

法律位阶判断标准的反思与运用

王 锴*

内容提要 法律位阶理论提供了判断法律形式之间位阶关系的两大标准,即条件关系和废止关系。其中,条件关系是积极标准,废止关系是消极标准,一个法律形式只有在授权另一个法律形式产生的基础上并能够单向否定被授权产生的法律形式的效力时,两者之间才能形成上下位阶关系。如果缺乏条件关系或者构成双向废止关系,则为相同位阶关系。我国传统的法律位阶的判断标准,无论是制定机关的地位高低还是立法生效范围的大小,都存在一些问题,因此有必要反思。同时,我国某些立法之间的位阶关系还不明确,也需要运用法律位阶理论提供的判断标准予以厘清。法律位阶对于维护国家法制统一和开展立法审查具有重要的实践意义。

关键词 法律位阶 条件关系 废止关系 框架秩序

目 次

- 一、法律位阶内涵的澄清
- 二、法律位阶判断标准的反思
- 三、法律位阶判断标准在我国的运用
- 四、结语

* 北京航空航天大学法学院教授。本文系 2019 年度国家社科基金重大研究专项“以法规备案审查制度彰显社会主义核心价值观研究”(项目批准号:19VHJ015)的阶段性成果。

法律位阶在我国法学界是耳熟能详的概念,^①然而长期以来,关于它的内涵,比如法律位阶到底是指抽象的法律形式之间的位阶还是指具体的法律文件之间的位阶、法律位阶到底是指效力位阶还是指规范位阶等等,存在诸多理论争议。这些理论争议不仅关系到法律位阶的成立,也影响到对法律位阶判断标准的理解。如,我国《立法法》第87—89条以及第91条虽然规定了部分立法的位阶关系,但是一方面,判断我国立法之间位阶关系的标准是什么,并不明确。全国人大常委会法工委国家法室曾在《立法法》释义中透露出这样的讯息,即立法的效力位阶首先是基于制定机关的地位,如“我国是单一制国家,地方的权力不是基于人民的自治权,而是来自于中央的授权”^②,所以行政法规高于地方性法规;而部门规章之所以与地方政府规章是同一位阶,就在于国务院部门与地方政府之间没有领导与被领导关系。其次是基于立法的生效范围,比如行政法规之所以高于地方性法规的另一个理由是,“行政法规在全国范围内实施,而地方性法规只在一定行政区域内有效”^③。然而上述标准却受到学者的质疑。如,胡玉鸿教授认为,国务院虽然是中央国家机关,但其定位仍然是行政管理单位,而地方人大行使的是地方权力,两者是不同质的权力形态。同时,行政法规的内容离不开行政,而地方性法规是一种综合性的规定,事项范围要大于行政法规。所以,他认为,行政法规与地方性法规之间并不存在上下位阶关系。^④另一方面,《立法法》的规定并未彻底地解决我国的法律位阶问题,一些《立法法》没有明确的情形,如全国人的法律与全国人大常委会的法律之间、省级地方性法规与地级地方性法规之间、部门规章与地方性法规之间、省级地方政府规章与地级地方性法规之间的位阶关系,都处于未知状态。因此,有必要澄清法律位阶的内涵,反思并挖掘法律位阶的判断标准,将之用于我国的立法实践,这对于我国法律体系的完善具有重要的意义。

一、法律位阶内涵的澄清

法律位阶理论(Stufenbaulehre)最早由维也纳学派的代表人物梅克尔(Adolf Julius Merkl)提出,后被凯尔森采用,作为其纯粹法学的核心观点之一,并得到广泛传播。^⑤法律位阶理论旨在为判断法律形式之间的关系提供标准。在这里,法律形式与法源同义。^⑥

① 顾昂然在《立法法》草案说明中指出,《立法法》所确立的基本原则之一就是“上位法的效力高于下位法”。参见顾昂然:《中华人民共和国立法法讲话》,法律出版社2000年版,第86页。

② 全国人大常委会法工委国家法室编:《中华人民共和国立法法释义》,法律出版社2015年版,第285页。

③ 张春生主编:《立法实务操作问答》,中国法制出版社2012年版,第206页。

④ 参见胡玉鸿:《试论法律位阶划分的标准——兼及行政法规与地方性法规之间的位阶问题》,载《中国法学》2004年第3期,第30—31页。

⑤ 阿列克西甚至认为,没有梅克尔的法律位阶理论,凯尔森的纯粹法学是不可想象的。参见[德]阿列克西:《论凯尔森的宪法概念》,赵真译,载张冀编译:《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298页。

⑥ Vgl. Bettina Stoitner, Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung, in: Stanley L. Paulson und Robert Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre: Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1985/86, 1986, S. 53.

梅克尔之所以用法律形式来代替法源不仅是为了避免使用法源这个陈旧的概念,^⑦也是为了在法源与逻辑上经过了整理的法律语句之间搭建起桥梁^⑧。这其中的背景在于,法律位阶理论的提出是为了反对当时将“法律作为唯一法源”的主流观点,该观点无法将所有的国家行为纳入法的约束之下,从而不能充分地贯彻依法治国理念。由此我们才看到,无论是梅克尔还是凯尔森都将法律形式或者法源扩展到了法律之外的所有立法,乃至行政行为、司法判决和私人之间的法律行为(比如合同)。也就是说,法律位阶只有在法源多元的情况下才有意义。^⑨

(一) 法律位阶中的“法律”

法律位阶比较的是法律形式或者法源之间的位阶,而非特定的法律文件之间的位阶。对于后者,比如有学者认为,只有当某一个法律文件明确以另一个法律文件为制定依据,作为依据的法律文件为上位法,依据其制定的法律文件为下位法。^⑩如《土地管理法实施条例》第1条规定:“根据《中华人民共和国土地管理法》,制定本条例。”按照上述观点,只有《土地管理法》才是《土地管理法实施条例》的上位法,那么,其他的法律,比如《行政处罚法》就不是《土地管理法实施条例》的上位法。这显然不符合法律位阶理论。法律位阶理论之所以将条件关系作为判断不同法律形式之间上下位阶的标准,因为“不同法律形式是基于不同的产生方式”,只要基于同一产生规则产生的法律形式,就是同一种法律形式或者法源。《土地管理法》和《行政处罚法》都是法律,是同一种法源,因为它们都是按照《立法法》第7条的“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权”产生的,所以,它们都是《土地管理法实施条例》的上位法,这一点也为《宪法》第89条第1项“国务院行使下列职权:(一)根据宪法和法律,……制定行政法规”所承认。就此而言,《土地管理法实施条例》第1条规定的“根据《中华人民共和国土地管理法》,制定本条例”只能说明该条例与《土地管理法》在调整对象上比其他法律重合度更高,但并不是说只有《土地管理法》才是它的上位法。理论上任何法律都是该条例的上位法,比如该条例中涉及行政处罚的,《行政处罚法》就构成其上位法;涉及环境保护的,《环境保护法》构成其上位法;涉及规划的,《城乡规划法》构成其上位法等等,不一而足。

(二) 法律位阶中的“位阶”

有学者认为应当区分规范位阶和效力位阶,认为效力位阶意味着规范的效力有高低之分,有强弱不同,“效力强”的法律就必须遵守,“效力弱”的法律就可以不那么遵守。^⑪

⑦ 凯尔森指出,法源这一术语的多义性使它看起来没有多大用处。参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》(原书第2版),雷磊译,法律出版社2021年版,第292页。

⑧ Vgl. Stanley L. Paulson, Zur Stufenbaulehre Merkl's in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl: Werk und Wirksamkeit, Ergebnisse eines Internationalen Symposiums in Wien (22.-23. März 1990), 1990, S. 96.

⑨ 参见胡玉鸿主编:《法律原理与技术》(第2版),中国政法大学出版社2007年版,第110页。

⑩ 参见马英娟:《再论全国人大法律与全国人大常委会法律的位阶判断——从刘家海诉交警部门行政处罚案切入》,载《华东政法大学学报》2013年第4期,第93页。

⑪ 参见邓世豹:《法律位阶与法律效力等级应当区分开》,载《法商研究》1999年第2期,第59页。

这既涉及到对规范与效力之间关系的理解,当然也涉及到对法律位阶的理解。对于前者,区分规范位阶与效力位阶的意义不大,因为在纯粹法学看来,效力是规范的特殊存在。^⑫就像事实的属性是真假一样,规范的属性就是有效无效。因此说规范的位阶就是说规范的效力位阶,两者之间没有本质的区别,比如我们说“宪法作为最高法”就是指“宪法具有最高法律效力”。对于后者,即使承认规范的效力位阶也不会得出规范的效力强弱不同的结论,规范的效力只有时间、空间、对人、对事上的范围差别,不存在强弱之别。同时,规范效力的高低也不是指其效力的强弱,而是从规范效力的来源(凯尔森称之为效力基础)上而言的。法律位阶是在解释规范为什么有效或者无效,当然它是站在纯粹法学的角度,即在规范体系之内来寻找有效无效的理由,而不是从规范体系之外,比如价值或者社会现实中去寻找原因。所以,担心法律位阶会导致上下位法在遵守程度上有差别是不必要的。

(三) 法律位阶是否意味着下位法在具体化上位法?

人们经常用“下位法是对上位法的具体化”来说明上下位法的关系。^⑬但这一表述实际上是不准确的,根本原因在于这里的“具体化”一词,其内涵是模糊的。根据学者恩吉施的研究,具体与抽象相对,关于什么是具体、什么是抽象,有三种理解:(1)具体是个别的,抽象是一般的;(2)具体是直观的,抽象是非直观的;(3)具体是确定的,抽象是不确定的。^⑭恩吉施认为,具体化同时具有这三种内涵。^⑮那么,在法学领域,具体化是如何实现的?大致有四种观点:(1)作为规范实现的具体化。这就是法律位阶理论所使用的具体化内涵,即从上位法到下位法就是一个个别化和具体化的过程,最终使得规范在个案中落实。(2)作为规范产生的具体化。根据学者米勒和克里斯滕森的观点,规范具体化并非在实现、转化或者适用一个既有的规范,而是在个案解决的框架内产生一个法规规范。具体化并非将一个既有的普遍的法律规范窄化到一个案例中,而是在解决一个特定案例的过程中产生一个普遍的法律规范,即判决规范(Entscheidungsnorm)。^⑯这里的判决规范类似于我们通常讲的裁判要旨,比如,针对我国《政府信息公开条例》第36条第4项,结合“罗元昌诉重庆市彭水苗族土家族自治县地方海事处政府信息公开案”的情形,通过法院的审理形成了如下的裁判要旨:“在政府信息公开案件中,被告以政府信息不存在为由答复原告的,人民法院应审查被告是否已经尽到充分合理的查找、检索义务。原告提交了该政府信息系由被告制作或者保存的相关线索等初步证据后,若被告不能提供相反证据,并举证证明已尽到充分合理的查找、检索义务的,人民法院不予支持被告有

^⑫ 参见前注⑦,汉斯·凯尔森书,第13页。

^⑬ 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27-29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》,载《中外法学》2021年第2期,第285-304页。

^⑭ Vgl. Karl Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl., 1968, S. 3.

^⑮ Vgl. Karl Engisch(Fn. 14), S. 75-84.

^⑯ Vgl. Friedrich Müller/Ralph Christensen, Juristische Methodik, Band I, 11. Aufl., 2013, S. 263ff.

关政府信息不存在的主张。”^{①⑦}这一判决规范相比《政府信息公开条例》第36条第4项的规定,显然更为具体。与米勒观点类似的是黑塞和菲肯彻尔,他们也认为具体化只有建立在具体的问题上才有可能。^{①⑧}(3)作为规范填充的具体化,主要是针对不确定法律概念和一般条款进行内涵确定。学者勒特尔认为,这种模式兼具前两种模式的性质,因为规范实现主要强调具体化受约束的他治一面,而规范产生主要强调具体化形成性的自治一面,规范填充意味着一种受约束的法形成。^{①⑨}(4)作为规范解释的具体化。这种观点又根据对于解释的理解不同分为两种,一种认为,解释只是呈现规范已有的内涵,具体化是一种认知活动;^{②⑩}另一种则认为,解释本身具有形成性,此时具体化是一种意志活动。^{②⑪}

由此可见,具体化无外乎两种:一种是法制定意义上的具体化,比如下位法对上位法的具体化;另一种是法适用意义上的具体化,无论是判决规范还是法解释均属于此。法制定与法适用的区别,一方面在于受到法的约束程度不同,根据梅克尔和凯尔森的法律位阶理论,上位法对下位法的约束首先是授权下位法的产生,上位法一般不对下位法的内容产生影响,即使产生也是消极影响,即下位法不得规定什么内容。下位法在上位法的授权范围内对内容享有形成自由。法适用的核心是解释,而解释与立法的区别在于,解释者首先要遵循且真实呈现立法者的意志,而非解释者自己的意志,只有在立法者的意志会导致极端不公正的结果时,才能不被视为解释的正当依据。^{②②}由此可见,法适用受到的法约束程度显然要高于法制定。另一方面在于是否与个案事实相联系。法制定中,下位法对于上位法的具体化主要是基于上位法的授权,与个案事实无关;而法适用中的具体化,实际上是因为将一般的法规范适用于个案事实成为个别规范所致。梅克尔和凯尔森之所以认为下位法既具有法制定的性质,又具有法适用的性质,是因为他们将个别规范也作为法律形式。^{②③}如果排除个别规范的因素,下位法对上位法的具体化主要还是法制定意义上的具体化。这种具体化的关键就在于得到授权。比如,《宪法》第89条第1项规定:“国务院行使下列职权:(一)根据宪法和法律,……制定行政法规。”这就意味着行政法规是对宪法和法律的具体化。至于针对不确定法律概念和一般条款的具体化的性质,有可能是法制定意义上的具体化。如,我国《宪法》第13条第3款规定的“公共利益”是不确定法律概念,在《土地管理法》第45条中就列举了各种类型的公共利益,而《土地管理法》第1条明确规定“根据宪法,制定本法”。也有可能是法适

^{①⑦} 《最高人民法院指导案例101号》,载最高人民法院网, <http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-136401.html>, 2021年5月15日访问。

^{①⑧} Vgl. Anne Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 17.

^{①⑨} Vgl. Anne Röthel(Fn. 18), S. 21.

^{②⑩} Vgl. Winfried Brugger, Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze, AöR 119 (1994), S. 1ff.

^{②⑪} Vgl. Christian Seiler, Auslegung als Normkonkretisierung, 2000, S. 38.

^{②②} 参见雷磊:《再论法律解释的目标——德国主/客观说之争的剖析与整合》,载《环球法律评论》2010年第6期,第51页。

^{②③} 黄舒芃教授认为,从凯尔森承认违宪审查具有消极立法功能来看,凯尔森仍然是区分法制定与法适用的。参见黄舒芃:《宪法解释的“法适用”性格:从德国公法上法学方法论传统对“法适用”与“法制订”的区分探讨联邦宪法法院解释活动的本质》,载《政大法学评论》第81期(2004年),第73-74页。

用意义上的具体化。如,在“徐井贤、黑河市人民政府二审行政判决”中,法院指出,“本案中,为切实改善棚户区内居民的居住和生活条件,黑河市政府制定出台城区西部棚户区改造项目,该项目明显是为改变城市面貌、提高居民生活水平、改善居住环境、增加公共福祉的公益性项目,亦符合公共利益的特征”^{②4}。

学者之所以担心将法律视为宪法的具体化会导致宪法成为法律总则,^{②5}实际上是把具体化理解为内容上的具体化,但这并非法定意义上的具体化内涵。后者的核心在于授权而非内容。也就是说,法律只是在宪法授权产生的意义上才是对宪法的具体化,宪法并不要求法律将宪法中所有条款的内容予以细化。对于内容上的具体化,德国学者也有激烈的批评:一是会使得宪法变成一个关键词索引,甚至误以为,宪法缺乏法律的具体化就不能得到适用。^{②6}二是会消解宪法与法律之间的位阶关系,因为既然法律是宪法内容的具体化,那就意味着法律变成了实质性的宪法,法律与宪法只有内容上的详略之分,而无高低之别。^{②7}按照凯尔森的观点,内容上的具体化是用来描述静态的道德规范体系的,“静态体系中并无创设者”。^{②8}这显然不同于上下位法由不同机关制定的法律规范体系。也就是说,为什么无法认为下位法是对上位法的内容的具体化,因为下位法的制定机关有其自己的意志,上位法顶多只规定了下位法不能规定的内容,但具体应当规定什么内容,上位法并无法为下位法提供指示,自然更谈不上下位法对上位法的内容进行具体化了。如,《彩票管理条例》第5条第3款规定,县级以上各级人民政府公安机关和县级以上工商行政管理机关,在各自的职责范围内,依法查处非法彩票,维护彩票市场秩序。《彩票管理条例实施细则》第7条第1款规定:“条例第五条所称非法彩票,是指违反条例规定以任何方式发行、销售以下形式的彩票:(一)未经国务院特许,擅自发行、销售福利彩票、体育彩票之外的其他彩票;(二)在中华人民共和国境内,擅自发行、销售的境外彩票;(三)未经财政部批准,擅自发行、销售的福利彩票、体育彩票品种和彩票游戏;(四)未经彩票发行机构、彩票销售机构委托,擅自销售的福利彩票、体育彩票。(五)擅自利用互联网销售的福利彩票、体育彩票。”如果认为《彩票管理条例实施细则》第7条第1款在内容上具体化了《彩票管理条例》第5条第3款中的“非法彩票”,那就等于说违反《彩票管理条例实施细则》第7条第1款就是在违反《彩票管理条例》第5条第3款,但这从根本上取消了两者之间的位阶关系。众所周知,《彩票管理条例》是

^{②4} 黑龙江省高级人民法院(2018)黑行终463号行政判决书。

^{②5} 参见前注^⑬,陈景辉文,第287页。

^{②6} 比如在著名的“乔占祥诉铁道部春运火车票涨价案”中,二审法院就认为,虽然《价格法》第23条规定了公用事业价格的听证会制度,但由于在铁道部制定《关于2001年春运期间部分旅客列车票价上浮的通知》时,国家尚未建立和制定规范的价格听证制度,故要求铁道部申请价格听证缺乏具体的法规和规章依据。参见杨小君编:《重大行政案件选编》,中国政法大学出版社2006年版,第155页。按照这一逻辑,如果缺乏对法律进行具体化的法规和规章,法律中的相关制度就无法适用。

^{②7} Vgl. Matthias Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, 1999, S. 155ff.

^{②8} 参见雷磊:《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99页。

国务院制定的行政法规,而《彩票管理条例实施细则》只是财政部、民政部、国家体育总局联合制定的部门规章,难道《彩票管理条例实施细则》第7条第1款对“非法彩票”的列举不可能违反《彩票管理条例》第5条第3款的立法本意吗?实际上,《彩票管理条例实施细则》仅仅是根据《彩票管理条例》的授权制定而已,但它的内容体现的是国务院部门的意志,而非国务院的意志。

此外,有学者认为凯尔森的理论为“法律是宪法的具体化”提供了理由,并对其展开了批判。^{②⑨}笔者认为这种看法是可以商榷的。首先,凯尔森认为下位法是对上位法的具体化,是基于授权而非内容。当然,凯尔森在《谁应成为宪法的守护者?》一文中认为宪法还规定了下位法不应当规定的内容,似乎有违他“上下位阶的法并非内容上的推导”的主张,但是如果从凯尔森认为“合宪性审查是消极立法”的观点来看,上位法或者宪法只是排除了下位法的某些内容,并没有积极地参与下位法的内容形成,因为从“不应当规定什么”并不能推导出“应当规定什么”,所以还不能据此认为凯尔森的主张就属于自相矛盾。其次,凯尔森的理论是否会导致同一个法体系内存在多个宪法或所有法律均为宪法的错误,这涉及到对授权规则的理解。虽然凯尔森认为上下位阶关系是因为上位法授权产生了下位法所致,但是凯尔森并没有说这个授权就是由每个上位法自身来规定的。更何况,按照梅克尔区分法的行为规则与法的产生规则的做法,如果说所有的上位法都是法的产生规则,那么法的行为规则在哪里?难道只有最低层级的事实上的执行行为才是法的行为规则?因此,法的产生规则并不是分散在每个上位法中,而是集中规定在宪法中。宪法与其他法的分工体现在产生规则和行为规则上,就此而言,才能从根本上区分宪法与其他法。如,我国《宪法》第89条第1项规定:“国务院行使下列职权:(一)根据宪法和法律,……制定行政法规。”这一授权规则并不需要在每部法律中再规定一遍(当然笔者并非主张法律不能规定,而是说即使法律没有这么规定,也不意味着宪法和法律就不是行政法规的上位法了)。正是基于此,笔者认为陈景辉教授的“宪法是二阶规则或者次级规则、其他法是一阶规则或者初级规则”的观点是成立的。^{③⑩}当然,如果这一观点成立,那么,其他的上位法也是宪法或者一个法体系内存在多个宪法的担心就不必要了。

(四) 法律位阶是否意味着上位法是下位法的价值来源?

人们还会用上位法是下位法的价值来源来说明上下位法的关系,这尤其体现在将宪法作为价值秩序(Wertordnung)的学说。^{③⑪}该学说的具体表现就是将宪法中的基本权利作为客观价值秩序。近年来,我国宪法学界也围绕该学说的对错展开了争论。^{③⑫}

^{②⑨} 参见前注^⑬,陈景辉文,第297-298页。

^{③⑩} 类似的观点,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13-14页。

^{③⑪} 参见张嘉尹:《论“价值秩序”作为宪法学的基本概念》,载《台大法学论丛》第30卷第5期(2001年),第1-31页。

^{③⑫} 支持的观点,参见郑贤君:《作为客观价值秩序的基本权——从德国法看基本权保障义务》,载《法律科学》2006年第2期,第35-45页;赵宏:《作为客观价值的基本权利及其问题》,载《政法论坛》2011年第2期,第57-70页。反对的观点,参见李海平:《基本权利客观价值秩序理论的反思与重构》,载《中外法学》2020年第4期,第1062-1080页。

按照德国学者阿列克西的观点,基本权利是由主体、客体、内容组成的三重构造,^{③③}而价值则是将基本权利的三重构造去除、经由三重抽象而得出的结果。例如言论自由的基本权利内涵是“公民有请求国家不得干涉其言论的自由”,如果将此基本权利的权利主体(公民)、权利内容(不得干涉其言论)和权利客体(国家)剥离,就可以得到一个类似“言论自由应予保障”的价值。^{③④}当然,有学者可能质疑,这种将权利抽象为价值的做法也可以对民事权利适用,为什么不以民事权利作为客观价值秩序呢?^{③⑤}这必须谈到民事权利与基本权利的一个重大区别,即对于立法者的约束力是不同的。民事权利作为法律权利,立法机关可以通过简单多数就可以修改,而基本权利作为宪法权利,立法机关要想修改必须修宪,修宪比修法困难得多。因此可以说,即使将民事权利作为价值来源,这种价值也是不稳固的,也难说是“客观”的价值,反而是会随着立法者的意志而改变的“主观”的价值,而这恰恰是基本权利作为客观价值秩序中“客观”的由来。

基本权利作为客观价值秩序是为了克服魏玛宪法中的价值相对主义,所谓价值相对主义是指只要国家中的多数人同意,任何观点都可以主导国家。即只按照支持者的人数而非政治观点的内容来决定国家的主导思想,因为没有哪一种政治观点是可以被证实的、也没有哪一种观点是可以被证伪的。^{③⑥}价值相对主义最突出的表现就是魏玛宪法。该法第76条规定,宪法可以通过法律予以修改,并且只要2/3以上的国会议员出席、2/3以上的出席者同意就可以做出修改。这种“任何内容都可以无差别修改的程序”会导致任何价值都不具有根本性的意义。对此,笔者认为,首先,如果从客观价值秩序旨在反对魏玛时代的价值相对主义的历史来看,客观只是代表着一个根本价值的实定化,恰恰是为了防止任何国家机关,包括立法者和法院,主观地改变和取消这些价值。同时,这种价值的实定化主要防范国家机关,并非对个人的价值强制,这与纳粹时期强迫个人接受集体价值观存在本质的不同。将这些根本的价值共识予以实定化是民主过程的产物、是个人自由选择的结果。其次,价值秩序反映了价值之间的一种排列。战后德国将人的尊严确立为人的最高价值,从而在基本权利之间建立起一种根据该权利对人的尊严的实现程度的“差序格局”。因此,跟人的尊严的关系越近,其抽象的重要性就越高。这种价值之间的秩序化为法院进行价值衡量提供了原初的依据,也是为了防止法院的恣意。

基本权利作为客观价值秩序的最大影响就是所谓基本权利的辐射效力,它要求在解释和适用法律规定时要重视基本权利中的价值决定,^{③⑦}从而导致所有部门法或者法秩序的宪法化,并且随着德国的宪法诉愿制度使得这种宪法化愈演愈烈,即普通法院和行政

^{③③} Vgl. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 171f.

^{③④} 参见张嘉尹:《基本权理论、基本权功能与基本权客观面向》,载《当代公法学新论》(上),元照出版有限公司2002年版,第53-54页。

^{③⑤} 黄宇骐博士就对将宪法作为整个法体系的价值来源提出了质疑。参见黄宇骐:《论宪法基本权利对第三人无效力》,载《清华法学》2018年第3期,第203-204页。

^{③⑥} Vgl. Hans-Jürgen Papier/ Wolfgang Durner, *Streitbare Demokratie*, AöR 128 (2003), S. 344.

^{③⑦} Vgl. Hans D. Jarass, *Funktionen und Dimensionen der Grundrechte*, in: Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band II, 2006, S. 649.

法院在解释法律时如果不考虑基本权利的价值或者进行了不恰当的评价,将导致案件判决被联邦宪法法院发回重审的后果。因此,基于宪法来解释法律成为各级法院的一种义务,而正是在基于宪法的法律解释过程中,法律被逐步宪法化。法秩序的宪法化虽然彰显了宪法的最高法地位,但同时也带来了饱和问题,即宪法的过载,从而对立法的民主形成过程以及部门法的独立性构成了威胁。比如财产的内容原本是宪法授权法律(尤其是民法)去形成,结果反倒要求法律去符合宪法上的财产概念,而宪法上的财产概念实际上又是由宪法适用机关来认定的。因此,德国学者伯肯弗尔德认为,客观价值秩序的概念使得宪法法院的活动从解释性的法律适用变成了形成性的具体化,消弭了立法与判决之间的实质区别,立法机关与宪法法院都在以具体化的形式进行法律构建并且处于竞合的关系,由于宪法法院具体化的结果具有宪法位阶从而在竞合关系中处于优先地位,最终使得议会立法国变成宪法法院的司法国。^{③⑧} 据此,伯肯弗尔德及一些学者提出了宪法作为框架秩序(Rahmenordnung)的学说。^{③⑨} 该学说主张,宪法一方面为政治决策权划定了有约束力的界限。就此而言,宪法上规定的公民基本权利和国家机构,并非在指引公民或者国家机关如何行为,而是说政治权力在行使的时候不能去侵犯公民的基本权利和其他国家机关的权力,即基本权利和国家机构构成了政治权力行使的边界。另一方面,宪法也通过提供行为目标和形成原则的方式为政治活动和决策权力设置了有约束力的方向规定,至于如何实现这些目标则由立法机关来规定。^{④⑩} 可见,所谓框架秩序不过是宪法兼具废止功能和授权功能的另一种说法。

对此,笔者认为,宪法作为价值秩序和宪法作为框架秩序这两种学说无法简单地判断谁对谁错。从法律位阶理论来看,宪法作为框架秩序自然更具合理性。但问题是,从法律是最低的道德的角度,宪法中不可避免地存在一些道德内容,这些内容以基本价值共识的形式存在。最典型的的就是我国《宪法》第24条第2款规定的社会主义核心价值观以及“爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱社会主义的公德”。这使得宪法不仅仅是法律的动态效力基础,同时也成为法律的静态效力基础。即宪法不仅成为法律的效力来源,也成为其内容来源。然而,只要法律与道德无法完全脱钩,这种效力来源和内容来源在宪法中并存的局面恐怕很难改变。

二、法律位阶判断标准的反思

法律位阶理论的核心是法律位阶的判断标准,澄清法律位阶的内涵只是为理解法律

^{③⑧} Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 29 (1990), S. 24–25.

^{③⑨} 参见王鹏翔:《基本权作为最佳化命令与框架秩序——从原则理论初探立法余地》,载《东吴法律学报》第18卷第3期(2007年),第13–21页。

^{④⑩} Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation—Bestandsaufnahme und Kritik, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 1991, S. 86–87.

位阶的判断标准奠定基础。必须注意到,我国传统上并未真正引入法律位阶理论所提供的判断标准,而是“另起炉灶”发展出了一套标准,但是这些标准却存在一些问题。

(一) 对于传统法律位阶判断标准的反思

我国学界关于法律位阶的判断标准有一元论、二元论^⑪和三元论^⑫三种,这其中的共性在于都将制定机关地位高低作为判断法律位阶的标准,其他标准只不过是该标准的补充。但问题在于,用制定机关的地位高低来说明法律位阶的不同不仅是不科学的,对于很多情形也是无法判断的。首先,如果说是制定机关的地位高低决定了其所立之法的位阶高低,那么,反过来说就是,同一机关制定的立法应当是同一位阶。但为什么有时同一机关所立之法的位阶反而不同?比如全国人大修改宪法所通过的宪法修正案与全国人大制定的法律之间,显然宪法修正案的位阶高于法律。其次,行使不同种类权力的机关之间难以判断其地位高低。比如国务院与地方人大及其常委会之间,谁的地位更高?《宪法》第110条第2款仅仅规定,全国地方各级人民政府都是国务院统一领导下的国家行政机关,都服从国务院,并没有规定地方人大及其常委会也受国务院的领导。

至于实务中将立法的生效范围大小作为判断法律位阶标准的做法,也存在自相矛盾的问题。比如,如果说行政法规之所以高于地方性法规,是因为行政法规在全国范围内生效,而地方性法规只在一定行政区域内生效,但为何同样在全国范围内生效的部门规章在位阶上却与只在一定行政区域内生效的地方政府规章相等(《立法法》第91条)?可见,生效范围的大小也无法成为判断法律位阶的标准。

(二) 法律位阶判断标准的重新挖掘

那么,法律位阶的判断标准应当是什么?实际上,在法律位阶理论提出之时就已经提供了位阶的判断标准,只是该理论后来经历了一些发展演变,比如凯尔森虽然继承并深化了梅克尔提出的条件关系标准,但却没有继承其提出的废止关系标准,因此给外界留下了一种标准晦暗不明的感觉。所以,本部分并非对法律位阶判断标准的重构,而是希望通过对相关文献的挖掘,从中找出标准发展演变的原因,筛选其合理成分,进而发现符合法律位阶本质的判断标准。

1. 条件关系标准

法律位阶理论的集中表现是梅克尔1931年发表的《法律位阶理论绪论》一文。^⑬在该文中,他首先区分了法律形式与法律内容,指出法秩序是由很多相互联系的法律

⑪ 二元论本身又有不同的标准划分,参见吴恩玉:《上下位法间的效力优先与适用优先——兼论自治法规、经济特区法规和较大市法规的位阶与适用》,载《法律科学》2010年第6期,第30-31页。

⑫ 参见前注⑩,马英娟文,第86-87页。

⑬ 该文虽然说叫绪论,并且梅克尔也在该文文末的脚注中预告“一部有关法律位阶理论的专著正在准备中”,但不知为何,梅克尔此后再未触及这一问题。因此,该文就成了梅克尔法律位阶理论的终篇。当然,梅克尔的理论并非该文首次提出,最早可以追溯到1915年。关于梅克尔理论的发展演变,参见[德]马丁·博罗夫斯基:《论梅克尔的法律层级学说》,王晖译,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206-214页。

语句 (Rechtssätzen) 组成的集合。^④ 对法秩序的结构分析不仅仅是分析那些几乎取之不尽的法律内容,也要分析有限的法律形式。法律形式就是法律语句的表现形式 (Rechtssatzform)。他认为,单个的法律语句与其他语句的区别在于内容,但是一组法律语句与其他组的法律语句的区别就在于形式。因此,形式的区别是对法律语句进行分组的手段。^⑤ 与法律内容的多样性相对的是法律形式的有限性,因为法律形式取决于产生方式,只有相同的产生规则才能形成相同形式的语句。^⑥ 在此,梅克尔引入了法律的产生规则与行为规则二分思想。根据梅克尔的观点,任何一个法律秩序中不仅有调整人的行为的规则,也有设立、形成或者产生这些行为规则的规则。

由此出发,梅克尔认为,在一个法律秩序中的不同法律形式之间存在一个派生关系,如果一个形式构成了另一个形式产生和生效的前提,那么可以说这个形式构成了另一个形式的条件。这种条件与被条件关系也构成了一种等级高低关系,从而产生了位阶的效果。那么,哪些形式之间存在这种条件关系呢?梅克尔认为,必须是一个法律规定 (Rechtsvorschrift) 中的构成要件连接了产生另一个法律规定的法律后果。^⑦ 因此,所谓法律产生规则就是授权形成法律规定。^⑧ 此时可以说,法律产生规则构成了下位法律规定产生的条件,没有法律产生规则就没有下位的法律规定。

梅克尔的法律位阶理论对凯尔森产生了很大影响,凯尔森将其称为纯粹法学的共同创立者。^⑨ 凯尔森最早于 1923 年的《国家法学的主要问题》一书中采纳了该理论,随后在《纯粹法学》一书中加以深化。^⑩ 他不仅认为“实证法秩序既是一个相同位阶的体系,也是一个由上下位阶的法律形式所组成的体系”^⑪,而且提出了条件关系的动态性以及指出这种条件关系是授权意义而非内容意义上的,并将内容上的关联界定为道德规范的特征,从而深化了对条件关系的理解。

首先,凯尔森将效力基础分为两种,一种是静态的,即一个规范的效力可以追溯到另一个规范的内容,此时这两个规范构成一般与特殊的包含—被包含关系。比如从“人应当爱同胞”这个规范可以推导出“人不应当让同胞遭受不利”“人不应当杀害同胞或者

^④ 梅克尔是将法律规范与法律语句作为同义词使用的,但是凯尔森区分了两者的,法律规范是意志行为的意义,它可以通过语言表达出来 (无论是文字还是口头),而法律语句仅仅是语言表达,它们是有关法律规范的陈述。See Roberto J. Vernengo, *Kelsen's Rechtssätze as Detached Statements*, in Richard Tur & William Twining, eds., *Essays on Kelsen*, Clarendon Press, 1986, p.99-100.

^⑤ Vgl. Adolf Merkl, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in: Alfred Verdross (Hrsg.), *Gesellschaft, Staat und Recht: Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, 1931, S. 252.

^⑥ Vgl. Robert Walter, *Der Aufbau der Rechtsordnung: Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre*, 1964, S. 56.

^⑦ 法律规范与法律规定不同,法律规定是指带有法的性质的个别规定,它是规范的一部分。规定共同构成了规范,因此,规范是理论上的,对规范的认识是以实定法秩序中存在的规定为基础的。Vgl. Bettina stoitner (Fn. 6), S. 53.

^⑧ Vgl. Robert Walter (Fn. 46), S. 61.

^⑨ Vgl. Theo Öhlinger, *Der Stufenbau der Rechtsordnung: Rechtstheoretische und ideologische Aspekte*, 1975, S. 9.

^⑩ Vgl. Heinz Mayer, *Die Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in: Robert Walter (Hrsg.), *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, 1992, S. 37-38.

^⑪ Jürgen Behrend, *Untersuchung zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsen's*, 1977, S. 52.

对其造成生理或道德上的伤害”“当同胞处于危急状况时应当提供帮助”这些规范。“人应当爱同胞”的规范可以再追溯到更一般的规范,比如“人应当保持宇宙和谐”。由此就为一个全面的道德秩序提供了基础,这个秩序中的所有规范都包含在这一规范的内容中,它们之间是一种从一般到特殊的演绎关系。此时,“人应当保持宇宙和谐”就是基础规范。基础规范不仅为上述通过逻辑运算推导出的规范们提供了效力基础,还提供了效力内容。如果一个规范体系的效力基础和效力内容都是从基础规范中推导而来,这就是一个静态的规范体系。^{⑤2}另一种动态的关系是指基础规范中包含了产生规范的构成要件,要么授予制定规范的权力,要么规定一般和个别的规范如何产生。比如父亲命令他的孩子去学校,孩子可能问,为什么我应当去学校?答案可能是,因为孩子应当服从父亲的命令。孩子如果再问,为什么我应当服从父亲的命令?答案可能是,因为上帝命令服从父母。此时,“孩子应当去学校”这个规范并不是从“上帝命令服从父母”这个基础规范的内容中推导出来的,基础规范只是授权父母发布命令。也就是说,下位规范之所以生效,因为它是按照基础规范规定的方式产生的,而非因为它具有某种内容。基础规范只是为规范体系提供了效力基础但没有提供内容,内容是由基础规范授权的行为或者基础规范授权行为再授权的行为确定的,这就是动态的规范体系。与静态的关系相比,动态的关系还需要一个规范制定行为才能确定内容,而静态的关系则不需要这一“中介”,它的内容可以直接从基础规范中推导而出。

其次,凯尔森从区分道德与法律的角度提出,法律规范体系本质上具有动态的性质。按照凯尔森的观点,道德规范不需要透过任何行为的中介就能适用。相反,法律规范需要经由特定的机构个别化后才能加以适用。因此,道德体系中的基础规范是所有道德规范的内容来源,其他规范都是从基础规范中演绎而出,其他规范与基础规范之间只不过是“分—总”的关系,可以说,其他规范就是实质意义的基础规范,所以从一开始就没有上下位阶之分,而是一个静态的整体。反过来,法律规范之所以生效并不是因为它的内容可以从法律体系中的基础规范中合乎逻辑地推导而出,而是因为它按照基础规范所确定的方式产生的。此时,下位规范的制定机关在获得了上位规范的授权后,依据自己的意志来决定下位规范的内容。此时上位规范是一个未完成的规范,由被授权机关针对具体情况,加上新的内容,形成下位规范。^{⑤3}由此只有不断地授权,这个阶梯才能不断向下延伸直到在具体的个案中落实,这就是动态的意义。同时,不像道德体系中的基础规范是个具有高度抽象内容的规范,法律秩序中的基础规范并非一个实质的规范,它只是逻辑意义上的宪法,从而区别于实定法意义上的宪法。^{⑤4}它是法律制定程序的起点,但它本身并非通过习惯或者通过机关的行为形成的,它只是假定的规范。人们假定它,即人们认为应当按照宪法的规定来行为,此时人们就已经将制宪行为和根据宪法来立法的行

^{⑤2} Vgl. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe, 2. Aufl. 1960, 2017, S. 349–350.

^{⑤3} Vgl. Adolf Merkl, *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Band I, 1968, S. 1170–1171.

^{⑤4} Vgl. Hans Kelsen (Fn. 52), S. 354–356.

为主观意义转变为一种客观意义,即法律规范是客观有效的、该规范所调整的关系成为法律关系。^{⑤⑤}

2. 废止关系标准

除了条件关系外,梅克尔还提出了另一个法律位阶的判断标准,即废止关系。所谓废止(Derogation),是指通过一个规范取消另一个既有规范的效力。^{⑤⑥}根据梅克尔的观点,任何一个规范秩序在任何时间点上,它的效力都是封闭的、完美的和最终的。他称之为规范体系的不可改变原则。所以,只有通过这个体系本身才能接受或者排除某个与该体系相关的规范。^{⑤⑦}废止的前提是规范发生了冲突,但是通过废止来解决规范冲突并不必然发生。只有当制定规范的权威规定了废止的时候,它才会发生。^{⑤⑧}因为规范冲突有可能是高位阶规范与低位阶规范的冲突,也有可能是同位阶规范之间的冲突。而废止之所以作为判断上下位阶的标准,就是因为“一个法律语句,能够废止另一个法律语句的效力,而另一个法律语句并不能废止它的效力,此时具有废止力的法律语句是高位阶,而被废止的法律语句是低位阶。反之,如果两个法律语句相互废止,那么说明它们是相同位阶”^{⑤⑨}。有学者将废止关系等同于立法审查权,认为如果某机关可以审查另一机关制定的立法,那么审查机关制定的立法就高于被审查机关制定的立法。^{⑥⑩}这一观点可能误解了废止关系,废止关系是指两个规范之间的关系,即一个规范可以否定另一个规范的效力,通常表现为“一个规范不得抵触另一个规范”,并非指某个机关可以审查某一规范的效力,当然也不可能衍生为“审查机关的规范与被审查机关的规范之间的关系”。因为如果审查规范效力的是法院,能说法院制定的规范的效力高于国会的法律或者行政机关的立法吗?一个规范抵触了另一个规范之后到底由谁来审查或者判断,更多反映的是法律位阶确定后的程序上的处置,不能本末倒置地成为判断法律位阶的标准。此外,如果一个规范只是优先于另一个规范适用,但并不废止另一个规范的效力,如优于一般法的特别法、变通规定等等,也不属于此处所讲的废止关系。

与梅克尔不同,凯尔森不仅将废止分为规范冲突下的废止和不带规范冲突的废止,也没有将废止放在法律位阶理论中去讨论,而是作为一种规范逻辑来看待。^{⑥⑪}不带规范冲突的废止是指规范制定权威如果认为某个既有规范的效力是不值得存在的,就可以通过一个废止行为来废止它。例如某个规范规定,所有年满21周岁的男子都应当服兵役。立法者可以颁布一个新的规范——所有有资格的男子都应当服兵役。此时,并不存在规范冲突,而是通过另一个规范来废止既有规范的效力。凯尔森的言下之意是,此时适用

^{⑤⑤} Vgl. Hans Kelsen(Fn. 52), S. 360.

^{⑤⑥} Vgl. Hans Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 84.

^{⑤⑦} Vgl. Adolf Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft: Entwickelt aus dem Rechtsbegriff, 1923, S. 234, 238.

^{⑤⑧} Vgl. Bettina Stoitner(Fn. 6), S. 66.

^{⑤⑨} Adolf Merkl(Fn. 45), S. 276.

^{⑥⑩} 参见顾建亚:《法律位阶划分标准探新》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2006年第6期,第44页。

^{⑥⑪} 凯尔森在讲动态的法律位阶关系时并没有提到废止,废止是放在他的另一本书《规范的一般理论》中作为单独一节。
Vgl. Hans Kelsen(Fn. 56), S. 84ff.

的是“新法优于旧法”的原则,相当于对旧法的修改。^{⑥2}反之,规范冲突下的废止是指一个规范规定的应当与另一个规范规定的应当不兼容,此时这个冲突要解决,就必须通过两者之外的废止规范来废止其中一个规范的效力。^{⑥3}凯尔森认为,废止规范并非一般的行为规范,它只是单纯废止一个行为规范的效力。它的目的不在于一个作为或者不作为的应当,而是一个作为或者不作为的“不应当”。比如它规定“年满21周岁的男子应服兵役的规范的效力将被废止”。所以,废止规范无法单独生效,只能与它想要废止的规范一起生效,它属于非独立规范。同时,由于废止规范不属于行为规范,所以它无法像行为规范一样被遵守和适用。在此,凯尔森与梅克尔都认为,一个规范之所以能够废止另一个规范的效力,这是实定法规定的结果。由此,无论是授权产生另一个规范的产生规范(基础规范除外)还是废止另一个规范效力的废止规范,虽然它们不同于行为规范,但都是实定法的组成部分,这就为我们从实定法中寻找法律位阶的依据提供了理论基础。

凯尔森为什么没有像梅克尔那样将废止关系作为法律位阶的判断标准?笔者认为,原因可能在于,凯尔森后期将“新法优于旧法”也作为废止关系的一种表现。^{⑥4}但众所周知,“新法优于旧法”是解决同一位阶规范之间冲突的准则。^{⑥5}而且按照梅克尔的观点,废止是在规范冲突的情况下发生,而“新法优于旧法”不一定甚至主要不是为了针对规范冲突。因此,在这种理解下,废止关系自然无法成为判断法的上下位阶的标准。^{⑥6}但是在笔者看来,凯尔森的理论实际上证立了上位法为什么能够单方面废止下位法,尤其是宪法为什么能够废止下位法。在《谁应成为宪法的守护者?》一文中,凯尔森指出,“一个法律的违宪性可能不仅在于,它并没有在宪法所规定的程序内生效,而且还在于,它包含有基于宪法规定而不应该有的内容”^{⑥7}。这就将废止的理由揭示出来了,即下位法要么没有按照上位法的授权来制定,违反了条件关系,要么超出了上位法为下位法设定的内容界限。此时,废止一个下位法跟授权产生一个下位法的功能是类似的,只不过前者是消极的立法,后者是积极的立法。

3. 条件关系标准与废止关系标准的联系

如果说条件关系是赋予规范以效力的话,那么废止关系就是剥夺规范的效力,这一正一反构成了一个逻辑严密的体系。有学者认为,废止关系是从条件关系中推出来的,即当一个规范授权产生另一个规范的时候,同时也就授权废止它的效力。^{⑥8}这一观点将

^{⑥2} Vgl. Rudolf Thienel, Derogation: Eine Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II: Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1988, 1988, S. 36.

^{⑥3} Vgl. Hans Kelsen(Fn. 56), S. 86.

^{⑥4} See Stanley L. Paulson, *On the Status of the Lex Posterior Derogating Rule*, in Richard Tur & William Twining eds., *Essays on Kelsen*, Clarendon Press, 1986, p.230-231.

^{⑥5} 参见前注⑦,汉斯·凯尔森书,第258页。

^{⑥6} 也有学者认为废止关系取决于实在法的内容,与纯粹法学侧重于形式的旨趣不符。参见雷磊:《适于法治的法律体系模式》,载《法学研究》2015年第5期,第13页。

^{⑥7} [奥]汉斯·凯尔森:《谁应成为宪法的守护者?》,张龔译,载黄卉主编:《德国魏玛时期国家法政文献选编》,清华大学出版社2016年版,第239页。

^{⑥8} Vgl. Robert Walter (Fn.46), S. 59-60.

导致废止关系只是条件关系的一部分,缺乏独立存在的价值。笔者对此表示反对,这一观点无法解释梅克尔所提出的规范之间的双向废止关系。因为能够双向废止的规范是同一位阶的,它们之间显然不存在条件关系,但却有废止关系。所以,废止关系是有其独立价值的。如果只有条件关系的话,并不足以判断两个法律形式之间具有上下位阶关系。科勒认为,条件关系或者授权关系无法解释为什么该关系就不能是平行的。比如,我授权某人去出租我的房屋,这并不代表我就高于某人,如果他愿意,他同样也可以授权我。因此,在科勒看来,所谓更高的位阶不仅仅是授予任务,也能够撤销、纠正或者修改任务。^{⑥9} 所以,条件关系和废止关系并非相互独立的标准。^{⑦0} 位阶关系必须是“条件关系+废止关系”。这可以帮助我们纠正一些错误的认识,比如有学者指出,行政法规不必然是法律授权产生的,也有可能是宪法授权的,由此导致法律和行政法规并不必然是上下位阶,也有可能是相同位阶。^{⑦1} 但问题在于,这种观点只看到了条件关系,而忽视了废止关系。如果立法规定,行政法规不能与法律相抵触。那么,即使行政法规与法律一样是宪法授权产生的,也仍然低于法律。再比如我国《劳动法》第74条第3款规定,社会保险基金经办机构和社会保险基金监督机构的设立和职能由法律规定。据此,全国人大常委会制定了《社会保险法》。此时虽然《社会保险法》是《劳动法》授权制定的,但不能认为《劳动法》就高于《社会保险法》,因为两者都是全国人大常委会制定的法律,在我国并不存在“一个法律不能抵触另一个法律”的规定。由此可见,如果缺少废止关系标准,有关法律位阶关系的判断将是不充分的。

因此,我们还是应当回到法律位阶理论的本来内涵,将条件关系与废止关系作为判断上下位阶的一般标准,其中条件关系作为积极标准,而废止关系作为消极标准。也就是说,如果两个立法之间存在条件关系的,就初步推定其存在上下位阶关系,然后再根据废止关系进行校正,只具备条件关系而不具有废止关系的仍然不能被认定为上下位阶。根据笔者的整理,我国立法之间的条件关系和废止关系如下表所示。

表1 我国立法之间的条件关系和废止关系

条件关系		废止关系	
表现	法条依据	表现	法条依据
国务院行使下列职权:(一)根据宪法和法律……制定行政法规,发布决定和命令	《宪法》第89条第1项	一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触	《宪法》第5条第3款

^{⑥9} Vgl. Peter Koller, Zur Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Stanley L. Paulson und Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, 2005, S. 111–112.

^{⑦0} Vgl. Peter Koller(Fn.69), S. 112.

^{⑦1} Vgl. Ewald Wiederin, Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl's, in: Stefan Griller und Heinz Peter Rill (Hrsg.), Rechtstheorie: Rechtsbegriff–Dynamik–Auslegung, 2011, S. 90.

条件关系		废止关系	
表现	法条依据	表现	法条依据
各部、各委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限内,发布命令、指示和规章	《宪法》 第90条 第2款	全国人民代表大会常务委员会行使下列职权:……(七)撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令;(八)撤销省、自治区、直辖市国家权力机关制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规和决议	《宪法》 第67条 第7、8项
地方性法规可以就下列事项作出规定:(一)为执行法律、行政法规的规定,需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项;(二)属于地方性事务需要制定地方性法规的事项。除本法第八条规定的事项外,其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的,省、自治区、直辖市和设区的市、自治州根据本地方的具体情况和实际需要,可以先制定地方性法规	《立法法》 第73条 第1、2款	省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规。设区的市的人民代表大会和它们的常务委员会,在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下,可以依照法律规定制定地方性法规,报本省、自治区人民代表大会常务委员会批准后施行	《宪法》 第100条
省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章	《立法法》 第82条 第1款	宪法具有最高的法律效力,一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触	《立法法》 第87条

三、法律位阶判断标准在我国运用

诚如前述,我国《立法法》第87、88、89、91条虽然规定了部分立法之间的位阶关系(宪法>法律>行政法规>地方性法规、规章,地方性法规>本级和下级的地方政府规章,省级地方政府规章>地级地方政府规章,部门规章=地方政府规章),但是仍有部分尚未明确,这就需要我们运用法律位阶的判断标准予以厘清。

(一) 全国人大的法律与全国人大常委会的法律之间

关于全国人大的法律与全国人大常委会的法律之间的位阶关系,一直是我国立法理论和实践中颇具争议的问题,主要分为相同位阶说、上下位阶说和折中说三种。^⑦折中说

^⑦ 参见前注⑩,马英娟文,第81-82、93-94页。

认为,某些全国人大的法律与全国人大常委会的法律之间是上下位阶,而另一些全国人大的法律与全国人大常委会的法律之间是相同位阶。这种观点显然是把讨论一类法律文件之间位阶关系的法律位阶理论变成了针对特定法律文件之间位阶关系的理论,这已经偏离了法律位阶理论的本意,故本文不采。相同位阶说的核心论据是全国人大与全国人大常委会是同一个机关,但这不符合《宪法》第 57 条对两者的定位,该条第一句规定,中华人民共和国全国人民代表大会是最高国家权力机关。第二句又规定,它的常设机关是全国人民代表大会常务委员会。注意这里用的是“常设机关”而非“常设机构”。如果用“常设机构”,说明全国人大常委会是全国人大的一部分,没有独立性。^{⑦③}但是用“常设机关”,按照《民法典》第 97 条对机关法人的界定,表明全国人大常委会是有一定的独立性的。最典型的表现就是全国人大常委会做出的决议决定都是以自己的名义,而非以全国人大的名义。就此而言,两者应当是两个机关而非一个机关。^{⑦④}上下位阶说的核心论据是《立法法》第 97 条第 1 项规定,全国人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定的不适当的法律。由此认为,全国人大的法律高于全国人大常委会的法律。但是一方面,这犯了前述的将立法审查权等同于废止关系的错误,另一方面,《宪法》第 67 条第 3 项规定:“全国人民代表大会常务委员会行使下列职权:……(三)在全国人民代表大会闭会期间,对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改。”如果认为全国人大的法律都高于全国人大常委会的法律,那么,在全国人大的法律与全国人大常委会的法律发生冲突的时候,为何不能认为是全国人大常委会在修改全国人大的法律呢?

笔者虽然也支持全国人大的法律与全国人大常委会的法律相同位阶说,但理由是基于法律位阶理论所提供的判断标准。首先,从条件关系上来看,宪法和《立法法》均未规定全国人大常委会的法律必须根据全国人大的法律来制定,相反,“根据宪法,制定法律”才是常态。同时,《立法法》第 7 条第 1 款规定,全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权,从其行使的立法权的样态上来看,并无差别。至于全国人大制定的法律是基本法律,根据《宪法》第 62 条第 3 项,这只是对某些法律内容重要性的肯定,^{⑦⑤}并不意味着对其位阶的提高。其次,从废止关系上来看,宪法和《立法法》也未规定全国人大常委会的法律不得同全国人大的法律相抵触。相反,《立法法》第 94 条第 1 款规定,法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。也就是说,即使是全国人大的法律与全国人大常委会的法律之间出现了冲突,也并非就绝对地用一方来否定另一方的

^{⑦③} 1981 年党的十一届六中全会通过的《关于建国以来党的若干历史问题的决议》中曾有“常设机构”的提法:“必须根据民主集中制的原则加强各级国家机关的建设,使各级人民代表大会及其常设机构成为有权威的人民权力机关。”

^{⑦④} 对于同一机关说的更多批判,参见韩大元:《全国人大常委会新法能否优于全国人大旧法》,载《法学》2008 年第 10 期,第 4-9 页。

^{⑦⑤} 基本法律是指那些构成中国特色社会主义法律体系具有支架作用、必不可少的重要法律。参见吴邦国:《在十届全国人大常委会第二次会议上的讲话》,载《全国人大常委会公报》2003 年第 3 期,第 323 页。

效力,而是由全国人大常委会来裁决。裁决意味着两者都有被适用的可能性,这显然是双向废止而非单向废止。此外,《宪法》第67条第3项规定的“全国人民代表大会常务委员会行使下列职权:……(三)在全国人民代表大会闭会期间,可以对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改,但是不得同该法律的基本原则相抵触”,也带有双向废止的意涵。综上所述,笔者认为,全国人大的法律与全国人大常委会的法律应当是相同位阶。

(二) 省级地方性法规与设区的市的地方性法规之间

全国人大常委会法工委国家法室认为,两者的位阶是相同的,理由是考虑到设区的市制定的地方性法规是经过省级人大常委会批准的。^⑩对此观点,笔者表示怀疑。首先,从条件关系上,在2015年《立法法》修改后的答记者问中,全国人大常委会法工委负责人指出,设区的市的地方性法规要执行国家法律、行政法规和本省的地方性法规。^⑪其次,从废止关系上,《宪法》第100条第2款规定,设区的市的人民代表大会和它们的常务委员会,在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下,可以依照法律规定制定地方性法规。这里明确提出设区的市的地方性法规是不能同本省、自治区的地方性法规相抵触的,如果两者位阶相同,那么就不存在不能抵触的问题了。其次,从《立法法》第72条第2款(即“设区的市的地方性法规须报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行。省、自治区的人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规,应当对其合法性进行审查,同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的,应当在四个月内予以批准”)来看,省级人大常委会批准设区的市的地方性法规的主要目的是对其进行立法审查,并非要赋予其与省级地方性法规相同的效力。因此,笔者认为,省级地方性法规高于设区的市的地方性法规。

(三) 部门规章与地方性法规之间

关于部门规章与地方性法规的位阶关系,《立法法》并没有给出明确的答案。从《立法法》第95条第1款第2项的规定来看,地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院提出意见,国务院认为应当适用地方性法规的,应当决定在该地方适用地方性法规的规定;认为应当适用部门规章的,应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决。显然,两者发生冲突的时候,并非一方绝对否定另一方的效力,而是两者都有适用的可能,亦即部门规章与地方性法规之间具有了双向废止的性质,这显然与上位法只能单方废止下位法的效力是不同的,因此,笔者认为,部门规章与地方性法规之间是相同位阶。

(四) 设区的市的地方性法规与省级地方政府规章之间

虽然《立法法》第72条第3款表示,省、自治区的人民代表大会常务委员会在对

^⑩ 参见前注②,全国人大常委会法工委国家法室编书,第233页。

^⑪ 参见《就立法法修改与立法工作答记者问》,载新华社中央新闻采访中心编:《2015年全国两会记者会实录》,人民出版社2015年版,第149页。

报请批准的设区的市的地方性法规进行审查时,发现其同本省、自治区的人民政府的规章相抵触的,应当作出处理决定。从这里用了“相抵触”的字眼来看,似乎省级地方政府规章是高于设区的市的地方性法规的。但是从全国人大常委会法工委国家法室所列举的处理办法来看:(1)如果认为省级地方政府规章不适当,可以批准设区的市的地方性法规,同时可以撤销省级地方政府规章或者责成省级政府作出修改;(2)如果认为设区的市的地方性法规不适当,可以责成设区的市人大常委会对报批的地方性法规进行修改,如果设区的市不同意修改,可以不予批准;(3)如果认为设区的市地方性法规和省级地方政府规章都不适当,则可以分别按照以上两种办法处理。^⑦显然并非一方绝对地否认某一方的效力,这与上位法只能单方废止下位法的效力不同。更何况《宪法》第100条第2款所列举的设区的市地方性法规不能抵触的对象中也没有省级地方政府规章。同时,根据《立法法》第82条第1款,省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章。可见,省级地方政府规章的授权依据中并无设区的市的地方性法规。因此,无论从条件关系还是废止关系来看,设区的市的地方性法规与省级地方政府规章应当是相同位阶的关系。

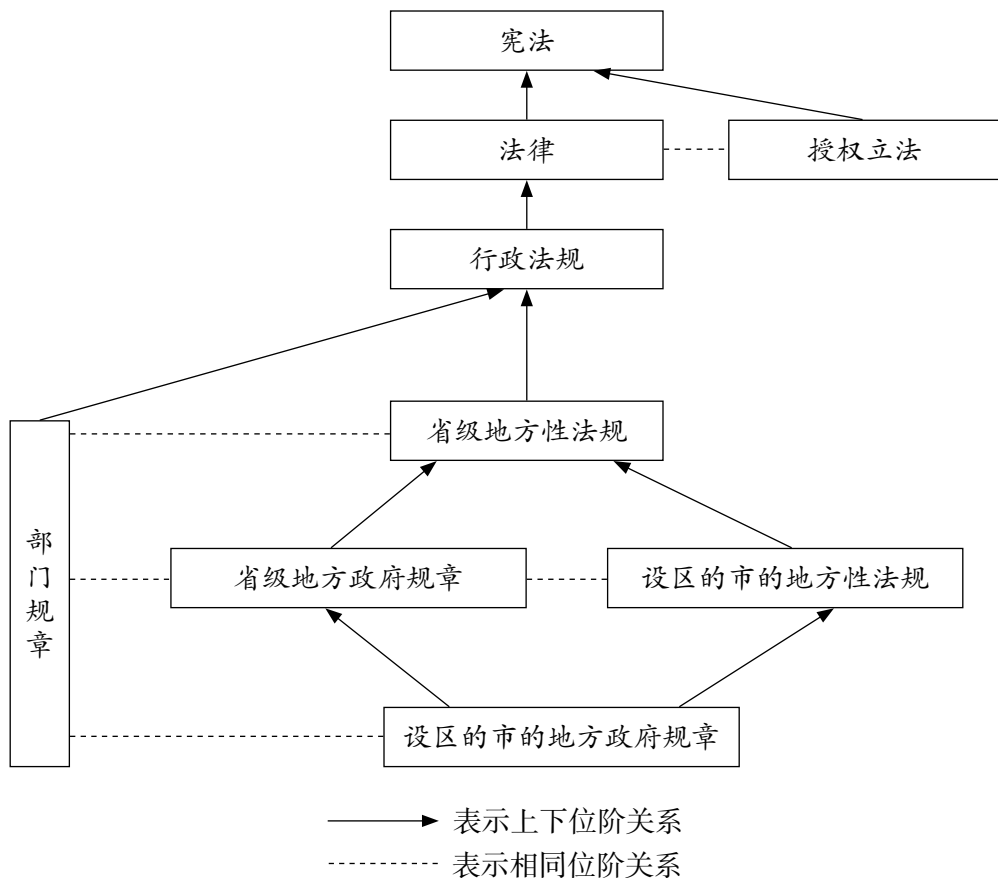
(五) 授权立法与法律之间

在我国,授权立法特指根据授权决定制定的立法,主要有两种:一种是全国人大授权制定的经济特区法规,另一种是全国人大及其常委会授权国务院制定暂时性的行政法规。那么,授权立法与全国人大及其常委会制定的法律之间的位阶如何?首先,《立法法》第95条第2款规定,根据授权制定的法规与法律规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。裁决并未绝对否定某一方的效力,不符合上位法的单方废止效力。因此,授权立法应当与法律是相同位阶。其次,有人可能说,法律是授权机关——全国人大及其常委会制定的,难道不是法律授权产生了授权立法吗?由此,从条件关系来看,应当是法律高于授权立法才对。对此,笔者认为,授权立法并非授权机关自己的立法所产生,而是授权机关的授权决定所产生,故不能认为授权机关自己的立法就高于授权立法。更确切的说法是,授权决定高于授权立法,所以《立法法》第97条第7项才规定,授权机关有权撤销被授权机关制定的超越授权范围或者违背授权目的的法规,亦即对于授权立法主要审查其是否违反了授权决定。^⑧

据此,可以形成如下的一般立法的效力位阶图:

^⑦ 参见前注②,全国人大常委会法工委国家法室编书,第233-234页。

^⑧ 根据《立法法》第10条,授权决定应当明确授权的目的、事项、范围、期限以及被授权机关实施授权决定应当遵循的原则等。

图1 我国一般立法的效力位阶图^{⑧0}

四、结 语

法律位阶通过条件关系和废止关系旨在揭示不同法律形式或法源之间的关系,从而为构建形式统一的法律体系奠定了基础,这是它的理论意义。当然,一个法律体系中到底存在多少层级或者位阶,梅克尔认为这跟国家的形式有关,也就是说不同国家的法律位阶数目可能是不同的。^{⑧1} 因为国家形式决定了法律形式,每一种国家类型的“法律大厦”之平面图和立面图是不同的,但法律位阶的本质是相同的。法律位阶理论旨在为判断法律形式之间的上下位阶提供标准,而非提供一个通用的法律位阶模型。

我国《宪法》第5条第2款规定,国家维护社会主义法制的统一和尊严。习近平总书记指出:“2015年立法法修改,赋予设区的市地方立法权,地方立法工作有了积极进

^{⑧0} 除了这些一般立法外,我国还有一些对人和对事效力上比较特殊的立法,如自治条例、单行条例、特别行政区法律、监察法规、军事法规、军事规章。这些立法由于调整对象比较封闭,其效力位阶自成体系,笔者另文论述。

^{⑧1} Vgl. Adolf Merkl(Fn. 45), S. 257.

展,总体情况是好的,但有的地方也存在违背上位法规定、立法‘放水’等问题,影响很不好。”^⑧要维护国家法制统一以及解决违背上位法的问题,首要任务就是确定法律位阶,这可以说是法律位阶的实践意义。

本文从我国学界有关法律位阶的理论争议入手,围绕法律位阶的内涵,为理解法律位阶的判断标准奠定基础。进而通过反思我国传统法律位阶判断标准中存在的问题,重新挖掘出法律位阶的判断标准应当是条件关系和废止关系。其中,条件关系是积极标准,废止关系是消极标准,一个法律形式只有在授权另一个法律形式产生的基础上并能够单向否定被授权产生的法律形式的效力时,两者之间才能形成上下位阶关系。否则,如果缺乏条件关系或者构成双向废止关系,则为相同位阶关系。同时运用上述标准对我国《立法法》中未予明确的部分立法之间的位阶关系进行了厘清,最终梳理出我国一般立法的效力位阶图,从而完成法律位阶从理论向实践的转化。

Abstract: The theory of legal hierarchy provides two major criteria for judging the hierarchy relationship between legal forms, namely the conditional relationship and the derogation relationship. Among them, the conditional relationship is a positive standard, and the derogation relationship is a negative standard. Only when a legal form is authorized to produce another legal form and can unilaterally negate the validity of the authorized legal form, can the two form an up-and-down relationship. If it lacks the conditional relationship or constitutes a two-way derogation relationship, it constitutes the same hierarchy relationship. There are some problems in the traditional judgment standards of legal hierarchy in China, whether it is the status of the legislative organ or the valid scope of the legislation, so it is necessary to reflect on it. At the same time, some hierarchy relationships between certain legislations in China are still unclear, and they need to be clarified by using the judging criteria provided by the theory of legal hierarchy. Legal hierarchy has important practical significance for maintaining the unity of the national legal system and conducting the legislative review.

(责任编辑:强梅梅)

^⑧ 习近平:《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》,载《求是》2021年第5期,第10页。