

宪法和一般法律的关系构造

许瑞超*

内容提要 我国宪法明确宣示其自身为“国家的根本法,具有最高的法律效力”,其逻辑基础在于我国法律体系中宪法和一般法律的二元区分,以及“宪法为高阶、一般法律为低阶”的双阶结构。我国宪法具有效力的最高性与内容的根本性,这为厘清宪法和一般法律的关系构造提供了判断基准。从宪法作为“授权—审查规范”与“实体—内容规范”的双重属性出发,宪法和一般法律的关系构造可概括为规范效力控制和规范内容确定的双重向度。规范效力控制向度对应有效性命题:法秩序是以宪法为构成条件,兼具实证性与正确性,且形式与实质均符合宪法要求的规范秩序。规范内容确定向度关联宪法化命题与具体化命题:前者表现为部门法的合宪性调适及部门法内容的宪法位阶提升;后者表现为各部门法依循宪法规范的逻辑指令,分殊化落实宪法的形式规范力与基本价值决定。宪法并非覆盖所有领域的“全能宪法”,宪法和一般法律关系构造的双重向度的实践推进,需妥善处理宪法至上性和部门法自主性之间的内在关系。

关键词 宪法 一般法律 双重至上性 规范效力控制 规范内容确定
DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2025.06.007

目次

- 一、引言
- 二、宪法和一般法律的关系的界定进路
- 三、规范效力控制向度:有效性命题
- 四、规范内容确定向度:宪法化命题与具体化命题
- 五、结语

* 厦门大学法学院助理教授,法学博士。本文系2024年度国家社科基金青年项目“依宪立法原则下备案审查标准体系化研究”(项目批准号:24CFX003)的阶段性成果。

一、引言

我国《宪法》序言第13自然段明确宣示：“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果，规定了国家的根本制度和根本任务，是国家的根本法，具有最高的法律效力。”这一宣示蕴含双重意涵：一方面，宪法拥有法律形式的规范特征；另一方面，宪法具有根本法地位与最高法律效力。宪法的根本法地位与最高法律效力，逻辑上以法律体系的二元性与双阶性为前提——若无此结构关系，“根本”“最高”便失去参照意义。为与宪法相区分，那些不具备根本法属性、非最高的法律可以被界定为一般法律。二元性与双阶性是对法律体系的结构性描述：二元性侧重强调宪法和一般法律在规范性质上的差异，即二者分属根本法与非根本法范畴；双阶性则指向法律体系在规范效力上必然呈现的两大层级——高阶规范（宪法）与低阶规范（一般法律）。宪法和一般法律的层级秩序表现为决定与被决定的从属关系，其特征不在于效力的单向约束：低阶规范的有效性必须以高阶规范为基准、受高阶规范约束，而非对高阶规范形成反向制约。

法律体系以部门法为构成单元，其二元性与双阶性是界定宪法和部门法关系的逻辑前提。有观点认为，宪法和部门法的关系界定思维，“是以明确效力等级意义上的上位法与下位法的纵向思维，替代并列的、重叠的、模糊的横向思维”，而“在此纵向关系中，最核心的是宪法与各部门法体系中的‘形式法律’（在我国是指全国人大及其常委会制定的法律）之间的关系”，并提出二者存在“法律对宪法的具体化”“法律的合宪性解释”和“法律的合宪性审查”三重关系。⁽¹⁾反对观点提出质疑，认为仅效力维度的审查关系可成立，其理由是：宪法属二阶规则，指向部门法而非人们的行动；部门法属一阶规则，直接规范人们的行动。两类规则的性质关联根植于非内容性的授权关系，“由于授权关系的存在，二阶规则使得它所创设的一阶规则获得了证成”，但“由于二阶规则授权特定的机构来制定一阶规则，这使得被授权者在创设何种内容的一阶规则上拥有最终决定权；除非创设活动超出授权范围，否则并不能基于二阶规则随意取消创设活动的效力”。⁽²⁾在上述两种针锋相对的立场之外，还存在两类中间立场：一类立场认可前述反对观点所持的“作为宪法正当性根据的基础性自由是二阶价值”这一论断，但明确表示：宪法不是客观价值秩序，不积极干预其他法的生成和发展，仅作为立法违宪审查的依据。⁽³⁾另一类立场则尖锐指出，前述反对观点仅从法理学层面阐释宪法性质，存在明显局限，主张结合特定国家的实定法语境展开分析。我国宪法的最高法命题与根本法命题，足以界定宪法和部门法的关系构造。⁽⁴⁾上述各类见解虽论证路径与结论各异，但本质上都是对“宪

(1) 参见张翔：《宪法与部门法的三重关系》，载《中国法律评论》2019年第1期，第27-31页。

(2) 参见陈景辉：《宪法的性质：法律总则还是法律环境？》，载《中外法学》2021年第2期，第288-289、299页。

(3) 参见翟小波：《中立的，还是全面的？——一个关于宪法性质的理论》，载《苏州大学学报（法学版）》2022年第4期，第17、26页。

(4) 参见王荣国：《法理学能回答宪法的性质吗？——与陈景辉教授商榷》，载《苏州大学学报（法学版）》2022年第4期，第37-39页。

法在法律体系中如何定位、部门法应如何与宪法衔接”这一问题的差异化回答。

然而,前述见解不仅忽视了宪法在其自身塑造的法律双层体系中的性质定位,也未关注“宪法性质→宪法规范属性→宪法和部门法关系界定”这一逻辑链条。要准确回应“宪法如何定位、部门法如何衔接”的核心争议,必须先厘清宪法和一般法律的二元性与双阶性的生成逻辑。为此,笔者将从梳理宪法的性质争议出发,厘定宪法和一般法律的二元性与双阶性的理论框架,提炼宪法规范之“授权/审查”与“实体/内容”的双重属性,明确宪法和一般法律的关系构造包含规范效力控制和规范内容确定的双重向度,从而为完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系提供更具针对性的方法指引。

二、宪法和一般法律的关系的界定进路

宪法和一般法律的关系问题,是宪法本体论(即“宪法是什么”)在法秩序中的直接映射。⁽⁵⁾学界围绕“宪法和一般法律是否存在本质区别”及“若存在区别则表现为何”的理论争议,就二者关系界定形成如下进路:一是认为二者同源同质,共享一套理论逻辑;二是喻宪法为“母法”,视部门法为其衍生的“子法”,凸显二者的生成谱系;三是立足宪法的“公法”属性,以约束公权和保障个人自由为意旨,进而界定其与一般法律的关系;四是强调宪法的“根本法”属性,彰显其作为法律体系始源规范的基础地位;五是聚焦宪法的“最高法”属性,通过层级划分构建规范秩序。其中,前三种进路侧重学理判断,后两种进路侧重文本解读。梳理并整合这些界定进路,不仅能厘清宪法和一般法律的性质关联,更能为落定二者的关系构造提供理论指引。

(一) 基于宪法和一般法律“同质性”的关系界定

宪法和一般法律“同质性”的核心主张是:二者无本质差异,同为国家意志的形式化表达,均属主权者意志的产物;宪法只是修改程序更严格,不具备更高规范权威。围绕这一主张,学界形成三种主要见解。第一种见解从立法主权和宪法约束的关系切入,提出我国奉行的民主集中制,不认同“人民的立法主权不是绝对的,而应该受约于作为根本法的宪法”这一论断,而主张“我们的立法机关不但实质上有不受宪法限制的权力,而且该权力恰恰来自宪法”,进而推导出“法律合不合宪法”是无谓的命题。⁽⁶⁾第二种见解认为,宪法和法律具有内在一致性:二者既同为统治阶级意志和利益的集中表现,亦同反映全国人大意志。此见解主张以代议机关为中心的宪法实施机制,这一机制不仅秉持议行合一原则,也延续近代立法中心主义传统:代议机关既主导宪法秩序建构,也借由立法推动宪法实施;其他国家机关作为代议机关的执行机关,核心功能是实施代议机关制

(5) 参见路平新:《论宪法与部门法关系背后的三种“宪法”:以宪法本体论问题为线索》,载《中外法学》2023年第5期,第1345-1347页。

(6) 参见洪世宏:《无所谓合不合宪法:论民主集中制与违宪审查制的矛盾及解决》,载《中外法学》2000年第5期,第602-604页。

定的法律,其中即包含通过具体化宪法形成的法律。⁽⁷⁾第三种见解着眼宪法对法律体系的指引功能,认为宪法对法律体系的塑造,并非依托自身独立的概念体系,而是借助主权者的政治判断来实现;法律体系所需适配的,也不是作为规范体系、具备内在客观价值的“应然宪法”,而是由政治体制、国家结构、实际权力状况等因素决定的“实然宪制”。⁽⁸⁾上述三种见解均隐含同样的逻辑设定:宪法和一般法律的区分仅具形式意义,不存在本质差异。“同质性”的论断实难成立:将宪法和一般法律进行简单地等量齐观的做法,从根本上消解了制宪权(宪法)和立法权(一般法律)的二元双阶关系;而其将宪法仅定位为纲领性、政治性文本的认知,更与宪法的根本法地位和最高法律效力直接相悖。

(二) 基于宪法的“母法”属性的关系界定

宪法作为“母法”,在逻辑上与“子法”形成对应范畴。早在1946年,吴绂征便在《论宪法的目的与功用》一文中引入“母法”概念,明确指出:“宪法是一个国家或政治社会的最高法律,这是说在创设法律规范的过程中,宪法是一切法律的母法,其效力优于一般的普通法律”⁽⁹⁾。吴绂征较早界定了宪法在“母法”定位下的内涵,凸显其作为最高法律与规范本源的地位。新中国成立后,宪法是一切法律的“母法”逐渐成为共识。⁽¹⁰⁾除“母法”外,我国宪法还存在“总纲领”“总章程”“总依据”等性质界定。这些术语均拥有与“母+法”相一致的词组结构,旨在彰显一种统括性、本源性、首要性的规范意蕴。

基于宪法的“母法”属性,宪法和一般法律的关系可提炼为两个层面的规范性表达:其一是形式维度的母法论。在此维度下,宪法是日常立法活动的基础和一切法律的制定依据。宪法和一般法律呈现“源与流”“主与从”“干与枝”的母子衍生逻辑。宪法是规范的源头与主干,一般法律则是从宪法中延伸、派生的规范分支,须依附于宪法的效力框架而存在。其二为实质维度的母法论。在此维度下,宪法的“母法”属性不仅体现为规范位阶确立,更蕴含法律体系的内容要求:宪法或包含任一法领域的实体构成要素,或规定辐射至所有法领域的基本价值决定。宪法作为“母法”的两个维度并非相互割裂,而是存在相互关联、一体共生的关系,“宪法既是立法的根本依据,又赋予立法重要责任”:前者体现为“保证法律法规和制度的合法性、有效性,必须以宪法为根本依据”;后者体现为“宪法中规定了许多重要制度,需要立法落实细化,也有许多条款明确要求或授权法律作出具体规定”。⁽¹¹⁾由此不难发现,将宪法喻作“母法”,其用意并非否定部门法的自主性,而是为了彰显宪法作为诸法共同之法的规范地位:它既是所有法律规范的最终效力来源,也是整体法秩序的基本价值载体。

(7) 参见翟国强:《中国语境下的“宪法实施”:一项概念史的考察》,载《中国法学》2016年第2期,第116-118页。

(8) 参见苏力:《大国宪制:历史中国的制度构成》,北京大学出版社2018年版,第528-552页。

(9) 吴绂征:《论宪法的目的与功用》,载《中华法学杂志》1946年第1期,第15页。

(10) 参见谢维雁:《“母法”观念释读——宪法与法律关系新解》,载《四川大学学报(哲学社会科学版)》2005年第5期,第129-132页。

(11) 参见许安标:《坚持以宪法为根本立法依据》,载《民主与法制》周刊2023年第6/7期,第66页。

（三）基于宪法的“公法”属性的关系界定

宪法作为“公法”，在逻辑上与归属“私法”范畴的民法形成对应关系。针对这一范畴划分，有学者认为作为公法的宪法，不构成作为私法的民法的立法依据，“宪法属于公法范畴，而民法则属于私法范畴。公法和私法作为两类不同性质的法律制度，两者在法律地位和效力是平等的，既无高下优劣之分，也不应当有统率和被统率之分。因此，正确的说法应当是：宪法是公法的基本法，而民法则是私法的基本法”^{〔12〕}。另有学者进一步深化该立场，明确提出：“在市场经济国家的法律体系中，由于承认公法与私法的划分，民法和宪法一样都是国家的基本法，民法绝不是部门法”^{〔13〕}。这意味着，“民法在我们国家发挥着基础性、全局性的作用，而不是发挥着部门法的作用”^{〔14〕}。两位学者的主张，与“宪法是国家根本法”的定位相抵牾。单纯以宪法具有公法属性为由，否定其对私法领域的指导作用，这一论证思路存在明显偏差。事实上，宪法属于公法，是基于其法律属性、相对私法范畴的界定；而宪法是根本法，则是就其在整个法律体系中相对一般法律所做的定位。^{〔15〕}二者分属不同维度的判断，不能混为一谈。

针对这一争议，也有学者提出更为缓和的观点，认为“宪法确立的不仅是框架秩序，更准确地说是公共框架秩序；凡是涉及公共性的立法，立法机关便具有在宪法确立的公共秩序框架内具体化宪法的义务”；并强调，“对于私法而言，只有涉及公权力或者公共利益、具有公共性的规范，才是宪法的具体化”。^{〔16〕}这种缓和观点同样不符合我国宪法的性质定位。我国宪法并非单纯的公法，而是以国家根本法、最高法的形式，集中确认和规定了法律体系的基本价值。我国宪法不仅包含针对国家权力运行的纵向规范，还涵盖调整社会关系、平衡个体自由和社会正义的横向规范。私法领域的立法活动及规范内容设定，应满足双重要求：其涉及公权力衔接、公共性内容的部分，须符合宪法纵向规范的要求；其调整平等主体间民事关系、体现私法属性的部分，须符合宪法横向规范的价值导向。当然，在公私法二分框架下，宪法对公法与私法的约束仍存在显著的原理性差异，需结合各部门法的属性与功能展开差异化实践。

（四）基于宪法的“根本法”属性的关系界定

《宪法》序言第13自然段将宪法界定为“国家的根本法”。关于根本法的内涵及其和一般法律的关系，存在以下三种代表性观点：

其一，“授权性根本法观”主张宪法和一般法律系单一授权关系。此观点认为宪法的根本法属性体现为其是法体系的构成性条件——这一特征仅与授权宪法观相容，而与框架宪法观相悖。与框架宪法观相悖的理由是：该观点预设宪法须具备直接规范人们行

〔12〕 赵万一：《从民法与宪法关系的视角谈我国民法典制订的基本理念和制度架构》，载《中国法学》2006年第1期，第123页。

〔13〕 孙宪忠：《制定民法典的主要难题》，载《法学》2003年第5期，第44页。

〔14〕 孙宪忠：《〈民法总则〉理解与适用的几个问题》，载《产权法治研究》2018年第1期，第3页。

〔15〕 参见夏泽祥：《作为公法与根本法的宪法》，载《法学》2012年第2期，第129页。

〔16〕 参见李海平：《部门法宪法具体化的正当性及类型——与陈景辉教授商榷》，载《中国法律评论》2021年第4期，第136页。

动或作为基本法律框架的属性,而此类内容实为宪法的偶然性表达,不具备普遍构成性意义。与授权宪法观相容的理由是:该观点契合法体系的普遍构成性要求,即宪法能为法体系提供统一的法效力判准。⁽¹⁷⁾但概念分析并不等同于规范释义,倘若一国宪法包含法秩序的基本价值决定,其与一般法律便必然存在效力和内容的双重关联。

其二,“结构性根本法观”主张宪法和一般法律系结构性条件关系。此观点将宪法界定为规定公共生活的基础性规则,而非实体性结果规则,这一界定在立宪和立法的关系中体现为:前者承载程序性价值共识,后者反映实体性价值分歧。基于此区分,此观点认为:“宪法为部门法提供了至关重要的结构性条件,它构造了立法者,但不为立法议题预设答案。部门法则是受特定利益和理由支配而产生的结果”。⁽¹⁸⁾此观点虽承认宪法对法律体系的结构性塑造作用,但不认可宪法拥有对部门法实体内容的调整功能。

其三,“全面性根本法观”主张宪法和一般法律具有效力不抵触与内容具体化的双重关系。此观点将宪法定位为法体系的“总则”,认为其“为整个法体系设定了基本的法秩序框架”。这一定位主要通过两类规范的功能来体现:宪法的边界控制性规范为下位阶部门法设定“不可逾越型框架”,核心是对部门法提出不抵触要求;宪法的内容设定性规范则为下位阶部门法设定“内容填充型框架”,核心是对部门法提出具体化要求。⁽¹⁹⁾在此观点下,根本法具有双重全覆盖特征:其一是领域全覆盖,即所有部门法均受宪法约束;其二是功能全覆盖,涵盖宪法对部门法的效力约束与内容引导。

上述三种观点的分歧,本质是对宪法根本法属性的维度认知差异:前两种观点仅聚焦形式维度(效力判准、结构前提),第三种观点则兼顾形式与实质双重维度。事实上,宪法作为国家的根本法是形式维度和实质维度的统一:前者为法律体系奠定秩序基础,后者为法律体系设定内在价值,二者共同塑造根本法的完整内涵。在形式维度,宪法既是建构国家主权的组织性规则,也是约束国家主权运行的限制性规则;在实质维度,宪法内蕴关乎国家根本秩序与公民基本权利的固有价值。宪法中的根本规范可分为两类:一类是主权构造/限制型根本规范,其功能是授权立法者创设法律规范,同时对该创设行为形成约束;另一类是实体内容型根本规范,其直接影响法律体系的规范内容建构。

(五) 基于宪法的“最高法”属性的关系界定

“具有最高的法律效力”,是宪法区别于其他法律的本质属性。正如有学者所言:“现代宪法所独有的、任何其他法律所不能具有的特殊规范性:最高性,或者说,至上性。”⁽²⁰⁾在基于宪法和一般法律二元性与双阶性所构建的法律体系中,宪法的最高性蕴含构建统一法秩序的体系化功能。“宪法必然拥有的最高法地位,使得它能够与所有其他部门法发生‘性质上’的必然关联。于此不难理解,为何宪法被普遍视为法体系的概念条件:

(17) 参见刘亦艾:《立法为何应当根据宪法?》,载《法学家》2023年第2期,第153-158页。

(18) 参见姜峰:《宪法的结构性与公共审议功能——兼对全能论宪法观的反思》,载《中国法律评论》2020年第6期,第99、100页。

(19) 参见程雪阳:《“宪法是国家的根本法”的规范内涵及其立法落实》,载《法学评论》2023年第4期,第21-23页。

(20) 张翔:《宪法秩序下如何安放法典——从“基础性法律”的适用切入》,载《法学研究》2025年第4期,第209页。

不存在宪法,也就意味着不存在法体系。”⁽²¹⁾那么,应如何理解宪法作为“最高法”的体系化功能?对此存在两种代表性观点,且二者对宪法和部门法的关系定位截然不同:

第一种观点认为,宪法和部门法的关系是“授权/审查关系”,二者内容具有异质性且无法相互转化:作为二阶规则的宪法,其功能“只是创设法体系其他部分的授权规范”,而“作为一阶规则的部门法,拥有了二阶规则授权范围内的决定权”。⁽²²⁾第二种观点则主张宪法作为部门法的法源,要求立法者需先明晰宪法在该部门法领域的价值与规范设定,再通过更具体的法律规范将其转化为部门法秩序。⁽²³⁾两种立场对应不同宪法观:前者将宪法界定为“授权规范”,后者将其界定为“基本秩序”。显然,第二种立场更契合我国宪法规定。根据我国现行宪法,宪法“具有最高的法律效力”包括三个层次的内涵:一是立法依据层面,宪法是所有一般法律的制定基础与根本依据;二是实质合宪层面,一般法律须与宪法的内容、原则及精神保持一致;三是行为准则层面,宪法是一切国家机关、社会团体、其他组织及全体公民的根本活动准则。由此,宪法“具有最高的法律效力”并非局限于形式层面的“授权/审查”功能,更蕴含实质层面的内容调整要求。

(六) 小结:宪法和一般法律关系构造的双重向度

前述关于宪法和一般法律的五种关系构造,虽切入视角各异,但其背后共同指向的论题可凝练为二:其一,宪法是否具有至上性?其二,宪法的至上性仅止步于形式意义层面,还是同时涵盖实质意义层面?当前学界对这两大论题仍各持一端、难以形成共识,为打破这种认知僵局,有必要回归宪法文本,通过规范分析与阐释,厘清宪法性质。我国现行宪法明确规定“本宪法”是“国家的根本法,具有最高的法律效力”,其逻辑基础,正在于我国法律体系所内含的宪法和一般法律的二元区分,以及“宪法为高阶、一般法律为低阶”的双阶结构。其中,二元性旨在彰显宪法作为根本法的实质属性——承载着独立于其他法律的客观价值;双阶性旨在彰显宪法在法律体系中的至上性,即所有法律均不得与宪法相抵触。二元性与双阶性存在内在勾连:若脱离宪法基本价值与实质规范的支撑,宪法的最高法律效力便会沦为缺乏内容指向的抽象概念,难以体现宪法统摄法秩序的构成性意义;若缺乏宪法最高效力框架的刚性保障,宪法所确立的基本价值与实质规范便会失去强制力支撑。基于此,根本法的内容需依托宪法的最高法律效力,方能成为法律体系的基本价值载体;而宪法作为根本法的规范属性,又决定其最高法律效力并非单一的形式效力维度,而是形式效力要求与实质内容调整相统合的复合规范结构。

正是二元性与双阶性的这种内在勾连,最终确立了宪法的双重至上性。在宪法双重至上性的框架下,宪法除了从形式上作为确立和认可法的标准之外,还是确立和认可法律体系的内容的实质性标准。⁽²⁴⁾基于这一双重至上性,宪法规范可区分为“授权—审查

(21) 陈景辉:《法典化与法体系的内部构成》,载《中外法学》2022年第5期,第1197页。

(22) 参见前注,陈景辉文,第299-300页。

(23) 参见前注,张翔文,第28页。

(24) 参见[意]弗朗科·本斯纽里:《自然法学、法律实证主义和立宪主义:西方法文化之中关于法的三个基本概念》,载[意]阿尔多·贝特鲁奇等:《意大利法概要》,薛军译,中国法制出版社2007年版,第129-131页。

规范”和“实体—内容规范”两类：前者彰显宪法作为授权法和效力审查法的功能；后者凸显宪法作为根本法的实质属性，即包蕴能够确定法律体系内容的实体决定。⁽²⁵⁾无论是主张宪法乃“针对初级规则之缺陷的规则”⁽²⁶⁾，抑或将最高法与根本法的性质限定为“法效力判准”⁽²⁷⁾，都遗漏宪法和一般法律的内容关联。“法律对宪法的具体化”“法律的合宪性解释”“法律的合宪性审查”的三重关系⁽²⁸⁾可进一步化约。“法律对宪法的具体化”指向“内容关联”（立法细化宪法内容）；“法律的合宪性解释”兼具双重属性，其既为“效力控制”（确保法律不偏离宪法效力边界），也为“内容确定”（确保法律符合宪法实体要求）；“法律的合宪性审查”指向“效力控制”（确保法律符合宪法效力要求）。三重关系实为两重关系：规范效力控制和规范内容确定。在规范效力控制向度，宪法至上性包含两大命题：（1）创设性命题，宪法建构政治共同体和法秩序；（2）限制性命题，宪法以设定义务、施加禁止、促成条件的方式，约束立法者对规范的创设。⁽²⁹⁾在规范内容确定向度，宪法的至上性体现为确定性命题：宪法既为各部门法的内容设定基准，也为其提供价值依归。当然，规范效力控制和规范内容确定，在宪法和一般法律的二元双阶结构中并非彼此孤立，而是呈现耦合关系：二元性所彰显的宪法基本价值决定与实质属性，为规范效力控制提供实体素材与内容载体；双阶性所凸显的宪法最高法律效力，又为规范内容确定提供效力源头与刚性保障。此外，与效力维度自上而下的单向控制关系不同，内容维度的宪法和一般法律呈现交互影响关系。

三、规范效力控制向度：有效性命题

规范效力控制的内核，在于探究法律体系如何自证有效性。在宪法和一般法律的关系框架下，有效性命题既需回应“效力来源”这一概念命题，更需依托宪法明确其效力边界，这正是实在法命题的要义。有效性命题的范畴涵盖法理层面的概念命题与法释义学层面的实在法命题：前者是对法律本质的普遍性阐释，聚焦处理合法律性、合法性、合宪性三者之间的关系；后者强调，宪法虽与其他法律共享同一概念命题，但作为最高规范，其特殊地位决定了合宪性处于统领地位——合法律性与合法性之间的张力，必须在合宪法秩序内消解与安顿。从合法律性确认规范形式效力，到合法性追问规范内容正确性，再到合宪性划定规范效力边界，三者共同构建起有效性命题的基本模式。这些有效性模式能否适用于我国，需结合我国法律体系的有效性构成进行综合判断。

（一）概念命题：有效性命题的经典模式

在展开论述前，应先对有效性命题涉及的规范表述——“合法律性”（legality）、“合

(25) Vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999, Rn. 80.

(26) 前注，陈景辉文，第299页。

(27) 前注，刘亦艾文，第158页。

(28) 参见前注，张翔文，第27-31页。

(29) See Juan Ruiz Manero, *Constitution*, in Luka Burazin, Kenneth Einar Himma & Giorgio Pino eds., *Jurisprudence in the Mirror: The Common Law World Meets the Civil Law World*, Oxford University Press, 2024, p.331-340.

法性”(legitimacy)、“合宪性”(constitutionality)——予以明确界定。合法律性“强调的是法律秩序的实际存在以及行为者对法律的服从和遵守”;合法性“所关涉的是社会中权力和权威的基础,以及为实存的法律秩序所提供的正当性证明”;⁽³⁰⁾合宪性则表征为宪法是法律体系的概念条件,法律体系相应呈现为“被构成性的立法权秩序和法秩序”⁽³¹⁾。围绕合法律性、合法性、合宪性形成的有效性命题模式具有如下类型:

1. 基于合法律性单层结构的有效性模式

此模式将法律本质界定为主权者的命令与意志。在此模式下,法律只要具备实证属性便具备有效性,其有效性与内容正确性无涉(即分离命题)。法律内容的正当性,完全由法律命令本身断定(此为国家法实证主义的核心主张)。⁽³²⁾此模式彻底斩断了法律与“高级法”的位阶关联:就合法律性与合法性的关系而言,合法性完全从属于合法律性,表现为“基于合法律性的合法性”,其判断标准全然依赖法律自身的实证要件;⁽³³⁾就合法律性与合宪性的关系而言,合宪性同样从属于合法律性:宪法作为主权构成性规范,仅为法律体系提供形式维度的有效性基础,而非借由实质价值对法律有效性形成约束。⁽³⁴⁾此模式,为奉行法律至上的法律国(即形式法治国)所认可。

2. 基于合法律性双层结构的有效性模式

此模式在恪守合法律性原则的同时,将合宪性要素纳入法体系,承认议会的制定法存在宪法性制定法和一般性制定法的位阶差异,其典型存在于不成文宪法国家。以英国为例,其议会法体系内部存在宪法性制定法和一般性制定法的位阶区分。其中,专门调整公民与国家间法律关系、以保护根本宪法权利为核心的宪法性制定法,在效力上优于一般性制定法。⁽³⁵⁾在以色列的议会法律体系中,同样存在基本法和一般性制定法的位阶区分。以色列议会兼具双重身份:既作为日常立法机关颁布一般性制定法,也以制宪会议的身份通过基本法;而基本法在这一体系中,享有超越一般立法的宪法性地位。⁽³⁶⁾此模式明确拒斥狭隘的合法律性观念:它通过明确宪法性制定法和一般性制定法的位阶差异,对立法主权不受拘束、法律有效性不受挑战的绝对化立场形成有效缓和。

3. 基于合法律性与合法性双重构造的有效性模式

此模式强调,法律的有效性需同时具备合法律性与合法性:前者为形式面向,聚焦法律的权威制定性与形式理性;后者为实质面向,聚焦法律的内容正确性与合理可接受性。与之相对应,法律有效性呈现阶层化构造,须先达成形式层面的合法律性,再满足实质层面的合法性。至于二者的关系,合法性为合法律性提供正当性依据,合法律性

(30) 参见刘毅:《“合法性”与“正当性”译词辨》,载《博览群书》2007年第3期,第57、58页。

(31) 许瑞超:《宪法和一般法关系命题的观念溯源与当代表达》,载《环球法律评论》2023年第1期,第92页。

(32) Vgl. Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, S. 15 ff.

(33) See Niels F. van Manen, *Legitimacy and Types of Legality*, *Recht der Werkelijkheid*, Vol.29:67, p.67-86 (2008).

(34) Vgl. Otto Kirchheimer, *Legalität und Legitimität*, in: Hubertus Buchstein (Hrsg.), *Otto Kirchheimer-Gesammelte Schriften*, Band 1, 2017, S. 378 ff.

(35) See *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin) (18 February 2002).

(36) See *United Bank Mizrahi v. Migdal Cooperative Village*, CA 6821/93.

构成合法性的形式化载体——合法性要求的共同善、实体目标等须在合法律性秩序内展开。⁽³⁷⁾但实践中,合法律性的形式秩序与合法性的实质正义未必总能完美契合,如何权衡这一张力?在拉德布鲁赫看来,法应是正义的,违背正义的法律不是法。不寻求正义的命令只是权力而非法律的要求。⁽³⁸⁾这一判断被其归纳为:“极端不正义的法律不是法律”⁽³⁹⁾。拉德布鲁赫公式由不能容忍公式与否认公式构成。不能容忍公式为:正义与法的安定性之间的冲突应当这样来解决,即实证的、受到立法和权力保障的法拥有优先地位,纵使它的内容不正义与不合目的,除非实证法律与正义的矛盾达到无法容忍的程度,以致法律成为非正确法而不得不让位于正义。否认公式为:凡是正义根本不被追求的地方,凡是构成正义核心的平等在制定实证法时被有意否认的地方,法律就不仅仅是“非正确法”,毋宁根本就缺乏法的性质。⁽⁴⁰⁾因妥善调和法的安定性与正义的紧张关系,拉德布鲁赫公式被德国法院多次援引,成为判断规范效力的重要理据。⁽⁴¹⁾在此模式下,包括宪法在内的所有法律规范,其效力皆源自法的安定性、正义与合目的性协同塑造的有效性整体:一方面拓展法律有效性的向度,进而构建起形式有效性与实质有效性的二元范畴;另一方面丰富合宪性的内涵,继而界定出形式合宪性与实质合宪性的双重维度。

4. 基于实证主义之规范效力谱系的有效性模式

在法律体系内部,宪法和一般法律的二元性与双阶性区隔出合宪性与合法律性两大层级。其中,合宪性不仅独立于合法律性,更处于效力优先地位——合法律性秩序的有效性必须置于合宪性秩序进行判断。从“制宪权→宪法→立法权→一般法律”的阶层构造看,立法主权是宪定性主权,其权限由宪法设定且受规范层级约束。⁽⁴²⁾从权力渊源看,宪法和一般法律的冲突,本质是始源权力和派生权力的冲突,须通过宪法优先规则解决。⁽⁴³⁾从“下位法适用优先”和“上位法效力优先”的区分出发,合宪性与合法律性存在不同的优先面向:依据下位法适用优先原则,在规范效力初步判断环节,合法律性优先于合宪性;依据上位法效力优先原则,在规范效力最终认定环节,合宪性优先于合法律性。据此,即便某项规范的效力满足合法律性要求,若其缺乏宪法层面的有效性,仍属无效。⁽⁴⁴⁾宪法和一般法律的二元性与双阶性,使宪法成为法律体系的概念条件。

但以宪法为概念条件的法律体系,其最终效力来源如何确立?这恰是基于实证主义

(37) Vgl. Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 4. Aufl., 1994, S. 45 ff.

(38) Vgl. Gustav Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1959, S. 34.

(39) Robert Alexy, Mauerschützen: zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, 1993, S. 4.

(40) Vgl. Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristenzeitung 1 (1946), S. 105 ff.; Stanley Paulson/Ralf Dreier, Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs, in: Gustav Radbruch: Rechtsphilosophie, 1999, S. 245.

(41) Vgl. BGHZ 9, 34 (44)10, 340 (342); BVerfGE 23, 98 (106); BVerfGE 3, 58 (119); BVerfGE 6, 132 (198).

(42) See Antonia M. Waltermann, *Reconstructing Sovereignty*, Springer, 2019, p.81-95.

(43) 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, p.379-385.

(44) 参见全国人大常委会法制工作委员会国家法室编著:《中华人民共和国立法法解读》,中国法制出版社2015年版,第315-316页。

之规范效力谱系的有效性模式的问题指向。此有效性模式强调,某一规范之所以成为法律体系的组成部分,在于它能为特定谱系判准所识别。基于实证主义之规范效力谱系的有效性模式可通过三个经典理论展开阐释。(1)起源规范理论。梅克尔认为议会法治国的法律体系建立在宪法和法律的层级秩序之上。他将授予立法权能的规范界定为起源规范,即法逻辑意义上的宪法——这一规范是法律层级体系的逻辑起点。在以宪法为基础的层级体系中,法律体系包括两类规范:一是条件规范,指为其他规范的制定设定条件,即明确其他规范如何产生的规范;二是附条件规范,指依据条件规范创设出来的规范,其有效性在于条件规范的预先设定。⁽⁴⁵⁾(2)基础规范理论。凯尔森认为,唯有预设基础规范,方能将主观创设的规范诠释为具有客观效力的规范。这一理论可从两组关系展开解读:一是基础规范与宪法的关系。基础规范作为法逻辑意义上的宪法,构成实证法意义上的宪法的效力来源;⁽⁴⁶⁾二是基础规范与法律体系的关系。基础规范不仅为宪法的有效性奠定基础,更成为所有从属于宪法的规范的共同效力准则。⁽⁴⁷⁾(3)承认规则理论。在哈特看来,法律是由两类规则构成的体系:一类是直接指引个人行为的初级规则,另一类是鉴别、执行和变更初级规则的次级规则。在次级规则中,承认规则居于轴心地位:它既是法律体系的终极规则,也是判定其他规则是否有效的根本标准。⁽⁴⁸⁾凯尔森与哈特的理论差异在于:前者主张复合有效性链条,即法律体系效力源于宪法,宪法效力则依赖预设的基础规范;后者主张单一有效性链条,其承认规则虽同样界定法律效力,却与基础规范存在本质区别——它是被惯习实践认可的终极规则,与其他规则一样,同源于社会建构。上述三种理论存在共通逻辑:它们均将法律体系的起点与终点锚定于公认的根本准则,且均以无关内容要求的谱系判准判定法律规范的有效性。

(二)概念命题的宪法化:以宪法为概念条件的双重有效性命题

上述有效性命题模式能否成立及契合我国法律体系,需从两重视角判断:一是概念命题,要求有效性模式具备普遍性,此为其成立基础;二是实在法命题,需考察是否契合我国宪法对法律体系的效力要求,此为其适配标尺。

第一,基于合法性单层结构的有效性模式,既不符合概念命题要求,也违背我国现行宪法对法律体系的效力要求:在概念维度,其忽略正确性要素,未将内容正当性纳入有效性判断;在实在法维度,我国现行宪法所确立的双重至上性,明确要求法律有效性必须包含内容正当性。⁽⁴⁹⁾第二,基于合法性双层结构的有效性模式,既无概念普遍性,在实在法层面也与我国宪法规定不符。尽管宪法由全国人大制定,法律亦由全国人大及其常委会制定,但1954年召开的第一届全国人民代表大会第一次会议具有制宪会议的

(45) Vgl. Martin Borowski, Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl, in: Stanley L. Paulson und Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen - Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, 2005, S. 126 ff.

(46) Vgl. Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 248 ff.

(47) Vgl. Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 2017, S. 346 ff.

(48) See H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3 ed., Oxford University Press, 2012, p.80-109.

(49) 参见王锴:《合宪性、合法性、适当性审查的区别与联系》,载《中国法学》2019年第1期,第13-15页。

性质,其通过的宪法是制宪权的产物。现行宪法作为1954年宪法的第三次全面修改,本质上是制宪权的历史延续。⁽⁵⁰⁾而依现行《宪法》第58条规定,法律是国家立法权运行的产物,二者来源不同。第三,基于合法律性与合法性双重构造的有效性模式存在两重不足:在概念维度,未能充分关注法律的双重有效性与法律的双重合宪性之间的内在关联;在实在法维度,宪法的双重至上性,决定了合法律性需以合法性为基础、合法性需以合宪性为依归,且二者张力需在合宪法秩序内化解。第四,基于实证主义规范效力谱系的有效性模式存在双重欠缺:在概念维度,既忽略法律概念本应含有的正确性要素,也无法识别法律体系中的实质性法律原则;在实在法维度,其对正确性要素的遗漏背离我国宪法对法律体系的实质合宪性要求。从概念命题与实在法命题的关联出发,法律的有效性命题表现为以宪法为概念条件的双重有效性命题。

1. 双重有效性命题:实证性与正确性

概念维度的有效性命题,指向包含宪法在内的所有法律的效力来源,致力为法律体系的效力基础提供逻辑自洽的阐释。

在笔者看来,奠定法效力基础的根本规范,兼具形式与实质的双重面向,具体可划分为两类:一是基于谱系判准的根本规范,表现为无关内容的效力谱系所公认的根本准则,核心聚焦法律效力的形式来源;二是基于正确性标准的根本规范,表现为独立于主权者命令、为实践普遍承认且蕴含共识价值的实质正义体系,重点考量法律内容的正当性要求。与此区分相对应,法律本质涵盖双重维度:其一是实证性维度(现实/事实维度),包含权威制定性与社会实效性两大要素——权威制定性强调规范由权威机关制定;社会实效性侧重法律的实际遵守情况,以及违反法律时的制裁机制。其二是正确性维度(理想/批判维度),重点关注法律内容本身是否符合正当性要求。那么,实证性与正确性究竟处于何种关系?依据法的安定性原则,实证性必然隐含源于自身的正确性:法律经由权威制定与有效实施形成的秩序价值,本身也是正确性的体现。须明确的是,基于安定性原则的正确性并不排斥基于正义原则的正确性。相反,二者是相互蕴含的关系。据此可将正确性分为两个层级:一阶正确性仅关涉正义原则;二阶正确性则同时涵盖安定性原则与正义原则。⁽⁵¹⁾这一区分意义在于:法律若要真正实现合法化,除须符合程序与秩序的要求外(形式有效性),还必须同时具备基于正义原则的实质正确性(实质有效性)。

2. 宪法作为概念条件:形式合宪性与实质合宪性

概念命题内蕴的普遍性与构成性要求,与宪法作为法律体系“唯一共同法”的属性存在意义联结。宪法创设了法秩序,是法律体系中唯一一部在性质与功能上必然与其他所有法律形成关联的法律:其不仅为所有法律提供终极效力来源,亦为所有法律的内容确立根本基准,更是为概念命题的释义学阐释提供转化机制的“枢纽规范”。

从概念命题与宪法性质的关联看,作为“法律”的宪法,本身亦具实证性与正确性

(50) 参见韩大元:《1954年宪法制定过程》(第2版),法律出版社2022年版,第113-115、529-533页。

(51) See Robert Alexy, *The Dual Nature of Law*, Ratio Juris, Vol.23:167, p.173-175 (2010).

的双重属性。基于宪法的至上性要求,若将宪法概念的两类规范形态——权威构成性规范(对应实证性,旨在确立法律的形式效力基础)与由宪法原则及其他实体性规范组成的实质调整性规范(对应正确性,承载法律的实质价值内核)——整合为融贯整体,便能提炼出兼具形式与实质的理想规则,进而舒缓实证性与正确性之间的张力。⁽⁵²⁾ 宪法概念两类规范的形成,与法律概念的实质化进程紧密相关。法律所需的实质有效性条件,其理论范式经历了从自然法原则到以立宪主义为核心的宪法规范体系的嬗变:在前现代的理论范式中,自然法原则是支撑法律实质有效性的依据;而在现代法律体系,自然法原则经由制宪转化为高于立法的宪法规范体系。立宪主义综合了自然法学和法律实证主义的内容,据此建立合法律性与合法性的本质联结:既减轻了严格的形式主义,又接纳了更具实质性的合法性语义。⁽⁵³⁾ 由此在法理层面,宪法概念的两类规范形态与法律体系的双重有效性形成明确对应关系:在形式有效性层面,宪法作为构成性规范,是判定法律体系内所有法律规范是否有效的最高效力标准;在实质有效性层面,政治伦理原则已内化于宪法秩序并演变为调整性规范,构成约束法律规范内容的实质准则。须言明的是,宪法作为法效力判准存在“形式普遍”与“实质特殊”的区分:在形式有效性层面,其普遍性要求适用于所有国家,无论各国国情存在何种差异,宪法均需承担最高效力标准的形式功能;在实质有效性层面,各国一般法律所须符合的宪法实体规定,可基于本国历史、文化、宪制逻辑作出差异化表达,但这种差异化须以不超脱立宪主义的要求为前提。

从概念命题与实在法命题的关联看,法理层面的有效性命题应进一步转化为法释义学层面的有效性命题,这一转化的内在逻辑在于:须始终以该国现行有效的实在宪法秩序,作为其他法律的效力基础与边界。回到我国的宪法语境,前述立宪主义下宪法概念的两类规范形态,已转化为具有约束力的实在宪法规范:现行宪法以“法律的形式”明确将自身定位为“国家的根本法,具有最高的法律效力”。在此逻辑下,现行宪法以“法律的形式”铸就的双重至上性——形式层面的最高效力性与实质层面的内容根本性,构成判断法律有效性的实在法依据:在形式维度,依托人民制宪意志形成的最高法律形式,确立了宪法具有最高的法律地位、法律权威与法律效力,为法律有效性提供形式法治支撑;在实质维度,由于承载法秩序基本价值的宪法规定、宪法原则与宪法精神,已被修宪者以“法律的形式”纳入宪法文本,且现行宪法是我国法律体系的效力本源,现行宪法的实体内容自然成为法律体系实质有效性的评判基准。

概念命题与实在法命题的具体关联表现为:在以宪法为概念条件的法律体系中,形式有效性与实质有效性将呈现为形式合宪性与实质合宪性。前者侧重于立法权限、程序规则,后者侧重构成法秩序正当性基础的基本宪法价值决定。在形式合宪性维度,宪法兼具授权规范与废止规范的双重功能:作为授权规范,宪法呈现“当为结构”(Sollen),核心是授予立法者创设法律规范的气能;作为废止规范,宪法呈现“不当为结构”

(52) See Juan Ruiz Manero, *supra* note 29, 354.

(53) 参见前注,弗朗科·本斯纽里文,第130-137页。

(Nicht-Sollen),核心是明确对与自身抵触的法律规范,宪法具有使之无效的废止权能。⁽⁵⁴⁾在实质合宪性维度,宪法的实体规定对立法者而言是具有约束力的规范要求:立法者负有将宪法基本价值决定纳入法律有效性构成要素之中的法定义务,若未能履行该义务,其制定的法律便可能构成违宪。这种双重合宪性的有效性要求,使法律的“生效”与“有效”产生适度分离:通常而言,符合生效规则的法律即具备有效性,二者呈现一体性;但在个别情形下,法律生效不等同于法律有效——即使某部法律已满足形式生效条件,若其内容实质违背宪法的实体要求,仍可能被判定为无效。

四、规范内容确定向度:宪法化命题与具体化命题

规范内容确定向度的核心,是法秩序如何合理安置法律规范的内容及其价值。在此向度下,宪法和一般法律呈现交互影响关系,通过两个命题展开:其一为宪法化命题,将宪法视为法秩序基本价值载体,借宪法的效力约束与价值引领,确保部门法内容不偏离宪法基本价值决定;其二为具体化命题,立足部门法对宪法的规定、原则与精神的细化落实,即通过法制定与法适用的分工协同,将宪法这些规范表达转化为部门法规则。宪法化命题与具体化命题互为表里,共同指向合宪法秩序的规范建构。

(一) 宪法化命题:内涵与表现

1. 何谓宪法化:双层概念构造

“宪法化”最早描述的是一种走向立宪主义的状态,即向构成性的宪定秩序演进。有学者将其界定为:“宪法化本质上是将规范、价值、原则与理念纳入宪法整体的过程。它依托于特定国家宪法的最高权威和宪法架构。正是凭借这一权威,任何国家得以制定宪法规范并构建宪法,同时赋予其——或至少是其大部分内容——超立法价值”⁽⁵⁵⁾。随着宪法至上性原则的确立,“宪法化”内涵得以拓展,其重要表现之一便是各法律分支的规则与原则,在宪法价值辐射下实现调适性重塑。相应地,宪法化呈现为双层构造:第一层宪法化是将特定内容纳入宪法体系,赋予其宪定性的规范地位。第二层宪法化以法律体系的合宪性塑造为目标,具体表现为四种形态:一是对法律渊源进行合宪性重构;二是将特定部门法的关键规则或原则纳入宪法调整领域,提升其规范位阶与约束效力;三是为各部门法提供统一的价值基础,避免法律体系出现内在矛盾;四是通过宪法司法对各部门法的内容形成实质约束,确保其不偏离宪法的规范性要求。从构成看,宪法化兼具过程范畴与结果范畴:作为过程范畴,法秩序的合宪性要求,必须贯穿于法制定与法适用的全部环节;作为结果范畴,宪法化要求建构出在形式与实质上均为合宪的法秩序——无论法律颁行于宪法之前还是制定于宪法之后,都必须接受合宪性检验。

(54) Vgl. Hans Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 76 ff., 87 ff.

(55) Benoît Pelletier, « Quelques réflexions sur la constitutionnalisme au sein de l'état », R.D.U.S., n° 51, p.91.

2. 如何宪法化：三种表现

一是直接宪法化和间接宪法化。直接宪法化和间接宪法化处理的是某项内容以何种方式获得宪法位阶。直接宪法化即法律渊源的形式宪法化,指通过制定性方式将特定部门法内容直接转化为宪法规定,使其获得明确的宪法规范地位。如德国《基本法》第9条中的结社概念源自1908年的结社法,第14条第1项规定的财产保障是对民法财产概念的宪法确认,第103条的程序基本权保留由形式与实质刑法发展而来的一事不二罚原则。⁽⁵⁶⁾ 法国宪法中的结社自由概念源自1901年的结社法,⁽⁵⁷⁾ 享有正常家庭生活的权利来自家庭法⁽⁵⁸⁾。间接宪法化即法秩序的实质宪法化,指在既定宪法秩序框架内,不通过修改宪法条文,而是通过宪法解释的方式,赋予某项内容宪法位阶,使其具备宪法层面的约束力。如比例原则在德国历经了从警察法到一般行政法,再到由联邦宪法法院奠定宪法位阶的演变过程。⁽⁵⁹⁾ 一般人格权、信息自决权在德国是先通过解释形成,后作为宪法的基本价值决定辐射至所有法领域。⁽⁶⁰⁾ 我国的宪法框架下,直接宪法化与间接宪法化的权力分属不同主体。直接宪法化的权力归属于全国人大:制宪权与修宪权由全国人大行使,只有全国人大有权通过制宪与修宪的方式,将特定部门法内容直接转化为宪法规定。间接宪法化的权力归属于全国人大常委会:宪法解释权由全国人大常委会行使,其可通过宪法解释,赋予特定部门法内容实质意义上的宪法位阶。从实践层面看,通过宪法化将“法的构成性原则”“各部门法原则”“法律体系的共同原则”提升至宪法位阶,继而反哺至特定法律领域的做法,具有双重意义:一方面可有效化解宪法至上性与各部门法独立性之间的张力;另一方面能推动整体法秩序的内在协调,实现法律体系的圆融无碍。

二是领域性宪法化与整体性宪法化。宪法因是最高法而与各部门法产生性质关联,包括领域性关联和整体性关联,对应形成领域性宪法化与整体性宪法化两种形态。(1) 领域性宪法化要求各部门法基于自身调整领域特性与宪法保持内在一致。不同部门法的宪法化呈现差异化特征:刑法的宪法化表现为以宪法为构成要素的法益概念界定、刑法基本原则的宪法位阶提升、刑事政策的合宪性调适等。⁽⁶¹⁾ 私法的宪法化表现为契约自由与契约正义之间的张力经由基本权利冲突原理、宪法上的社会主义原则实现调和。⁽⁶²⁾ 行政法的宪法化表现为法律国到立宪法治国的转变、基本权利在保护规范认定中

(56) Vgl. Otto Majewski, Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht? Zur Problematik der sogenannten Gesetzmäßigkeit der Verfassung, 1971, S. 48 ff.

(57) V. Charles-Édouard Sénac, « Y a-t-il encore place pour la découverte de nouveaux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République? », Titre VII, n° 8, 2022, p.27.

(58) 参见王蔚:《部门法宪法化的双向流动——以法国法为例》,载《法学评论》2022年第4期,第49-50页。

(59) 参见刘权:《目的正当性与比例原则的重构》,载《中国法学》2014年第4期,第136-139页。

(60) Vgl. BGHZ 13, 334 (338); BVerfGE 30, 173 (174 ff.); BVerfGE 115, 11 (183 ff.).

(61) 参见[德]洛塔尔·库伦:《论刑法与宪法的关系》,蔡桂生译,载《交大法学》2015年第2期,第158-167页;劳东燕:《刑事政策刑法化的宪法意涵》,载《中国法律评论》2019年第1期,第34-41页。

(62) 参见许瑞超:《基本权利第三人效力的释义学基础》,载《人大法律评论》(2022年第2辑),法律出版社2024年版,第301-306页。

的内外效力、不确定法律概念的合宪具体化等。⁽⁶³⁾ 环境法的宪法化表现为以宪法的国家目标条款塑造环境秩序,确保环境公益与个人私益的平衡。⁽⁶⁴⁾ (2) 整体性宪法化致力法秩序的融贯性整合。随着“公私融合”与“跨部门整合”趋势加强,各部门法的内容边界日渐模糊,如何协调部门法之间的冲突、确保法秩序的融贯性,成为亟待解决的问题。而宪法恰好能为这一问题的解决提供关键支撑,“宪法是国家的根本法,宪法的价值直接影响部门法的形成与发展。无论在公法领域还是在私法领域,宪法所提供的价值、规则与原理为各部门法获得体系的统一性提供依据,并构成国家法律体系与法学体系的基础”⁽⁶⁵⁾。从方法层面看,法秩序的内在统一并非通过消解部门法特性实现的,而是在充分尊重各部门法自足性与完备性的前提下,将宪法的基本价值决定融入各部门法共同构建的“价值—原则体系”之中实现的。⁽⁶⁶⁾ 领域性宪法化与整体性宪法化的区分,本质上是对各部门法自身特性的尊重:每个部门法都有其独特的事物结构与专属规范领域,不应被草率地统合到均质化、无差别的宪法秩序之中,以防陷入“全能论宪法观”“宪法价值专制”的理论困境。恰中肯綮的宪法化彰显的是矫正正义,恪守补充性、实践调和的原则:罔顾宪法化要求的部门主义,是不足宪法化;罔顾不同部门法之内在差异性和各部门法独立自足的彻底宪法化,是过度宪法化。

三是法制定意义上的宪法化与法适用意义上的宪法化。在法秩序阶层构造中,法律规范具有法制定与法适用的双重性质。法律规范由普遍规范和个别规范构成:个别规范对普遍规范的细化属于适用,普遍规范对宪法的细化同样属于适用;立法者创设普遍规范、有权主体创设个别规范(司法裁判、行政行为和法律行为),属于制定。⁽⁶⁷⁾ 基于此划分,宪法化可区分为“法制定意义上的宪法化”与“法适用意义上的宪法化”。法制定意义上的宪法化,体现为普遍规范创设融入宪法:授权维度是规范效力逐级递归(个别规范→普遍规范→宪法规范);内容维度是宪法内容直接注入普遍规范。法适用意义上的宪法化存在两种方式:一是内容审查型合宪性解释(消极宪法化),即排除或限缩与宪法相抵触的内容;二是内容确定型合宪性解释(积极宪法化),即通过宪法消解法律内容的多义与不确定性。⁽⁶⁸⁾ 从路径看,宪法化存在直接与间接之分:对于普遍规范,宪法化可直接发挥作用,在制定环节就能将宪法内容融入其中;对于个别规范,宪法化需以普遍规范为中介,宪法不能绕过普遍规范直接作用于个别规范的内容形成。

(63) Vgl. Günter Dürig u. a., Grundgesetz-Kommentar: Teil B. Kommentar zum Grundgesetz (Art. 19 Abs. 4), 99. Aufl. 2020, Rn. 121-126; Karl-E Hain/Volker Schlette/Thomas Schmitz, Ermessen und Ermessensreduktion - ein Problem im Schnittpunkt von Verfassungs- und Verwaltungsrecht, AöR 122 (1997), S. 32, 43 ff.

(64) 参见张翔、段沁:《环境保护作为“国家目标”——〈联邦德国基本法〉第 20a 条的学理及其启示》,载《政治与法律》2019 年第 10 期,第 4-6 页。

(65) 《世界各国宪法》编辑委员会编译:《世界各国宪法·亚洲卷》,中国检察出版社 2012 年版,序言第 5 页。

(66) 参见许瑞超:《论审判型合宪性解释》,载欧阳本祺主编:《东南法学》(第 5 辑),东南大学出版社 2022 年版,第 167-169 页。

(67) Vgl. Hans Kelsen (Fn. 47), S. 423 ff.

(68) Vgl. Rolf Wank, Juristische Methodenlehre: Eine Anleitung für Wissenschaft und Praxis, 2020, S. 275 ff; Konrad Hesse (Fn. 25), S. 31.

（二）具体化命题：内涵与表现

1. 何谓具体化：法适用与法制定的复合构造

具体化是一个有争议的概念,大体存在如下几种见解:第一种是合法律性原则下的具体化,认为宪法内容由立法者决断形成及意义填充;⁽⁶⁹⁾第二种是立足宪法与法律之“抽象与具体”二元关系的具体化,认为法律在制度层面是宪法的具体化事实;⁽⁷⁰⁾第三种是依托法秩序层级构造之授权链条的具体化,旨在将宪法个别化至各法位阶与各法领域;⁽⁷¹⁾第四种是宪法实施视角下的具体化,强调部门法具体实施正式宪法要求的功能,即“宪法实施法”;⁽⁷²⁾第五种是区分立法类型的具体化,主张“创制性立法应当遵循具体化的法源原则,必须也只能将宪法授权规范具体化”,而确认性立法“主要遵循不抵触的法源原则”;⁽⁷³⁾第六种是基于宪法框架秩序属性的具体化,认为立法者在宪法具体化过程中享有形成自由⁽⁷⁴⁾。上述六种具体化见解,分别预设了性质与功能各异的宪法定位。

上述见解分别存在以下问题:第一种具体化与宪法的规范性、宪法的至上性相抵触,宪法拥有独立于一般法律的意义和内容;第二种具体化忽视立法者的规范形成自由;第三种具体化忽略宪法的基本价值决定包含内容层面的具体化要求;第四种具体化有损宪法和一般法律的功能分际与各部门法的独立性;第五种具体化疏漏宪法实体规范在创制性立法中的具体化表现,且确认性立法是在宪法的具体化要求下确认为法律规则;第六种具体化既未确切指明什么是“形成自由”,也未明确说明立法的宪法实施职责和立法的法律规范创设权能之间的关系。

那么,什么是具体化?在笔者看来,具体化命题是兼具法适用与法制定双重属性的复合构造。第一,宪法秩序中的立法兼具适用宪法规范和创设法律规范的双重属性。“从阶层构造论出发,可以将立法视为实施宪法的活动,它既是对宪法规范的适用,又是对一般法律规范的创设。”⁽⁷⁵⁾立法的双重属性决定了法律唯有满足合宪性要求,方能表达普遍意志。在立法者享有的裁量空间内,宪法对立法发挥边界控制与内容形成的双重功能。⁽⁷⁶⁾第二,从宪法规范属性与立法具体化的关系看,其“授权—审查规范”面向拥有授权立法和控制规范效力的作用,“实体—内容规范”面向拥有形成和塑造法律规范内容的作用。第三,从宪法规范结构与立法具体化的关系看,宪法规范具有框架性、原则性、开放性,需要立法者“创造性地具体化”。第四,从不同宪法规范的具体化表现看,宪法的国

(69) Vgl. Walter Leisner, Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung, JZ 19 (1964), S. 201-206.

(70) 参见莫纪宏:《合宪性审查与合法性审查“制度分工”的几个尺度探寻》,载胡锦涛光主编:《备案审查研究》(2021年第1辑),中国民主法制出版社2021年版,第11页。

(71) 参见王锴:《法律位阶判断标准的反思与运用》,载《中国法学》2022年第2期,第11页。

(72) 参见张力:《民法典“现实宪法”功能的丧失与宪法实施法功能的展开》,载《法制与社会发展》2019年第1期,第112页。

(73) 参见叶海波:《“根据宪法,制定本法”的规范内涵》,载《法学家》2013年第5期,第32页。

(74) 参见前注,张翔文,第27-28页。

(75) 雷磊:《立法的特性——从阶层构造论到原则权衡理论》,载《学术月刊》2020年第1期,第97页。

(76) 参见张翔:《立法中的宪法教义学——兼论与社科法学的沟通》,载《中国法律评论》2021年第4期,第99-103页。

家组织规定,多具体化为组织性法律;基本权利规定,或嵌入组织性法律,或制定为专门人权法律,或融入普通部门法;国家目标规定,或转化为专门宪法性制定法,或体现在普通部门法中。这些组织性法律、人权法律及专门宪法性制定法,共同构成整体意义上的宪法性制定法(即宪法相关法),与宪法共同组成宪法部门。第五,具体化命题的法适用属性与法制定属性并非截然分离,而是相互蕴含、彼此交织。

综上所述,具体化命题可归纳为两点:(1)法适用属性:既赋予宪法特定部门法的规范内涵,又结合各部门法的体系性原理,明确宪法在各部门法领域的效力种类、调整范围及构成要件要素;(2)法制定属性:基于宪法实施要求,结合宪法规范的双重属性,根据宪法规范结构的差异,依据不同宪法规范的具体化表现,考量立法事项范围与规范领域差异,对宪法进行创设性地具体化。

2. 如何具体化:结构性立法形成空间与交互性内容确定

第一,依托“宪法—立法权”层级秩序所形成的结构性立法空间。立法对宪法的具体化拥有结构性立法形成空间。这种结构性立法形成空间具有形式与实质的双重面向。在阿列克西的理论视角下,立法形成空间是立法者在宪法构筑的框架秩序和基本秩序内自由决定立法事项。⁽⁷⁷⁾ 巴尔金亦认为,宪法既是确立初步治理框架的基本法,也是蕴含愿景性标准、充当价值源泉的高级法。这一双重属性对立法者而言,构成框架原旨主义。⁽⁷⁸⁾ 结构性立法形成空间的双重面向并非互相对立,而是相互支撑,关涉法律体系内容的基本宪法价值决定,须依托宪法规范的逻辑指令展开。宪法规范的逻辑指令涵盖“应为”“勿为”“可为”三重维度:在“应为”与“勿为”维度,立法者须依据宪法义务性规定和禁止性规定的规范要求创设法律规范;在“可为”维度,宪法构成框架秩序,立法者据此享有结构性裁量权。⁽⁷⁹⁾ 这一结构性裁量权的存在,也可澄清宪法和一般法律具体化关系的认知误区:二者存在具体化关系,不等于一般法律就是“具体化的宪法”,更不意味着所有法律规范都必须通过具体化宪法来创设。事实上,具体化关系不排斥一般法律对法律规范的自主创设,立法者有权在结构性立法形成空间内,自主推进宪法的具体化,甚至引入基于现实情况与实践经验生成的、源自其他领域的规范体系。具体化也不是对事先给定的宪法内容的简单执行与逻辑演绎,而是在宪法的规范性要求下,结合各部门法的规范领域和立法事实予以裁量形成。⁽⁸⁰⁾ 与此同时,宪法对不同类型法律提出差异化的具体化要求:干预性法律须符合比例原则,保护性法律须符合不足禁止原则,组织性法律须符合功能适当性原则,社会性法律须符合可能性保留与辅助性原则。

第二,基于“宪法—一般法律”互动关系所进行的交互性内容确定。在规范内容确定向度,宪法和一般法律是主体间的交互影响关系:不仅宪法的内容可确定一般法律的

(77) Vgl. Robert Alexy, *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, VVDStRL 61 (2002), S. 8 ff.

(78) See Jack M. Balkin, *Living Originalism*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p.59-61.

(79) Vgl. Robert Alexy (Fn. 77), S. 14 ff.

(80) 参见王锴:《立法具体化是宪法实施的方式吗》,载《法学论坛》2024年第1期,第24-26页。

内容,宪法的内容也可透过立法具体化、符合法律的宪法解释予以确定。⁽⁸¹⁾从宪法实施职责的国家职能分工视角看,具体化包括法制定领域的具体化与法适用领域的具体化。法制定领域的具体化,即立法者通过创设法律规范具体化宪法的内容。基于宪法作为效力审查法的属性,宪法内容的立法形成须接受合宪性的检验。针对抵触宪法的立法具体化,审查主体可通过合宪性审查或合宪性解释确保立法对宪法的具体化合宪。审查主体对立法具体化的合宪性确保乃事后、消极的具体化。法适用领域的具体化包括:(1)通过法律的内容确定宪法的内容,法适用主体可借助符合法律的宪法解释形成宪法的内容;(2)通过宪法的内容确定法律的内容,法适用主体可依据宪法的实体规定和基本价值决定,阐释法律规范的含义、塑造法律的内在体系、具体化各部门法的概括条款。在法适用层面,概括条款构成宪法进入特定法领域的转介规范。就具体化顺序而言,立法者是建构宪法内容的第一释宪主体,法制定领域的具体化是一阶具体化;法适用领域的具体化,是在法律规范框架内、以个案为取向的二阶具体化,既要恪守功能法的界限,亦须尊重立法者的具体化优先地位与法律规范形成自由。但在宪法至上性原则下,经由立法具体化、符合法律的宪法解释,以及借助法制定与法适用的分工协作所实现的宪法内容确定,均须接受宪法规范层面的再审查。

五、结 语

为在多样的法律现象之间确立统一关联,法律体系可清晰划分出两类法律形式:决定性法律形式与被决定法律形式。这两类法律形式所构建的层级结构,对于法律体系而言具有本质意义,“即便是最简单的、回溯至必不可少组成部分的法律形式体系,也是二元的,同时也是双阶的”⁽⁸²⁾。在成文宪法国家,这一层级结构具象化为宪法和一般法律的二元性与双阶性。我国作为成文宪法国家,亦遵循这一逻辑:宪法作为决定性法律形式,为一般法律提供效力来源与基本价值决定;一般法律作为被决定法律形式,其制定须以宪法授权为依据,内容须契合宪法的基本价值决定。但须注意的是,内容确定向度的宪法和一般法律并非自上而下的单向从属关系,而是双向互动的主体间关系。

在规范效力控制向度,宪法和一般法律的决定与被决定关系,表现为两类规范指引:(1)形式指引。第一,在依宪立法层面,各法律中的“根据宪法,制定本法”,体现的是宪法作为授权规范的属性,对应效力条件关系;而“……不得同宪法相抵触”的条款,体现的是宪法作为审查规范的属性,对应效力毁损关系。第二,在合宪性审查层面,违宪判断聚焦“授权基础的确定”,即审查法律的制定是否具备宪法授权、是否超越授权范围。(2)实质指引。第一,在依宪立法层面,宪法是法律实质合宪性的构成要素,法律内容的设定须以宪法的实体决定为根本遵循。第二,在合宪性审查层面,违宪判断转向“实体

(81) 参见杜强强:《符合法律的宪法解释与宪法发展》,载《中国法学》2022年第1期,第120-136页。

(82) Adolf Merkel, Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff, 1923, S. 210.

内容的确定”,遵循“宪法规定内容及价值的保护范围→法律抵触宪法的实质判断→合宪/违宪”的审查框架。第三,在合宪性解释层面,合宪性解释表现为“作为内容审查的合宪性解释”,包括两种路径:要么通过建构解释补充合宪要素,使法律符合宪法要求;要么通过限定解释明确合宪范围或排除违宪部分,实现法律与宪法的效力适配。

在规范内容确定向度,宪法和一般法律的主体间关系,构成宪法和部门法内容互动的推演依据,表现为两类规范指引:(1)形式指引。第一,在部门法的形式宪法化层面,部门法的内容设定既须符合宪法的形式要求,也可通过制宪或修宪机制将其特定内容提升至宪法位阶,进而确保各部门法均能在宪法找到源自本部门法的价值与原则。第二,在宪法的立法具体化层面,各部门法须遵循宪法规范的逻辑指令,将宪法的规定、原则与精神细化落实。(2)实质指引。第一,在部门法的实质宪法化层面,部门法须与宪法保持内在一致;有权主体也可借助权威解释的规范效力,将特定部门法内容提升至宪法位阶。第二,在规范内容的解释确定层面,既包含以内容为取向的合宪性解释,用于确定法律规范的内容;也包含趋近法律的解释方法,用于确定宪法规范的内容。

Abstract: *China's Constitution* explicitly declares itself as the ‘fundamental law of the state with supreme legal force’. Its logical basis lies in the dual distinction between the *Constitution* and ordinary law within China’s legal system, as well as the two-tier structure where ‘the *Constitution* is the higher tier and ordinary law is the lower tier’. *China's Constitution* features supreme validity and fundamental content, which provides a criterion for clarifying the structural relationship between the *Constitution* and ordinary law. From the perspective of the *Constitution*’s dual attributes as a ‘authorization-review norm’ and a ‘substance-content norm’, the structural relationship between the *Constitution* and ordinary law can be summarized into two dimensions: the control of normative validity and the determination of normative content. Specifically, the control of normative validity relates to the validity of law. The legal order is a normative order based on the *Constitution*, embodies positivity and correctness, and meets the requirements of the *Constitution* in form and substance. The determination of normative content includes constitutionalization and concretization: the former emphasizes the constitutional adaptation of departmental laws and the elevation of their content to the constitutional level, while the latter requires each branch of law to follow the logical directives of constitutional norms and implement the formal normative force and basic values within its framework. The *Constitution* is not an ‘omnipotent constitution’ covering all fields. The practical advancement of the dual dimensions of the structural relationship between the *Constitution* and ordinary law requires properly handling the relationship between constitutional supremacy and the autonomy of departmental laws.

(责任编辑:刘海林)