哲学等非规范性要素对法律的影响,拒绝任何价值判断。国家法实证主义试图用“纯法的”与政治上中立的术语,在君主官僚军事国和市民宪法国之间建立起二分秩序。

[53] Vgl. Henke, Das subjektives Öffentliches Recht, 1968, S. 41-43.

[54] Vgl. Schmitt, Legalität und Legitimität, 8. Aufl. 2012, S. 7 ff., 19 ff., 26 ff.

[55] Vgl. Schmitt, Verfassungslehre, 11. Aufl. 2017, S. 3-43, 87-91.

[56] Vgl. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt: Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, 2. Aufl. 1981, S. 226 ff.

国家法实证主义倾向在意志关系的基础上对所有涉及宪法的国家法学说作逻辑形式处理,无论是国家和社会的法分配还是实质法治国的实现,均非国家法实证主义的焦点。国家法实证主义并不认同宪法具有更高权威,宪法和一般法均源于主权者意志,都是国家的意志行为,具有同等法律效力,故需要用纯粹的形式法律来解决国家法问题。^[57] 19世纪的德国君主立宪制就其形式法律概念而言,唯有国民议会参与的才能被认定为法律并且只有这种法律才是本质性的、概念定义性的。国家法实证主义秉持法一元论:立法型国家只能有一种法律概念、一个立法者、一个立法程序。^[58] 国家法实证主义主张政治的宪法观,认为规范国家政治的整体生活的法律就是宪法。宪法是一个国家的实际权力对比关系,是有关政治动态的基本秩序。宪法是实证宪法,议会和政党对宪法实施不仅具有决定性作用,还是真正意义上的塑造者和改变者。^[59] 国家法实证主义反对宪法是更高的法。

3. 法律统治(Herrschaft des Gesetzes)

立法型国家本质上是基于法律统治的“法律国”(Gesetzesstaat)。立法型国家时期的德国即秉持法律统治。^[60] 从宪法和立法权、法律的关系来看,立法权至上、法律统治是立法型国家定义法治国家之宪法的先决要素。法律统治强调不管是在法律体系的科学意义上,还是作为自由的保障媒介上,议会制定的所有形式法律在国家生活中均具有支配地位。^[61] 从议会和其他主体的关系来看,法律统治表现为“合法律性”(Legalität)。合法律性与19世纪以来的法律概念紧密相关,法律概念的合理化与合法律性概念的形式化相对应,以合法律性为基础的立法型国家其实就是其他主体受制于议会制定的形式法律的法律国。^[62] 合法律性强调形式法律在国家治理中拥有至上权威。

基于法律统治的设定,施塔尔将立法定义为法律原则的确立。施塔尔所称法律原则是关于内容的,即在国家生活中和行使国家权力时所依据的原则。在施塔尔看来,立法权是一体的、具有决定性的法律地位,立法者通过立法权所定之法律是国家伦理的象征,是具有一般性和永久性的理性规则。故而,施塔尔并未区分宪法和一般法,而着重强调但凡关涉国家共同体之宪法秩序和生活秩序的、凡事关公民与国家以及公民之间关系之确立的,都属于立法权的范围。^[63] 施塔尔的见解为法律统治的有力注脚。“法律统治”及“所有国家行为的合法律性原则”是议会立法型国家的规范性要素。为此,宪法“法律化”(Vergesetzlichung)乃宪法具有适用性的前提条件。“法律化”不是指将宪法当作法律看

[57] Vgl. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt: Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, 2. Aufl. 1981, S. 226 ff.; Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 2: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914, 1992, S. 330–347.

[58] Vgl. Schmitt, Legalität und Legitimität, 8. Aufl. 2012, S. 27.

[59] Vgl. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl. 1994, S. 187.

[60] Vgl. Schmitt, Verfassungslehre, 11. Aufl. 2017, S. 138 ff.

[61] Vgl. Schmitt, Legalität und Legitimität, 8. Aufl. 2012, S. 19.

[62] Vgl. Kirchheimer, Legalität und Legitimität, in: Buchstein (Hrsg.), Gesammelte Schriften, Band 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik, 2017, S. 378 ff.

[63] Vgl. Stahl, Die Philosophie des Rechts, Band 2/2, 2. Aufl. 1846, S. 166–172; Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt: Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, 2. Aufl. 1981, S. 172–173.

待,而是指宪法内容需要转化为议会制定法才有拘束力,宪法内涵会由于议会的法律而发生实质性变动。宪法并不是作为具有拘束效力的解释准则,而是在体系解释的意义上作为一般法的补充规范。^[64] 虽然在魏玛宪法时期,宪法具备作为审查准则和有拘束力之解释准则的部分功能,但宪法对立法者而言只是方针条款,宪法的规范力需经由议会形式法律的转化。

(二) 法国(1789-1946年):立法主权、法律中心主义与法律屏障

作为高级法或最高法的根本法虽被喻为“法律之母”(mère des lois),但在君权绝对主义时期及议会至上时期的法国,宪法(根本法)并不优于一般法。

1. 法国的根本法不具有高级法属性

早在 14 世纪,法国就存在国家根本法律和国王的法律之区分,以自然、理性等为基础的国家根本法律高于国王的法律。到 16 世纪的法兰西王国,高于一般法(loi ordinaire)的根本法(loi fondamentale)有多种表达,其被称为宪法、组织法、元始法、永久法、不可变更的法律、不可动摇的法律、不可消灭的法律等。这些称呼所表征的根本法意在确定君主的“合法意志”(volonté légale)，“合法意志”是宪法授予和承认君主可以支配的权力和能力领域。国王行使最高立法权受到国家的根本法之限制。^[65] 16 世纪著名法国法学家卢瓦瑟对此明确指出，“根本法就是因为要严厉限制国王权力而设的。”^[66] 不过在实践中,却是国王享有不受限制的最高权力占据主导地位。16 世纪政治思想家博丹对此论证出了一种国家主权学说,认为国家存在一种永恒的、绝对的、不受任何限制和法律约束的最高权力。这个最高权力属于国王,国家的法律只能是主权者即君主的命令。在此意义上,王国的根本法是国王赐予的,按国王意志制定而成,目的是维护国王权力。^[67] 国王没有也不会时时遵守国家的根本法,在 17 世纪君主政体专制的顶峰时期,国家的根本法已几近废止。^[68] 但不管怎样,限制王权的思想在大革命前就已出现。

大革命后,启蒙思想家并不赞成保守派主张在修改法兰西王国根本法的基础上制定宪法,而主张制定一部合乎理性、承认公民权利和消灭特权阶级的新宪法。虽然法国大革命时期形成了不同思潮,但法律是基于人民主权的公意的体现为历代宪法所确认。尽管现代宪法理念起源于法国大革命,但由于恪守法律是公意的体现,破除君权绝对主义后的法国并没有确立优于一般法的根本法理念。^[69] 相反,大革命后的法国确立了立法主权并形成了法律(立法)中心主义与法律屏障理论。

2. 立法主权(sovèreign législateur)

1789-1946 年的历部法国宪法对立法权都未有任何实质性的禁令和限制,大致处于

[64] Vgl. Heun, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, 2002, S. 95 ff.

[65] See J. Homer Reed, Constitutional Theories in France in the Seventeenth and Eighteenth Centuries, 21 *Political Science Quarterly* 4, 639, 646-651 (1906); 参见[美]迦纳著:《政治科学与政府·政府论》,林昌恒译,东方出版社 2014 年版,第 186-187 页。

[66] 转引自[美]迦纳著:《政治科学与政府·政府论》,林昌恒译,东方出版社 2014 年版,第 186 页。

[67] 参见洪波著:《法国政治制度变迁》,中国社会科学出版社 1993 年版,第 7 页、第 41 页。

[68] 参见[美]迦纳著:《政治科学与政府·政府论》,林昌恒译,东方出版社 2014 年版,第 187 页。

[69] 参见洪波著:《法国政治制度变迁》,中国社会科学出版社 1993 年版,第 44-112 页。

一个立法主权(sov^{er}ei^gn législateur)时期。^[70] 1789年6月17日,第三等级代表单独组成国民议会,声明立法权不可分。在同年7月9日,国民议会改为制宪会议,把制定宪法作为首要任务。《八月法令》和《人权和公民权宣言》奠定了法国宪法的实践与理论基础,并使制宪会议的制宪指导思想发生了根本变化。颇具戏剧性的是,这两个法案因不是制宪会议制定后经国王批准,而是由议会予以制定颁布,以致于抛弃了宪法是国民同国王之间订立的一项契约的思想,转向为宪法应由议会通过并予以公布和执行。^[71] 相应地,破除了君权绝对主义的法国并未改变主权归属的单一性,原先属于国王的那种永恒的、绝对的、不受任何限制和法律约束的最高权力转移到议会,即议会主权。议会主权既是不可转让的和不可分割的,也是永恒的、绝对的、神圣的、不可侵犯的。^[72] 1789年以来的法国议会在绝大部分时期扮演权力中枢的角色,形成了议会至上。议会至上包含一种位阶性的权力结构:在表示和执行国家意志的诸权力当中,立法权被赋予最高的支配性地位,即立法权表征国家意志、法律意志等同于人民意志。

立法主权同样意味着制宪权和立法权的区分流于形式。虽然西耶斯在18世纪已经在制度和程序上区分了制宪权(pouvoir constituant)和宪定权(pouvoir constitué),但宪法作为可以拘束立法权的法律性文件,直到第五共和国才完成。^[73] 1789年的法国议会在起草人权和公民权宣言草案时,在第31条强调:“宪法与法律不同。宪法只能由制宪权、亦即国民自身或者受国民特别委任的代表团体予以确定、变更、修改。立法是由宪法所创造的权力,即国民任命的代表,在宪法确定的期间里,根据宪法确定的形式来行使的。”^[74] 遗憾的是,制宪权和宪定权的区分并未在1789年8月26日颁布的《人权和公民权宣言》中保留下来。立法主权时期的法国,宪法和一般法、制宪权与立法权只有名义上的区分,立法主权时期的法国历部宪法实际上都确立了立法权的优位性,立法权是国家最高权力。

3. 法律中心主义(légicentrisme)和法律屏障(loi-écran)

1789-1946年的法国大体遵循法律中心主义,这源于法律(loi)是公意的表达。法国大革命后所建立的民主是议会民主,议会的意志直接等同于主权人民的意志,法律优位是对国民主权的规范表达。^[75] 法律中心主义是法国宪制的核心,基本权利保护和良善政府的原则是政治义务的范畴,基本权利不具有反抗议会的法律执行力。人权的保障和限制完全依赖于主权者的意志,属议会的法律主权(sovereignty of loi)问题。^[76] 宪法仅是对立

[70] See Arthur Taylor von Mehren & James Gordley, *The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law*, 2nd ed., Little, Brown and Company, 1977, pp. 246-247.

[71] 参见洪波著:《法国政治制度变迁》,中国社会科学出版社1993年版,第124-126页。

[72] See H. S. Jones, *The French State in Question: Public Law and Political Argument in the Third Republic*, Cambridge University Press, 1993, p. 68.

[73] Vgl. Heun, *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, 2002, S. 100-108.

[74] 转引自[日]芦部信喜著:《制宪权》,王贵松译,中国政法大学出版社2012年版,第14页。

[75] 参见[法]法布里斯·乌尔克比著:《法律合宪性审查的产生与司法权的虚弱性》,王建学译,载[法]费迪南德·梅兰-苏克拉马尼昂、韩大元主编:《中国与法国的合宪性审查》,知识产权出版社2018年版,第1-3页。

[76] See H. S. Jones, *The French State in Question: Public Law and Political Argument in the Third Republic*, Cambridge University Press, 1993, p. 105.

法施加的道德限制或道德义务,宪法规定的自由应理解为一种原则性宣示,其法律效力的发挥需“loi”的具体化。^[77] 1789 年《人权和公民权宣言》第 6 条在文本上确认了法律是公意的表达,这被解释为议会颁行的法律享有主权意志的表达。1791 年法国宪法第 2 章第 1 节第 3 条规定在法国没有比法律的权力更高的权力。议会制定的法律具有至上性大体被之后的法国各部宪法所继承。^[78] 基于法律中心主义,文本上具有优先性的宪法可通过“loi”而被实质性修改,宪法不过是为“loi”的制定提供组织和程序上的形式合法性基础。

立法主权时期的法国,分权的确立与权利的保障为体现公意的 loi(法律)所支配。与议会立法国时期德国那种基于法律统治的合法律性体制相似,立法主权时期的法国也确立了“立宪制的合法律性”(légimité constitutionnelle)。如 1875 年法国宪法其实就是只包含组织规范而无任何实质法律规定的组织法,这在很大程度上促进了形成合法律性概念基础的形式化过程。1875 年法国宪法只对民主议会的主权设置了毫无实质性妨碍的权能边界,议会制定的法律在政治运行中不会受到任何宪法审查。“立宪制的合法律性”也明确了所有国家行为的合法律性原则,法国称为法律屏障(loi-écran)或立法屏障(1' écran législatif)。法律屏障强调议会制定的法律充当了宪法与法规或行政行为、宪法与法官之间的障蔽,法律是宪法进入法秩序不可逾越的屏障。法治仅仅涉及行政和公民服从于议会制定的法律,而不涉及对议会权力的宪法限制。^[79] 法律屏障或立法屏障使宪法价值无法进入议会法秩序,一般法秩序的宪法化无从谈起。

四 宪法和一般法关系命题的当代表达:规范构造与意义启示

如上所述,在德法那种议会至上、立法主权和实证主义的法律观下,法律统治和法权秩序的合法性不过是法治的苍白镜像。法律在合宪性的名义下可不受限地规定任何事,无须顾及宪法是最高一般规范的表达、法与正义的关系,最终沦为法律的专制。^[80] 基于对绝对法律实证主义的反思,“法”的二元论和美国那种形式和实质并重的宪法优位思想为二战后的欧陆国家所遵承,进而影响其他法治后进国家。二战后,宪法和一般法关系命题在许多国家具有趋同性,拥有普遍性的命题表达,可在规范构造和意义启示两方面进行叙述。

(一) 规范构造

基于“法”二元论的宪法和一般法确认了位阶性的法律概念,宪法作为法秩序的最高规范,构成了确认议会制定法的标准,限制了议会对一般规范的创制。宪法和一般法关系的规范构造是阶层的判断:首先判断制宪意志与更高的法对宪法的影响;其次判断具有形

[77] Vgl. Heun, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, 2002, S. 100-108.

[78] Vgl. Kirchheimer, Legalität und Legitimität, in: Buchstein (Hrsg.), Gesammelte Schriften, Band 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik, 2017, S. 378 ff.; See John Bell, *French Constitutional Law*, Clarendon Press, 1992, p. 80.

[79] 参见高婧:《法国事后违宪审查研究》,中国人民大学 2011 年硕士学位论文,第 11-12 页;王芳蕾:《论法国的违宪审查程序》,《财经法学》2017 年第 4 期,第 140-141 页。

[80] 这种宪法是“语义宪法”。See Karl Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, University of Chicago Press, 1957, pp. 149-150.

式和实质双重优位性的宪法对一般法的影响。“法”二元论下的宪法具有双重合法性基础：一是遵循事实产生法的原则，宪法是制宪的产物；二是宪法不能仅理解为主权者的决断，否则宪法将为立法者所定义，最终沦为立法至上的制定法实证主义，相反，宪法应理解为更高的法的实证化定在，宪法应被认定为独立于主权者意志的理性和正义的体系。宪法和一般法的关系命题具有形式和实质的双重规范构造：从形式角度看，宪法是规范命题而非对特定政治事实的陈述，具有和一般法相似的规范力，对立法者的规范创制具有约束力和强制力，是一般法的制定依据和权限来源；从实质角度看，宪法的基本价值决定是支撑一般法正当性更高层次的应然，立法机关对一般规范的形成须服从于宪法的规定性价值判断。宪法和一般法关系命题之阶层化、形式和实质双重涵括的规范构造既始终体现在美国宪法的理论与实践之中，也体现在二战后德、法、英等国的宪法理论与实践之中。

1. 德国(1949年迄今)：宪法具有形式和实质的双重规范力

对制定法实证主义的反思构成了战后德国的共识。德国联邦宪法法院在针对几个发生于纳粹时期的判决中指出，法与正义不能由立法者随意处置。制宪者可依其意志制定出任何规定的想法其实已倒退至价值无涉的制定法实证主义之境地。立法者制定的法律并非是不受质疑的，纳粹德国已经证明了立法者完全可能制定出非正义的法律。立法者制定的法律规定若与司法的基本原则相抵触或与正义的矛盾已达到不能容忍的程度，须一开始就视为无效。从宪法的合法性来源来看，人的尊严与人权保障是宪法秩序正当性基础所在，如果宪法规范从根本上无视正义的基本假设（即宪法本身的基本决定），本身可能无效。^[81] 德国联邦宪法法院的反思包含三层内容：法律并非全由立法者所决断，也必须符合“正义”；宪法不能只由制宪者所决断，否则将陷入制定法实证主义之泥潭；确保法律符合“正义”的宪法是避免法律走进极端制定法实证主义的防护罩。

德国联邦宪法法院这种非实证主义或者说自然法式的合法性论证方法，与战后德国宪法的实质化是对应存在的。因自然法的正义内容已经被纳入战后德国的宪法体系之中，宪法在整体法秩序的展开不仅源于基本权利的直接规范力，也是对合目的性、合乎基本权利价值决定（正义）的实践。宪法不再是纲领性、政策性的政治宣言，而是具有至上性、拘束力的规范体系。基本权利不仅体现为防御权，还是一套价值化、客观化的规范体系，即价值、利益或文化的体系。^[82] 德国基本法具有形式和实质的双重优位性，宪法下的一般法除满足形式法治外还需具备实质法治要素。

2. 法国(1958年迄今)：“宪法团”赋予宪法双重优位性

法兰西第四共和国宪法对自1789以来的立法中心主义做了限制，并在第五共和国宪法得到进一步明确。法兰西第五共和国宪法在“loi”基础上区分了宪法和一般法，宪法最终被赋予loi的属性。法国宪法自此不再是政治宣言或外加于立法者的政治道德，而是宪法性法律或国家根本性法律。1971年之前，第五共和国宪法是唯一具有宪法价值的文本，在宪法

[81] BVerfGE 3, 225, 231 ff.; BVerfGE 23, 98, 106.

[82] Vgl. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl. 1994, S. 264.

委员会于 1971 年“结社自由案”引入“宪法团”(bloc de constitutionnalité)后,宪法逐渐演变为形式与实质交织的集合性规范体系。“结社自由案”使宪法委员会能够参照第五共和国宪法以外具有宪法效力的其他法律和原则,赋予它们与第五共和国宪法同等的地位。“宪法团”不仅包括形式上的宪法典(第五共和国宪法),还包括被宪法委员会认定的实质上具有宪法位阶的规范体系。^[83]“宪法团”位于规范等级的顶端,“宪法团”、一般法、行政法规之间是层级化的构造(hiérarchie des normes)。“宪法团”的任何构成部分在其实施中均具有同等价值,议会立法不仅受到形式意义上的最高成文法律(即第五共和国宪法)的限制,还受到实质意义上充当最高法的其他宪法价值体系的限制。^[84]藉助宪法团对一般法的形式与实质的双重限制,法兰西第五共和国宪法发挥了作为法秩序构成规范和审查规范的功能,形成了基本权利保护的法律框架,确保了宪法之于一般法的至上地位。

3. 英国(1972 年迄今):集合意义上的“宪法”具有双重优位性

英国自 1972 年制定《欧洲共同体法》确认加入欧共体后,议会制定法逐渐受到更高法律秩序(相关欧盟法)的约束。受欧共体相关法律和欧洲人权公约的影响,英国也逐渐确认集合意义上的“宪法”相对于议会的一般性制定法的双重优位性。英国自 20 世纪 70 年代以来兴起了一波被称为“普通法立宪主义”的浪潮。普通法立宪主义重申普通法优于议会制定法,致力于通过挖掘普通法中的宪法原则、法治原则、包含个人自治的根本权利、基本的实质性价值等来限制议会主权,从而克服议会制定法主义和形式合法性存在的问题。^[85]1998 年《人权法案》规定议会的初级立法或次级立法不得与公约权利相抵触。英国虽仍无制宪权和宪定权的区分,但《人权法案》肯定了议会制定法内部存在位阶之分,议会制定法(一般性制定法)在国内法层面受到更高的议会制定法(宪法性制定法)的限制。基于议会主权的议会式法秩序逐渐向制定法式宪法秩序(宪法性制定法面向)、普通法式宪法秩序(普通法面向)、公约权利式宪法秩序(公约权利面向)过渡。在索伯恩诉桑德市案(Thoburn v. Sunderland City Council)中,法官就指出普通法应该承认不同的议会法案存在位阶秩序,即议会法案存在宪法性制定法(constitutional statutes)与一般性制定法(ordinary statutes)的区分,宪法性制定法高于一般性制定法,宪法性制定法不能被一般性制定法废止。^[86]惟宪法式法秩序和权利式法秩序并不是绝对优位,议会对一般制定法的有效性仍享有终局决定权。纵使如此,英国也大体肯认集合意义上的“宪法”之于一般性制定法具有形式和实质的双重优位性。

(二)意义启示

由古希腊伊始至今的变迁脉络中可知,“法”一元论与“法”二元论是勘破宪法和一般

[83] « Le bloc de constitutionnalité - Définition, composition, contenu », 9 juin 2021, [<https://www.doc-du-juriste.com/blog/conseils-juridiques/bloc-constitutionnalite-definition-composition-contenu-09-06-2021.html>], 最近访问时间 [2023-01-10]。« Qu'est-ce que le bloc de constitutionnalité ? », 28 juillet 2020, [<https://www.vie-publique.fr/fiches/275483-quest-ce-que-le-bloc-de-constitutionnalite>], 最近访问时间 [2023-01-10]。

[84] See John Bell, *French Constitutional Law*, Clarendon Press, 1992, p. 9.

[85] See T. R. S. Allan, *Constitutional Dialogue and the Justification of Judicial Review*, 23 *Oxford Journal of Legal Studies* 563, 563-584 (2003); Thomas Poole, *Questioning Common Law Constitutionalism*, 25 *Legal Study* 142, 142-163 (2005).

[86] *Thoburn v Sunderland City Council* [2003] QB 151 [62].

法关系命题的核心。“法”一元论将法定义为只能是由议会制定的形式法律,既忽视了基于制宪权的宪法规定同样是一般规范,也阻断了法律与法的规范性联结,被证明不符合现代法治的要求。许多法哲学家致力方法的纯粹性和本质认定的单一性,而拒绝接受宪法和一般法关系的多重性。这在概念命题上虽可成立,但在实践中则捉襟见肘。“法”二元论下的宪法和一般法因兼具形式与实质的双重关系面向,之于理论与实践更为可取。相应地,宪法和一般法的关系呈现出一种形式与实质并重的双重命题构造论。我国学者在论述宪法和一般法关系时较侧重二者在效力位阶、制定与修改程序上的形式不同,疏漏了宪法和一般法关系的实质面向。其实,我国现行宪法亦是集合性的、多面性的体系化构造。

现行宪法既是国家意志的最高表现形式,也是国家布最大的公信于天下。我国现行宪法不仅是形式化规范体系,还是一套包含社会主义立宪原理的实质化规范体系。可以说,现行宪法已经以国家根本法和最高法的方式规定了社会主义法秩序的基本价值,立法者必须通过法律具体化宪法的价值决定。现行宪法不仅是法律体系的效力来源,也是决定法律规范内容的实质性与伦理性标准。宪法对一般法的控制包括形式和实质的双重面向:形式面向是将宪法的规范性要求(客观当为)作为认识范畴,包括授权关系、意志关系以及其他规范间的逻辑关系等;实质面向体现为一种意义联结关系,包括规范内容确定和法律体系的评价统一,立法者的规范创制活动必须始终受到我国现行宪法基本价值秩序的限制。当然,宪法和一般法关系构造并非单边从属关系,而是包含诸多决定性要素的、复杂的关系构造。宪法和一般法关系构造除具体化关系、规范效力之条件与毁损关系等表现外,还包括基于事务本质的意义关联关系、交互影响关系等。

此外,宪法和一般法具有语词的复合性:宪+法、一般+法,这一方面说明宪法和一般法的关系是在法维度内展开的,具有同质性命题;一方面表明宪法和一般法存在异质性领域,不能将二者等同视之。相较于宪法和法律、宪法和部门法等表述,唯有宪法和一般法才能传达出二者的同质性和异质性双重关系。同质性命题意味着宪法作为“法”可以影响并控制立法者对一般法的创制;异质性命题意味着宪法对一般法的影响必须顾及不同法领域的独特性与自足性,在尊重立法者之规范形成自由的基础上妥善处置并协调一般法的宪法化与一般法自主领域之间的张力。一般法秩序宪法化所强调的是,国家可凭藉宪法之于整体法秩序的价值决定来处理不同法律部门之间的冲突与协调性问题,在宪法统摄下通过法律系统内部的转介机制(如通行于整体法秩序的法律原理、一般性法律原则、概括条款、不确定法律概念等)而为整体法秩序的协调性和一致性问题提供解释方案。^[87] 包括宪法在内的不同法律部门均有特定的规范领域、独立且封闭的运作系统,作为最高法的宪法对普通部门法的规范控制和内容确定,乃从宪法作为法秩序构成要素的角度分析立法者是否承担诸如维护社会主义法制统一和尊严、尊重和保障人权等宪法实施义务,是否存在由于立法活动而造成对合宪法秩序的损害,并非简单化为“总—分”与“母—子”的关系命题。

[87] 也有学者认为,这是宪法对普通部门法的外部观察。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52-56页。

五 结 语

从对宪法和一般法关系命题的观念溯源与当代表达之考察中可发现,如何通过“更高的法”规范立法权问题,始终伴随人类社会的历史进程。早期是诉诸人定法外的自然法来限制立法权,及至社会契约论、立宪主义、人民主权(制宪权)等观念兴起,人类社会开始将法秩序外的“更高的法”实定化为最高实证规范。在立法主权时期,立法权虽由宪法构成,但无法对立法权形成有效控制。基于对立立法主权的反思,许多国家认识到惟有依靠“更高的法”与宪法的内在关联性以及宪法对一般法形式与实质的双重规范力,立法权才能真正为宪法所涵括与限制。

实证意义上的根本法以法律命令之最高形式为其本质,而基于“更高的法”的根本法以公民个人尊严的保障为其本质目的。基于“更高的法”的立宪主义虽声明宪法是实证法,但更强调宪法在终极意义上的合法性基础以人格尊严等根本规范为依据。在被构成性的立法权秩序和法秩序之中,立法合宪性的最低限度是拥有授权基础、不与宪法相抵触。但宪法亦会对一国的议会立法权提出品质性要求:宪法除作为授权法和限权法外,还是一国的根本法和最高法,包含该国立法的根本价值与基本秩序,并形成了可评价该国法律体系是否具有内在一致性和融惯性的价值结构。立法机关对于规范的形成并非自我创造的过程,而是意义发现的过程,必须满足一定的实质标准、服从于宪法的价值判断。位于合宪法秩序中的一般法并非是由立法者意志决断而成的形式法律(权威制定性),而必须包含形式与实质合宪的双重设定。基于规范逻辑主义的宪法形式规范力和基于价值、利益或文化之体系的宪法实质规范力,在二战后各国的宪法体系中被紧密结合起来:一方面通过制宪权和宪定权(立法权)的区分、以宪法为起点的授权体系和法律位阶结构的设置而确保了一般法的形式合宪性(形式规范力),另一方面通过宪法所凝练的价值体系特别是借助基本权利对所有法秩序的放射性效力而确保一般法的实质合宪性(实质规范力)。

宪法和一般法关系命题的构造是阶层的判断,首先是判断制宪者意志以及自然法、普通法、法、根本法等“更高的法”对何谓宪法认知的影响,其次是判断包含形式与实质双重要素、具有“集合性质”的宪法对一般法的影响。宪法和一般法的关系命题可以诠释为:从形式意义的角度看,宪法是国家的根本法、具有最高法律效力,包括两个层次的内容:宪法是一个规范性命题,并非只是对特定政治事实的陈述,具有和一般法相似的“规范力”(normative force),即制定法的形式法律力;宪法的法律地位(legal status)最高,即宪法是法律位阶秩序中的最高法,具有严格的修改程序,是一般法的权限来源和效力依据(形式合宪性)。从实质意义的角度看,宪法作为人民的最高法律具有优先于包括立法权在内的一切国家权力的效力,宪法是为实证论的合法律性秩序提供合法性基础并加以限制的根本规范(实质合宪性)。对宪法和一般法关系的探讨,不能仅仅局限于由意志关系、实证主义法律概念引导下的关系构造,也应关注集合意义上的“宪法”同必须具备形式与实质双重合宪的一般法的关系构造。

[Abstract] Different from the relational expression of “general rules and sub-rules” or “parent law and sub-law”, the relational proposition between constitutional law and general law involves the structure of the relationship between the constitution and the general norms formulated by the legislator. How to understand the constitution and whether and how to limit the creation of general norms by formal law are the core of the relational proposition between constitutional law and general law. From the perspective of the history of ideas, the relationship between constitutional law and general law is based on the dualism of law represented by the relationships between natural law and positive law, between law and statutes, and between fundamental law and general law. The dualism of law is the ideological source of the thought on fundamental law and the theory of constitutional superiority. The modern constitution is the codification and institutionalization of the natural law theory after the rise of popular sovereignty and constitutionalism in the 17th and 18th centuries. In the positive legal order, the dualism of law is manifested in the relationship between the written constitution and legislative statutes and was first practiced in the United Kingdom and the United States. Legislative statutes are inevitably subject to dual, i. e., formal and substantive, restrictions by the fundamental (constitutional) law. During the period of parliamentary legislation, the general laws in continental European countries were created by the formal law, and the relational proposition between the constitutional law and the general law appeared illusory. The parliamentary legislative state opposes the dualism of law but does not advocate that the constitution is a higher law. It is a state form based on the superiority of legislative power and the concept of formal law. After World War II, as a result of the reflections on absolute legal positivism, the dualism of “law” since ancient Greece and the idea of the superiority of constitutional law (fundamental law) that attached equal importance to form and substance in the United States were inherited by European countries and then influenced other latecomers in the development of the rule of law. The relationship between constitutional law and general law is a hierarchical judgment consisting of two levels: at the first level is the judgment of the impact of the will of the framers and higher laws on the cognition of the constitutional law, and at the second level is the judgment of the influence of the constitutional law with formal and substantive superiority on the general law. The relationship between constitutional law and general law is not a unilateral subordination relationship, but a complex relationship structure containing many decisive elements. The structure of the relationship between constitutional law and general law not only includes the relationship of specificity, and the conditions, modification and abolishment of normative validity, but also the relationship of normative association and mutual influence. Although democratic legislature dominates the creation of general norms, general norms are not created by formal law soely, they come from the constitutional order as a whole.
