

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

陈景辉*

摘要 近些年来，宪法的重要性日益得到认可，并且由于宪法是法律，于是宪法就与部门法发生了复杂的关联，其中主要体现在两个方面：一是部门法的合宪性审查，二是部门法是宪法的具体化。其中后者的意思是说，部门法的任务就是以具体化的方式来落实宪法要求。如果在法理学上考察宪法的性质，那么它将由实在法命题、概念命题和价值命题组成。认识到这一点，宪法就成为对法律环境的合理反应，而不是扮演法律总则的角色。如果宪法不是法律总则，宪法就无法要求部门法去实现将它具体化的任务，宪法的角色将只剩下对部门法的合宪性审查。

关键词 宪法 部门法 法律总则 法律环境

导言

无论怎样总结改革开放以来的法律成就，宪法由书本上的法日益变成行动中的法，必然位列其中；宪法已经不再局限政治宣誓的表达效果，开始真正作用于法律实践。^{〔1〕}其中，宪法

* 中国人民大学法学院教授。本文系国家社科基金重大项目“当代中国国家治理中的规范协同问题研究”（项目编号：19ZDA155）的中期成果。

〔1〕 参见韩大元：“改革开放以来中国宪法学的学术贡献”，《中国法律评论》2018年第5期，第63—73页。

对立法的影响最明显,“依据宪法、制定本法”已成为制定法第一条的当然内容。^{〔2〕}虽然宪法对其他领域的影响,仍需面对理论和实践挑战;但只要它对立法的影响注定成立,那么宪法就会透过立法这个中间环节,以间接的方式影响到其他领域。进而,宪法学者就可主张说:宪法对整体的法律实践,拥有全面影响。

如果宪法的影响整体且全面,那么对部门法而言,这将意味着宪法规范和宪法理论,必然会渗入本部门的讨论。这不仅在实践上给部门法附加了额外的论证负担,在理论上也会危及部门法学的相对独立性。于是,部门法学者、尤其是民法学者,开始对这种趋势给出反击:消极的做法,是透过公私法的传统划分,在性质上否认宪法(公法)对于民法(私法)的影响;^{〔3〕}积极的做法,是以历史方式去主张民法曾有的宪法功能。^{〔4〕}但它们的力度相当有限,一方面,民法之外的部门法,只能接受这种宪法帝国主义的主张;另一方面,宪法一旦出现,就缺乏理由再坚持民法的宪法功能。

更关键的是:如果彻底否认宪法对部门法的影响,就可能重回宪法只具备宣誓效果的结论,宪法的实践功能将再次丧失,这是法学者均无法同意的结论。换句话说,即使要否认宪法对部门法的作用,也需要为宪法的实践功能找寻新方向。这样一来,就必须在整体上考虑宪法的一般属性,这无疑是个关于宪法的法理学话题,因为法理学被认为是专门讨论法律一般性质的学科。^{〔5〕}所以,本文的主题就是:如何理解宪法对于法律实践的整体且全面的影响?或,宪法的法律性质是什么?

一、作为最高法的宪法及其要求

本节通过展开最高法的具体含义,来说明宪法学者如何看待宪法与部门法之间的关系。

(一)作为最高法的宪法

在既有讨论中,宪法是最高法是个普遍接受的基本表述,但它通常只被当作同义反复:宪法是最高法,最高法是宪法。仔细推敲其含义,它至少蕴含三个主张:

第一,宪法是法律。但这难道不是一句废话吗?当然不是,它有积极和消极两个方面。从积极的角度讲,这说明宪法是实在法,即它是一部特定国家、特定时期真实存在的法律。^{〔6〕}其中,特定国家,指的是所在国;特定时期,指的是目前正在生效的法律。所以在中国谈宪法,

〔2〕 参见叶海波:“‘根据宪法,制定本法’的规范内涵”,《法学家》2013年第5期,第20—33页。

〔3〕 参见朱庆育:《民法总论》(第二版),北京大学出版社2016年版,第11—13页。

〔4〕 参见赵万一:“从民法与宪法关系的视角谈我国民法典制定的基本理念和制度框架”,《中国法学》2006年第1期,第120页。

〔5〕 参见陈景辉:“法理学的性质:关于法律一般属性的讨论如何可靠”,《吉林大学社会科学学报》2019年第4期,第62—77页。

〔6〕 See Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, B. L. Paulson and S. L. Paulson trans., Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 64.

指的就是1982年开始施行的《中华人民共和国宪法》。从消极的角度讲,这说明:其一,既然宪法是实然法,那么它就不会是应然法,即使存在某部比宪法实在法更好的“宪法”,但它仍然不是真正的法律;其二,既然宪法是实在法,那么它就不会处在实在法体系之外,必然是特定法体系的组成部分,所以宪法不会是实证道德、〔7〕社会习惯或上帝命令之类事物。

第二,只有“宪法与部门法”或“宪法与其他法”的表述适当。一旦承认宪法是法律,那么宪法就是法律中的一员,此外一定还存在着民法、刑法、诉讼法等其他的实在法。那么,如何在理论上表述它们之间的关系?这显然不能是“宪法与法律”,〔8〕因为这违反了宪法是法律的判断,而只能是“宪法与(其他)部门法”,且该表述方式为宪法独有。其他部门法只能以列举方式,来说明本法与其他法的关系,例如民法与刑法、刑法与行政法等,而民法与部门法、刑法与其他法,一定是不恰当的表述。因为,只有宪法在性质上同时涉及所有部门法,所以它才会垄断“与部门法”的表述。换言之,对其他部门法而言,或者只与特定部门法存在性质上的必然关联,例如民法和民诉;或者只与其他部门法存在内容上的必然关联,例如侵权与犯罪。简单说,只有宪法必然涉及其他所有部门法,其他部门法都不具备这个属性。

第三,宪法拥有最高的权威。〔9〕其一,与其他部门法相比,宪法具有最高的法律地位,任何违反宪法的规定都会因此被排除实在法体系之外,不再是法律的合格成员,即使其内容在道德上绝对正确;其二,宪法可以通过部门法来发挥作用,但部门法一般无法以反向方式发挥作用;其三,即使其他部门法的确可能事实上对宪法发挥了产生影响、甚至在特定历史条件下扮演着宪法的角色,但这个影响必然是宪法所不反对的。

(二)宪法的指导地位

刚才的讨论,似乎很容易支持如下主张:相对于部门法和部门法学而言,宪法和宪法学,分别取得法律总则和法学总论的地位。所谓的法律总则,类似于民法总则对于民法其他编之间的关系,它是相对于其他部分的“公因式”,它来自于对其他法律内容的一般化处理,并且也能够普遍适用那些法律内容。〔10〕相应的,如果宪法是法律总则,那么宪法学就是法学总论。因此,“宪法是最高法”会导致如下主张:宪法是法律总则、宪法学是法学总论。如果用一个语词来总结这种地位,那就是宪法对部门法、宪法学对部门法学,形成了指导关系。〔11〕

基于法律总则和法学总论的地位,〔12〕宪法学者进一步将它明确为三项具体的要求:部门

〔7〕 See John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, New York: Cambridge University Press, 1995, p. 20.

〔8〕 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—27页。

〔9〕 参见陈景辉:“实践权威能够创造义务吗?”,《法制与社会发展》2019年第4期,第80—98页。

〔10〕 参见朱庆育:“法典理性与民法总则”,《中外法学》2010年第4期,第485—504页。

〔11〕 参见田夫:“法理学‘指导型’知识生产机制及其困难”,《北方法学》2014年第6期,第5—18页。

〔12〕 有趣的是,法理学在过去经常被认为拥有的,就是这种法学总论(但不包括法律总则)式的指导地位。不过,随着法理学者自身的反省,该说法已被放弃。参见陈景辉:“法理论为什么是重要的——法学的知识框架及法理学在其中的位置”,《法学》2014年第3期,第50—67页。

法对宪法的具体化、部门法的合宪性解释以及部门法的合宪性审查。^{〔13〕}其中,最重要的是部门法对宪法的具体化。宪法学者有时也将它表述为作为宪法实施法的部门法,^{〔14〕}即部门法主要是将宪法的规定具体化,发挥实施细则的功能,因而必然要求部门法在内容上与宪法保持一致,所以都应当在其总则部分写明“依据宪法,制定本法”的字样。^{〔15〕}当然,这个做法的意义其实有限,因为它只是对宪法之法律总则地位的表达,而非证成。

不过,即使承认宪法是法律总则,但部门法并非无事可做,它拥有在宪法框架秩序下的形成自由。^{〔16〕}但形成自由仍然是在承认宪法是法律总则之后获得的,它始终需要在宪法框架之内展开。因此,部门法的理论讨论和实践操作,仍会受到法律总则、法学总论地位的拘束。所以,就会出现另外两项更具体的要求:部门法的合宪性解释与合宪性审查。

所谓合宪性解释,是指在普通法律诉讼中,基于宪法之法律总则的地位,法官因此负担的特殊义务:将宪法的精神藉由法律解释贯彻于法体系中,由于普通案件中纳入了宪法考量,就有了对普通诉讼做宪法分析的可能性。^{〔17〕}或者,由于部门法的一般性和抽象性,容易导致个案裁判的不公,因此法院可在裁判中,对部门法进行宪法上的文义转换或依宪法选择并不常见的解释,无论法院最终如何选择,都需以宪法作为论证根据。^{〔18〕}总之,它要求部门法的具体解释和适用,必须时刻关照宪法价值,将宪法作为法律解释的补充性和控制性因素,使部门法的操作合于宪法秩序。^{〔19〕}

所谓合宪性审查,是指由于宪法之法律总则地位,其权威和尊严不容挑战,作为一种宪法监督方法,合宪性审查就是审查部门法是否与宪法相抵触,消除任何与宪法相抵触的规范,使下位法符合上位法、最终符合宪法的要求,以实现宪法秩序的统一。^{〔20〕}换言之,在尊重宪法之法律总则地位的基础上,立法者的立法权力应被理解为受宪法的委托,就社会生活的不同领域,凭借形成自由制定法律;一旦部门法规范的设立偏离了宪法要求,就需要通过合宪性审查的方式,使它重回宪法轨道。^{〔21〕}

二、对三重关系的初步反省

现在可以初步理解,为何宪法的最高法地位,导致宪法学者形成宪法是法律总则、宪法学

〔13〕 参见张翔,见前注〔8〕,第26—33页。

〔14〕 参见郑贤君:“作为宪法实施法的民法”,《法学评论》2016年第1期,第1—10页。

〔15〕 参见叶海波,见前注〔2〕,第30页。

〔16〕 参见张翔,见前注〔8〕,第28页。

〔17〕 参见张翔:“两种宪法案件:从合宪性解释看宪法对司法的可能影响”,《中国法学》2008年第3期,第111页。

〔18〕 参见柳建龙:“合宪性解释在我国法院的实践”,《法学研究》2016年第6期,第107—125页。

〔19〕 参见张翔,见前注〔8〕,第29页。

〔20〕 参见韩大元:“关于推进合宪性审查工作的几点思考”,《法律科学》2018年第2期,第59—66页。

〔21〕 参见张翔,见前注〔8〕,第30页。

是法学总论的看法，并将它进一步明确为三个具体的要求。但这些看法并非没有争议，不同意见早就存在。

（一）内部争论：合宪性解释的性质

即使宪法学者大致接受上述看法，但如下问题仍引发激烈争论：这三项内容可否进一步精简？这是因为，宪法具体化与合宪性审查的明确区分并不困难，它们是两项截然不同的要求。前者是一项“内容”上的要求，即部门法在内容上要贯彻宪法的要求；也可以说是“向下”的要求，即作为下位法的部门法必须将宪法要求安置于自身内容。而后者是一项“效力”上的要求，即如果部门法违反宪法的要求，将会丧失法律效力；这也是一项“向上”的要求，即作为下位法的部门法必须要向上通过宪法的检验。^{〔22〕}

但这并不意味着，合宪性解释也是独立的类型。如果向上与向下或内容与效力是穷尽性标准，且合宪性解释在性质上是独立的，那么它就既不是内容上也不是效力上的要求。但这不太可能，因为宪法学者不可能主张合宪性解释，既不是关于效力的、也不是关于内容的，而只能说它同时涉及效力和内容。如果这是唯一选择，那么合宪性解释就是宪法具体化与合宪性审查的综合体，它仍可分情况被还原为这两件不同的事情。宪法学的内部争论，证实了这个判断，主要是作为法律解释方法的合宪性解释与作为合宪性审查特定方式之合宪性解释的两分。^{〔23〕}

其中，前一种合宪性解释，或者是指宪法规范应在法律解释时直接发生影响，或者是指法官应在数种可能的法律解释中优先选择与宪法内容相符合者。后一种合宪性解释，仅指当法律有违宪疑虑并有数种解释可能性时，应选择不违宪的解释，因而它必然具有合宪性审查的味道。^{〔24〕}简单说，前者是说宪法的要求（内容）要参与到具体的法律解释过程，成为决定解释结果的组成部分，因此这必将表现为某种特殊的解释或适用方法；而后者主要是通过评价既有的法律解释方法是否满足宪法要求的方式，将不符合宪法要求的解释结果排除在外，从而使其不再具备效力。

如此一来，合宪性解释就不再是独立的类型。因为，前一种合宪性解释是关于内容的，它应当被归入宪法的具体化，只是它是以司法而非立法的方式来实现具体化的。而后一种合宪性解释应当归入合宪性审查，只是这仍然是以司法而非立法的方式来实现审查的。因此，宪法与部门法之间关系其实只有两重：关于内容的、部门法对宪法的具体化，以及关于效力的、对部门法的合宪性审查。

（二）外部批评：部门法的冗余与合宪性审查的无意义

值得提醒的是，虽然这两重理解是否成立，仍依赖从最高法到法律总则的过渡，但就像文

〔22〕 参见林来梵：“民法典编撰的宪法学透析”，《法学研究》2016年第4期，第102页。

〔23〕 参见王锴：“合宪性解释之反思”，《法学家》2015年第1期，第46—54页。

〔24〕 参见黄卉：“合宪性解释及其理论检讨”，《中国法学》2014年第1期，第287—289页。

章标题暗示的那样,如果因过渡困难而使最高法与法律总则脱钩,但这也不一概意味两重关系均不成立,只需抛弃宪法的具体化即可,合宪性审查仍会成立。何况,宪法具体化本身,就存在一些有力的反对意见。

一旦承认宪法是在性质上唯一同时与其他所有部门法有关的法律,这意味着宪法只是法律中的一员,此外一定还存在着无法被宪法所取代其他法律;否则,宪法是最高法的主张将不再成立,因为这等于说宪法就是所有的法律。所以,其他部门法也必然是法律的合适成员,它们拥有独立于宪法而存在的重要性;也就是说,部门法并不是多余的。但部门法对宪法的具体化,无可避免地会挑战这个结论。

推理链条如下:第一,如果部门法就是宪法的具体化,那么部门法规范就是宪法规范的具体要求;第二,虽然部门法规范较宪法规范更具体,但相对于法律实践,它仍然十分抽象的规范;第三,要想将抽象的部门法规范与法律实践结合起来,仍需使部门法规范得以具体化,这就是司法三段论、类推以及法律解释等法律方法;第四,如果部门法是宪法的具体化,同时还承认部门法规范也需要被具体化,那么部门法就成为宪法规范与法律实践的中间环节;第五,由于宪法本身也是法律,所以它当然也能直接作用于实践。结论是:存在着直接将宪法与实践结合起来的可能,部门法只是可省略的中间环节。

为避免刚才的结论,宪法学者可这样反击:规范越抽象越需借助价值判断,因而裁量空间巨大,限制裁量的有效方式,就是禁止向一般条款逃逸,而宪法就是一般条款。所以,一方面,部门法就是宪法的具体化;另一方面,部门法不能被宪法所取代,否则就是向一般条款逃逸。这个补充论证完美吗?非也!因为禁止向一般条款逃逸的理由,会隔绝部门法与宪法之间的关联,将严重危及合宪性审查的意义。于是,每次拿作为一般条款的宪法规范审查部门法规范的举动,都可能被怀疑为正在向一般条款逃逸,也可能被怀疑为审查机关在动用自己的价值偏好。

更麻烦的是,如果承认部门法是宪法的具体化,这将给部门法提供抗拒合宪性审查的充足理由。一旦特定部门法内容被认为是宪法具体化的结果,这必定意味着它已经经受了一次合宪性审查,于是就没理由对它进行再一次的合宪性审查;否则,就会引发双重计算的错误,^[25]这是一种类似于强迫症患者反复锁门的非理性错误。^[26]也就是说,部门法可以透过主张自己已经完成具体化的任务,来抗拒合宪性审查对自身的适用。因此,虽然写明“依据宪法、制定本法”被宪法学者看作是巨大成就,但它同样可以看成是对“本法已经满足宪法要求”的背书;既然如此,就无理由对它再次进行合宪性审查了。

[25] See Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, New York: Oxford University Press, 1986, pp. 55-62.

[26] 这就可以理解,为何最高法院会反对宪法司法化?除了这涉及立法权、司法权、行政权之权力配置的重大政治考量和宪法安排,还在于,宪法司法化其实是宪法具体化的另一种说法,它既会造成部门法的不必要,也会透过模糊具体化和审查的界限规避宪法审查。

三、宪法的法理学三命题

然而，这些外部批判的效果始终有限，也容易陷入“为何不能二次合宪性审查”之类的细节争议。要想彻底反省宪法与部门法的关系，就必须建立起一套关于宪法基本性质的整体看法。只有这样做，才有可能切断从最高法到法律总则的推理链条，并在支持合宪性审查正当性的同时，否认部门法是宪法的具体化。讨论宪法的基本性质，不完全是一个纯粹宪法的任务，因为这个工作无法通过仅关注特定国家的宪法实在法而实现，而是必须摆脱实在法的限制，进入到宪法的“一般理论”当中，^[27]这就是宪法的法理学。

（一）“宪法”的含义

我将以拉兹的讨论作为起点。^[28]他认为宪法一词，同时具备薄(thin)意义和厚(thick)意义。薄意义本身就是个同义反复，即任何一个法体系均包含一部宪法。具体来讲，宪法就是一部创设并拘束统治的主要机构，政府的组成和权力，以及统治基本原则的法律。虽然不同国家的统治形式和基本原则有所差异，但它们均由宪法创设并拘束。

厚意义的宪法，是由七个因素组成的综合体：①宪法定义了政府不同分支的主要机关之组成与权力，因此，宪法是该法体系中法律与政治结构的构成性因素。②宪法在长时期内持续存在，这意味着宪法作为一个国家政治与法律制度的稳定框架，虽然不时被调整或修正，但它基本保持了法律与政治框架的稳定性和持续性，并维系着指导这些机构的基本原则，所以宪法拥有独特的稳定性；③宪法拥有一种正式的(canonical)表现形式，无论它是由一个文件还是由一组文件组成，但宪法一般都是成文化的(written)；④宪法是最高法，一旦其他法与宪法违反，它就会无效或不得适用；⑤宪法是可司法化的，存在落实宪法之最高法地位的司法程序，法律规定和法律行动可依该程序被宪法检验，不相容者会被宣布无效或不得适用；⑥宪法是刚性的(entrenched)，宪法不容易被改变，通常存在一套宪法修改的独特法律程序，与其他立法的修改相比，宪法修改在法律上更困难；⑦宪法表达了特定社群的共同意识形态，宪法规定中包括统治的某些原则，它们被认为是用来表达该社会人民的共同观念(common beliefs)，因此宪法并不仅是法律人的法而是人民的法，它的主要条款就是关于如何管理该国公共生活的共同意识形态。

拉兹的看法也有争议：某些主张可被质疑，如宪法是不是必须成文化就存在反对意见；^[29]某些主张一般性不足，如宪法的司法化可能只是特定国家(美国)的宪法实践；或者需要补充某些内容，如宪法拥有政治权力与基本权利的双重内容以及宪法条款具有一般性和抽

[27] 参见陈景辉，见前注[12]，第59—66页。

[28] See Joseph Raz, “On the Authority and Interpretation of Constitution”, in L. Alexander (ed.), *Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, pp. 153—154.

[29] See John Gardner, *Law as a Leap of Faith*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 89—124.

象性等特点。^[30]但这些反省并不影响把拉兹当成合适起点,因为它们都是等待进一步分析的中间素材,仍需由此做进一步推导,凝聚出关于宪法基本性质的三个命题。

(二)宪法性质的三命题

依据刚才的作业思路,拉兹的主张将会化约为三个基本命题:①宪法的概念命题,即宪法是法体系的概念性条件;②宪法的实在法命题,即宪法在实在法体系中是最高法,并且是最为稳固(刚性)的法律;③宪法的价值命题,即宪法本身体现了一个社会的共同价值。它们共同组成了对宪法基本性质的完整说明。

首先是宪法的概念命题。它来自薄概念和厚概念第一项的合并,拉兹明确同意这个做法。^[31]薄概念是说任何一个法体系均包含一部宪法,厚概念第一项是说宪法是法体系的构成性因素。将它们合并意味着,对任何一个法体系的存在而言,宪法都是“概念上的必然”——如果一国没有宪法,就很难说该国有法体系;^[32]即使各国宪法的规定有所不同,但在这点上并无差别。^[33]如果同时还承认法与法体系是互换概念,那么一国不存在宪法,就等于该国不存在法律。可见,宪法的存在涉及对法律的整体理解,这就是法理学如此关注宪法的原因。

必须注意,任何一个法体系均包含宪法的判断不可能是事实性的,因为真正的宪法出现的非常晚,且事实上的确可能存在不包含宪法的法体系,例如存在长期扮演宪法角色的他法(如民法),或由多个文件和惯例组成的松散宪法(如英国)。但之所以有理由说他法承担了宪法功能或那些文件和惯例是宪法性的,都是因为承认了任何一个法体系均包含宪法这个概念前提,这就是将它叫做概念命题的主要原因。

其次是宪法的实在法命题。这涉及厚意义的第二项到第六项,它们可明显区分为两组子命题:由第四项(宪法是最高法)和第五项(合宪性审查)组成的第一组,与由第二项(宪法的持续存在)、第三项(宪法的正式表达形式或宪法的成文化)与第六项(宪法拥有独特的修改程序)组成的第二组。如上划分,一方面是因为两组之间无法相互还原,另一方面是每组内部均有明显派生关系。

第四项内容显然是第一组的核心,因为如果宪法是法体系的概念条件,那么宪法就会致力于建立并管理法体系的基本结构,因此宪法必然是规范上的最高者,否则根本不存在宪法这回事。^[34]一旦确立了宪法的最高法地位,为贯彻该要求,就须依宪法审查下位法,并将违反者排除于法体系之外,这正是第五项要求。于是,第四项就顺利派生出第五项。第二组同样也有

[30] See Andrei Marmor, *Law in the Age of Pluralism*, New York: Oxford University Press, 2007, pp. 92-93.

[31] See Raz, *supra* note 28, p. 153.

[32] See Gardner, *supra* note 29, p. 89.

[33] See David Dyzenhaus, "The Idea of a Constitution", in D. Dyzenhaus and M. Thorburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, New York: Oxford University Press, 2016, p. 12.

[34] See Marmor, *supra* note 30, p. 91.

明显派生关系。其中的核心是第二项，另外两项是由它派生出来的。具体而言，由于宪法涉及一国的基本政治安排，它必须稳定或长期持续存在。但如何确保这一点？如果宪法表现为成文化的正式表达形式（第三项），且宪法拥有单独并较其他法要求更高的修改程序（第六项），宪法的特殊稳定性才能实现；否则，宪法长时间持续存在的效果，根本无从谈起。^{〔35〕}

然而，第一组与第二组并不存在相互还原或派生的可能，它们相互独立。一个明显的理由在于：一个长期持续存在的法律，并不必然就是作为最高法的宪法，民法、刑法的持续时间明显较宪法悠久。不过，这并不是说它们之间截然无关，最高法和持续存在之间可能会相互支持和促进，但仍无法否认它们是相互独立的内容。另外，这两组命题，并不只是关系宪法的基本性质——宪法是最高法的且长期持续存在的独特法律，它们也是对《宪法》之法律文件的基本要求，即一国以“宪法”命名的法律必然事实上拥有这些性质，这就是为什么它们被叫做实在法命题。

最后是宪法的价值命题。它意味，宪法必然体现某种特定的价值。然而，对任何一个拥有宪法的政治社群而言，并不是说只要宪法体现价值就足够了。能够被宪法体现出来的价值本身绝非任意，它只能是作为特定社群之共同意识形态的价值共识，这正是厚意义第七项的内容。因此，即使一国宪法具体承载何种价值，的确会因为文化传统等原因有所差异，所以在内容上有某种程度的任意性；但在表现形式上，它只能承载作为共识的那种价值。所以，宪法所体现的只能是特定社群的共同意识形态。

理由在于，只有当宪法体现了该社群的价值共识，那么才能说它是个拥有宪法的社群，也才能说它是个真正的社群。这是因为，对于任何一个社群而言，最基础的条件都是，该社群有着符合大部分成员共同价值观念的稳定社会预期；作为共同价值观念之法律表达形式的宪法，有效保障了成员的合理预期。换言之，一个社群的最小条件是，即使我不接受你的价值观、你也不接受我的价值观，但只要我知道你支持我们这个社群的宪法，你也知道我支持我们这个社群的宪法，那么我们就还是同一个社群的真正成员。^{〔36〕}或者说，不会因为我的价值观、也不因为你的价值观，使得我或你被宪法排除在外，那么我们就是同一个社群的真正成员，我们共享着同一个宪法实践。

四、宪法三命题之间的初步关系：进一步的澄清

即使人们对拉兹的说法仍有不同意见，但很难挑战宪法的三命题，因为否认其中的任何一点，就等于否认宪法这回事：它们是宪法的充必关系，共同构成了关于宪法的基本理解。^{〔37〕}

〔35〕 See Marmor, *supra* note 30, p. 92.

〔36〕 See John Rawls, *A Theory of Justice*, U.S.: Harvard University Press, 1971, p. 5.

〔37〕 参见陈端洪：“宪法的法律性阐释及其证立”，《清华法学》2017年第2期，第7—16页。

但它们并不是独立发挥作用的,而是相互关联并共同支持宪法的最终定义:宪法,是对法律环境的恰当反映。不过,要想妥当地得出这个结论,还有很长的路要走。理论上讲,可以从其中任何一个出发,来阐明它们之间的关联。不过,选择哪个作为论证的起点,这取决于讨论的性质。法理学的讨论将以概念命题为核心,政治哲学的讨论将以价值命题为中心,宪法(教义)学的讨论将以实在法命题为中心。这篇法理学性质的文章,理应以概念命题为核心,我也将这样做;但为保持论证逻辑的一贯,本节还是从实在法命题出发。

(一)实在法命题与宪法的内容

现在可以重回宪法与部门法的关系上来。虽然过去的讨论主要是实在法意义上发生的,但它并不只是对特定国家宪法的事实描述,而且也涉及到如何理解法体系、尤其是法体系内部结构的问题,这就必然涉及概念命题。仅就实在法命题而言,合宪性审查应毫无疑问,因为它完美匹配实在法命题的第一组。所以关键是,部门法是宪法的具体化主张,能否从该命题中获得?

依前,实在法命题包含两个子命题:①宪法是最高法;②宪法是必须长期持续存在的最稳固法律。应当如何理解这两个要求?一个巧合之处是,学者在宪法内容上,存在着双重共识:宪法包括国家权力与基本权利这两件事情。^{〔38〕}因此表面上,双子命题与双重内容之间形成了完美的匹配关系:宪法是最高法,等于说宪法规定了国家权力;宪法是最稳固的法律,等于说宪法包括基本权利。

这并非巧合。就前一个匹配关系而言,它等于说由于宪法规定了国家权力的分配,所以宪法当然就是最高法,并且是由宪法授予权力的立法机关,派生出其他部门法,因此这些法律一旦与宪法矛盾,势必丧失法律效力,这就是合宪性审查的意思。就后一个匹配关系而言,它说明了为何是宪法而非别的法,拥有长期持续存在的独特稳固性,因为宪法规定了至关重要的基本权利,如果宪法可以随便修改,这些权利就很难被叫做基本权利了。这同时表明,除了成文法和特殊修改程序之外,即使仅有基本权利这一点,也会使宪法保持长期的持续存在。不成文宪法与柔性宪法的英国实践,证实了这个判断。

那么部门法是宪法的具体化能否从实在法命题中获得?两个子命题对此既不支持、也不反对,实在法命题并不蕴含这个主张。如前所述,除非能从最高法合理过渡至法律总则,否则部门法是宪法具体化的结论无从谈起,所以它并非基于第一个子命题。就第二个子命题而言,情况也是如此:一方面,如果部门法也规定了基本权利,那么部门法就成了宪法,也将具有独特的稳固性,这显然与常识不符(不支持);另一方面,如果部门法可以违反基本权利,那么就无所谓宪法了,所以部门法一定与基本权利有关联(不反对)。所以,无论部门法是宪法的具体化是否成立,它都与实在法命题无关,只能转向概念命题。

〔38〕 See Marmor, *supra* note 30, p. 92.

(二) 概念命题的法治意义

以任何法体系均包含宪法为内容的概念命题，非常令人困惑。因为，法与法体系通常是互换性概念，有法律就等于有法体系，^[39]而有法体系蕴含着有宪法，那么这等于说有法律就有宪法。但最后这个结论与常识不符，因为宪法被认为是一个近代才取得的成就，而不是有了法律就有宪法。^[40]这个疑惑需被认真对待，这将有助于对宪法的全面理解。

先来回顾概念命题的完整内容：由于宪法定义了政府不同分支的主要机关之组成与权力，因此宪法就是该法律体系中法律与政治结构的构成性因素，所以任何一个法体系均包含宪法。^[41]显然，只要存在某种最初形态的法律——无论它是什么，那么就一定存在使得这些内容成为法律的机关，它们就是立法者。因此，存在法律就存在立法者，应当没有疑问。然而，存在立法者是否就等于存在宪法？有一点毋庸置疑，存在立法者，一定存在关于他如何行动的规则、惯例，使他能够大致以有规律的方式创制法律。

但这并不表明这些规则和惯例就是宪法，并由此得出存在宪法的结论。关键在于：立法者是否处在法律之内？如果立法者处在法律之外，例如存在一个不受限制的主权者，他当然可以制定法律，并且遵循某些基本的规则和惯例——例如商朝统治者对于占卜的信赖，但这依然不能说此时存在宪法。要想说存在宪法，就必须同时承认立法者处在法律之内，进而那些规则和惯例就转变成了宪法，而不再是单纯的规则和惯例。当然会有疑问：这是否只是说法上的不同？只要将占卜之类的惯例叫做宪法，就足以说商王处在法律之内，商朝也就存在宪法。

这显然是错误，因为立法者处在法律之内，并非仅为事实判断，其中必然蕴含“法治”含义，即立法者的权力因受限制而无恣意。^[42]换言之，宪法并非只是立法者遵循的规则和惯例，必然同时带有如下规范意涵：他的行动必然处在法律/宪法之内，因而受到宪法的拘束，使其权力行使不再恣意，这就是法治最初的价值。一旦缺乏这个法治方面的意义，就很难说存在宪法，也很难说存在一个具有法概念意义上的法体系，该国就只存在粗略意义的法律。^[43]申言之，第一，立法者必须依照宪法要求而行动，是一种典型的法治形式观念；^[44]第二，宪法与形式法治的价值，存在概念上的必然关联。

如果上述讨论没错，宪法就等于将立法者安置在法体系之中，并使得他受法治的拘束而不再恣意。从法律的角度讲，这意味着宪法必然是法律，否则无法获得法治的意义。一旦承认宪

[39] 参见陈景辉：“法治必然承诺特定价值吗？”，《清华法学》2017年第1期，第5—21页。

[40] 以上说法一旦成立，就会导致秦朝就有宪法的荒谬结论。

[41] See Raz, *supra* note 28, p. 153.

[42] See Gerald Postema, “Law’s Rule”, in Xiaobo Zhai and Michael Quinn (eds.), *Bentham’s Theory of Law and Public Opinion*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 7—39.

[43] 这从另一个侧面支持了如下结论：法治具备法概念意义。参见陈景辉，见前注[5]，第69—77页。

[44] See T. R. S. Allan, “The Rule of Law”, in D. Dyzenhaus and M. Thorburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, New York: Oxford University Press, 2016, pp. 202—203.

法是法律,并且因为它拘束了立法者,所以它势必是法体系内部的最高法。由此,就推出了实在法的第一子命题,也发现了概念命题对实在法命题的支持:法体系中必然包含宪法,所以宪法必然具有法治的重要性,因此宪法不但是法律,而且是法体系中的最高法。然而,目前的结论对部门法是宪法的具体化而言仍然中立,这就需要回到概念命题另一内容,即法体系的内部结构,来看看能否获得支持。第五节来彻底处理这个问题。

(三)价值命题与实在法命题

显然,以宪法是对共同意识形态的法律表达为内容的价值命题,并不意味着一个存在宪法的社群中,人们在每件事情上均存在价值共识。相反,表达价值共识的宪法与该社群存在价值分歧,事实上可以并存。那么,宪法的意义在哪里?意义在于,宪法由此成为处理该社群重大价值分歧的共同基础,即宪法是关于价值(分歧)的价值(共识)。如果缺乏宪法所扮演的这个角色,由于无法应对重大分歧,该社群将不再是真正的价值共同体,不过是一群人的偶然联合。所以,拉兹才说,最强意义的宪法存在此种社会中,它在多元与改变并存的基础上,获取相对的稳定性。^[45]因此可以理解,为何罗尔斯之类的政治哲学家,会如此关注宪法在整个政治结构中的重要地位,因为它是保证在一个合理的多元社会,获得政治稳定性的基础。^[46]

正是因为宪法表达了处理重大分歧的价值共识,它能够面对既有或可能的价值分歧时,提供大致稳定的解决框架,这就使得宪法具有长期持续存在的独特稳定性。^[47]于是,实在法的第二子命题与价值命题之间,就存在着明显的支持关系。当然,长期持续存在并不意味着宪法不可更改,但除非宪法的改变也是用来表达稳固的新价值共识,否则就没有变更宪法的正当理由。同时,由于宪法的持续存在与基本权利的关联,这给理解基本权利提供了另外思路,即基本权利是限制宪法修改的另一条件。能够被宪法以基本权利名目确定下来的内容,必然是社群中最牢不可破的共识,因此任何意义的宪法修改都不能违反基本权利的要求,这正是它们被叫做基本权利的主要理由。^[48]

五、概念命题与宪法和部门法的关系

上一节虽以三命题关系为名,但它其实并未涉及概念命题与价值命题之间的关系,而只是说概念命题必然涉及法治这个价值,所以这两个命题之间必然存在关联。但这是怎样的关联?这种关联如何影响对宪法的理解?这些问题仍未被触及,甚至连宪法与部门法关系这个开端问题也未有答案。本节将透过对概念命题的全面讨论,基本解决宪法与部门法的关系,也为下一节的最终讨论提供基础。

[45] See Raz, *supra* note 28, p. 155.

[46] See John Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University press, 1996, pp. 158-164.

[47] See Marmor, *supra* note 30, p. 112.

[48] 参见陈景辉:“比例原则的普遍化与基本权利的性质”,《中国法学》2017年第5期,第296-300页。

重回部门法是宪法的具体化这一论断。表面上，它派生自宪法是最高法这一点，所以被认为处于实在法命题的领域，宪法学界基本上这样认识。然而，由于实在法命题对此既不支持、也不反对，并且它其实是法体系之内部结构的另一说法，因而落入概念命题的范围。宪法学者虽已经运用概念命题的讨论资源，主要是凯尔森的理论来支持部门法对宪法的具体化，^[49]但他们通常并未注意到这是性质不同的问题领域。接下来，我将集中于概念命题，来彻底否认宪法的具体化，这将涉及凯尔森和哈特的不同理论。

（一）基本规范与宪法

最能支持部门法对宪法的具体化的主张，是由凯尔森提供的：

宪法可以消极地决定法律必须不要某种内容。例如，议会不能通过任何限制宗教自由的法律。在这种消极的方式下，不仅是法律的内容，而且还有这一法律秩序的所有其他规范的内容，包括司法和行政的决定，都可以有宪法来决定。然而，宪法也可以积极地规定未来法律的一定内容，它可以就如美国的宪法那样，规定：“在一切刑事诉讼中，被告有权享有：由发生罪案的州或者地区的公正陪审团予以迅速和公开的审理，该地区应事先有法律规定……”宪法的这一规定就决定了未来关于刑事诉讼程序法律的内容。^[50]

这个结论并不孤立，它来自于凯尔森的整体理论。就宪法而言，凯尔森的主张有两个：第一，宪法在性质上是基础规范；第二，由于基础规范在效力上是其他所有法规范的渊源，所以才是基础规范。简单说，由于效力不等于实效，一个规范的效力只能来自于另一个规范，第二个规范的效力来自于第三个规范，依照效力的链条，最终势必会追溯到基础规范。如果逆转这个顺序，将它看作效力的逐级下沉，那么下位规范的效力将来自于上位规范，如果宪法是基础规范，那么下位规范就都是宪法的具体化。^[51]

然而，凯尔森的这套主张，遇到了一些严重的困难。与既有讨论不同，我将提出两个较新的反对意见：

第一，凯尔森的理论自我矛盾。虽然凯尔森的确明确表达过，下位的部门法就是作为基础规范之宪法的具体化，^[52]但这与他区分静态原则与动态原则的核心主张矛盾。当承认一个规范的效力来自于另一规范时，会存在两种不同的规范体系：静态体系和动态体系。其中，静态体系是说该体系中的上、下位规范间，形成了关于内容（content）的效力关系，这是一种由一般到特殊的具体化关系。凯尔森举例说，以不得说谎、不作伪证、信守契约为内容的规范，都来自以真诚为内容的规范。在这种静态关系中，真诚的内容是不得说谎等内容的直接证据。然而凯尔森认为，还有另外一种效力关系，即一个规范的创设并非来自特定内容的合理派生，而

[49] 例如，林来梵，见前注[22]，第103页。

[50] 参见凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第143页。

[51] See Kelsen, *supra* note 6, pp. 55–67.

[52] See Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Berkeley: University of California Press, 1967, p. 223.

来自于一个“意志行动”(an act of will),这就会出现动态体系。例如,父亲要求儿子上学,儿子反问为什么,回答将是“父亲这样说且儿子应当服从父亲”;如果儿子接着追问,回答将是“上帝命令‘服从你的父亲’且你应当服从上帝”。^[53]

这两个原则的区别只在于,到底是规范内容还是意志行动,才是另一规范的直接效力来源。同时,由于道德规范体系是由静态原则连接而成,因此作为区别于自然科学与伦理学的纯粹法学,凯尔森显然不认为这套原则适用于法体系,所以他明确写到:法律体系就是一个具有动态性质的规范体系,一个法规范不是因为它包含某些特定内容而有效,而是因为它被以某种方式创设。^[54]显然,如果作为基本规范的宪法要求下位规范是其具体化,这就试图在宪法与部门法间建立起基于内容的效力关联,但这却被动态原则明确反对,也无法被纯粹法学容许。

第二,即使忽略刚才的批评,凯尔森的理论仍然存在严重的问题:这将导致在同一个法体系内,同时存在多个宪法或所有法律均为宪法的明显错误。一旦依据效力原则,下位法的内容和效力均来自于上位法,并最终追溯至基础规范,那么宪法与其最近下位法(基本法律)之间关系,同基本法律与其下位的非基本法律之间关系、以及更下位位阶相邻两法律之间关系,在性质上完全相同。于是,如果宪法和基本法的关系具有宪法意义,那么所有上下位法之间的相邻关系,也都具有宪法意义;进而,相对于其相邻下位法而言,任何上位法都将是宪法。^[55]于是,相对于具体的民法规范,民法总则就成为民法中的宪法,刑法总则也如是。^[56]必须注意,民法总则是民法中之宪法并非修辞,即民法总则好像是民法中的宪法;它是真正意义上的宪法,因为它跟宪法在面对其相邻下位法时,所扮演的角色和地位完全相同。^[57]依照这个链条,就连最下位的法规范,都将是相对于个别规范的宪法,于是所有法律都是宪法。

必须注意,如果说前一批评的目标只是部门法是宪法的具体化,但后一批评却是对凯尔森的彻底否定。因为即使承认宪法和部门法之间不是内容上而只是效力上的关联,同时存在多个宪法的结论依然不可避免。这相当于说,宪法与相邻下位法、上位法与相邻下位法,都是同样性质的关系,凯尔森所主张的从基本规范到个别规范的效力链条,明显支持了这个结论,因此这种多重线性理论就必须彻底放弃。^[58]

[53] Ibid., pp. 196—197.

[54] See Kelsen, *supra* note 52, pp. 195—198.

[55] See Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, New York: Oxford University Press, 1980, pp. 68—69.

[56] 如果你对“总分则之间关系是上下位关系”这一点存疑,那么不妨参考中国实在法中“宪法—基本法律—非基本法律—行政法规—地方性法规”的效力等级关系,它同样也会支持文中的结论。

[57] 参见张龔编译:《法治国作为中道》,中国法制出版社2017年版,第310页。

[58] M. D. Walters, “The Unwritten Constitution as a Legal Concept”, in D. Dyzenhaus and M. Thornburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, New York: Oxford University Press, 2016, pp. 42—45.

(二)次级规则与宪法

要想克服凯尔森式的难题,最直接的做法,是将宪法与相邻下位法之间关系,区别于其他相邻上下位法之间关系;也就是去主张宪法与下位法关系跟其他上下位法关系,性质上完全不同。哈特关于“法律是初级规则和次级规则的结合”的主张,就是更好的替代方案。

简单说,初级规则是指向人们之具体行动的规则,次级规则是指向初级规则的规则。显然,在任何一个社会中,都存在关于人们如何行动的初级规则;但仅有初级规则,这个社会将始终处于前法律状态,因为它将引发三个难以克服的缺陷:不确定性、静态性与无效率性,这就需要引入承认规则、改变规则和审判规则三个次级规则来克服缺陷。哈特认为,正因为有了引入次级规则的关键一步,才会从前法律世界进入到法律世界。^[59]照此,次级规则就是针对初级规则之缺陷的规则,所以又被叫做二阶规则;初级规则并不针对其他规则,而是针对人们的行动的,所以是一阶规则。

于是,次级规则与初级规则之间关系,绝不同于诸初级规则之间的关系,否则初级规则就是次级规则了。并且,由于二阶规则本身会引入或创设一阶规则,它就必然以授权为内容,^[60]而针对行动的一阶规则必然是以行动义务为内容。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;否则,一阶规则对义务的创设就是无效的。以是否满足二阶规则来鉴别一阶规则的有效性,这具备鲜明的(合宪性)审查的味道,再加上承认宪法是二阶规则(宪法是最高法),就会得出实在法的第一个子命题。

同时,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。因此,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。类似于选家教这件事,父亲让儿子在张老师和李老师间随便选,然后儿子选择了李老师,但即使父亲更加属意张老师,也没有正当理由改变该结果;更不能深入到儿子的选择理由中,透过否定这个理由的正当性,迫使儿子选择张老师。

照此,即使通常被叫做母法的宪法,也没理由为部门法这个子法包办一切;它必须尊重部门法事实上所做的选择,不能评估部门法的选择理由,更不能因为不满这个理由来推翻部门法的决定,否则就与授权规范的性质严重矛盾。当然,如果将部门法在宪法授权范围内的选择叫做具体化,那么部门法的确是在将宪法具体化;但宪法学者不会仅满足于在宪法授权范围内的选择,还进一步要求深入部门法内部并评估选择理由,这种类型的具体化当然缺乏根据。

到此为止,宪法与部门法之关系,已经有了清楚的答案:无论是实在法命题还是概念命题,都只支持合宪性审查,而不支持部门法是对宪法的具体化;依据宪法使得特定部门法内容被推翻的唯一理由,就是该规定超出了宪法的授权范围,这正是合宪性审查的意义。由此出发,可

[59] See H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, New York: Clarendon Press, 1994, pp. 91-99.

[60] See Raz, *supra* note 55, pp. 156-167.

以来评估部门法体系的结构:为避免多重宪法关系的错误,部门法的总分则或者上下位法之间,并不是一种授权/审查关系,它们才是真正的具体化关系。于是,必须依照总则或上位法,来评估分则或下位法的选择理由:如果该理由不适当,分则或下位法就必须被改变或被推翻;另外的可能是,总则或上位法特殊情形中可直接成判决根据。

最后这一点,清楚呈现了法律总则和宪法之间的典型区别:宪法不能越过部门法直接成为案件的裁判根据,因为它指向的是一阶规则或部门法,而非人们的行动;但指向人们行动的部门法,无论是总分则还是上下位法,当然可以直接作为裁判根据,这是其一阶规则的性质使然。^[61] 所以,宪法并不是整个法体系的总则,^[62]它只是创设法体系其他部分的授权规范;相应的,宪法学也就不是法学总论,部门法学仍存在基本自洽的理论框架。

六、作为法律环境的宪法

(一)新的问题

到此为止,副标题的工作基本完成,但正标题的工作尚须努力。尤其是,概念命题和价值命题的关系并未处理,所以还未得出宪法的整体看法。应当如何开始?需要重回哈特的理论。哈特的主张较凯尔森明显更好,它有助于更好把握宪法和部门法的关系。但它也面对严峻挑战:如果宪法是二阶规则,那么它是承认规则、改变规则和裁判规则中的哪一个?

理论家对此争议不休。对于宪法是承认规则的通常看法,^[63]拉兹给出了有力批评:由于承认规则与可人为修改不相容,宪法不可能是承认规则。^[64]一方面,由于承认规则在性质上是一种社会实践,它无法被人为修改,只能等待该实践自身发生改变;另一方面,虽然宪法拥有特殊的稳固性,但它仍可人为修改。因此,宪法是承认规则的主张,无法同时容纳这两个方面。似乎只能去主张,宪法并非承认规则,而是其他二阶规则,或者是改变规则、或者是裁判规则。^[65]

但这种替代方案仍难成立:依照哈特本人的观点,承认规则是所有二阶规则中之最高者,如果宪法不是承认规则,那么它就不会是最高法了。除非做如下修正:将承认规则排除在法体系之外,这就使得作为改变规则的宪法仍是最高法。^[66] 不过,因为哈特本人明确主张说承认

[61] 所以,我同意宪法不能司法化,即宪法不能成为普通诉讼的裁判根据,除非它表达的就是合宪性审查的意思。

[62] 也就无理由在部门法第1条写明“依照宪法,制定本法”,这是误解宪法与部门法之间关系的结果。

[63] 哈特自己就这样看待宪法。See Hart, *supra* note 59, p. 101.

[64] See Raz, *supra* note 28, p. 161.

[65] See Jeremy Waldron, “Who Needs Rules of Recognition?”, in M. Adler and K. E. Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U. S. Constitution*, New York: Oxford University Press, 2009, pp. 327—350.

[66] See Gardner, *supra* note 29, pp. 107—109.

规则是法律，^[67]这个修正很难成立。

这是否走入了死胡同？如果是，那是因为忽略了第四节中概念命题的讨论全貌。我在那里曾经说过，要准确理解任何法体系均包含宪法的概念命题，一者需注意它跟实在法命题的支持关系，即它使宪法是最高法并使合宪性审查成立；另一者需注意它本身所蕴含的法治价值，即宪法是针对宪法机关和立法机关的自我拘束。显然，一旦缺失法治意义，那么后续者在哈特的理论框架中，将进入宪法到底是哪种二阶规则的死胡同。反过来讲，如果注意到宪法的法治意义，那么就可能破局而出；并且，由于法治本身也是价值，它就与价值命题关联起来，共同得出宪法的基本定义：宪法是对法律环境的恰当反应。

（二）法律环境

什么是法律环境？宪法又如何与法律环境中有关？法律环境一词，借自政治哲学。^[68]最初是罗尔斯在讨论正义原则时，仔细分析的正义环境：当人们对好生活持不同观念时，适当的正义原则应如何得出。^[69]后续学者将它进一步引伸为政治环境：一群人注定要长期共同生活在一起，但他们在如何共同生活的正义原则上，出现了严重且持续的分歧；^[70]或者合法性环境：一个社群存在相当数量的道德难题需要解决，但解决方案复杂、有争议且不确定。^[71]

无论是正义环境、政治环境还是合法性环境，它们决定了正义原则、政治原则或合法性原则之所以得出的事实条件。说环境是一种事实条件，也就是说它同时限制了原则的得出：那些最终得出的原则，如果罔顾相关环境，它们就因为过于理想而不真实。例如，在九品中正制而非科举制的社会阶层环境下，你的社会地位就是由出身而非读书来决定的，所以努力读书并不是该社会的适当行动准则。因此，环境既是特定原则得出的前提，也是鉴别该原则是否适当的标准。同理，对宪法而言，就需讨论法律环境。

一个小问题：为何不是宪法环境？因为按照概念命题，宪法就是法体系的构成性因素，存在一部宪法就等于存在一个法体系，所以宪法环境也就是法律环境。由于只有宪法拥有构成性地位，因此只有宪法与法律环境有关，法律环境也只与宪法有关。但其他部门法并无此地位，因此对其相关环境的讨论不完全等同于法律环境。例如民法环境的讨论，通常还需注意私人生活的重要性，^[72]但法律环境无需做额外的注意。

现在集中讨论法律环境，这需要处理概念命题和价值命题的关系。这两个命题，既可相互支持，也可相互反对。但无论支持还是反对，它们都必须同样是性质，否则就无法支持或反对

[67] See Hart, *supra* note 59, pp. 100–110.

[68] See Scott Shapiro, *Legality*, Cambridge: Harvard University Press, 2011, pp. 420–421.

[69] See Rawls, *supra* note 36, pp. 126–130.

[70] See Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, New York: Oxford University Press, 1999, pp. 101–103.

[71] See Shapiro, *supra* note 68, p. 170.

[72] See John Gardner, *From Personal Life to Private Law*, Oxford: Oxford University Press, 2018.

了。很明显,这就是概念命题中法治价值,与宪法所代表的社群共同意识形态或价值共识,形成的支持和反对。具体来讲,由于法治的最小含义,是指按照一套事先制定的规则行事;而最经常用来形成价值共识的主要方式,就是以多数决为核心的民主机制。^[73]这样一来,所谓的支持或反对,指的就是法治与民主两种价值之间的关系。

它们的确可能在事实上不相容。例如,美国总统选举制度的设计中,到底是依照多数决定还是依据尊重州权的方式,来确定总统人选?但由于概念命题和价值命题共同决定了宪法的基本性质,因此宪法观念要有可能,就必须要求这二者之间相互支持或相互强化。具体来讲,就是使民主被设计成对法治的拥护,同时,使法治被安排成对民主的支持。^[74]如果它们始终处在相互冲突的情境中,宪法这件事既在理论上不可想象,实践上也绝无可能;进而,以宪法为最高法的实在法体系,当然也不复存在。当然,该国的确还可能存在一部名义宪法,以及由该名义宪法统领的实在法体系,但它们都无法经受理论上的检验,也无法发挥宪法和法体系应有的实践效果。

法律环境的具体含义现在清楚了:当人们试图生活在一套由宪法为最高法的法体系(宪法秩序)之下,代表众人之治、以多数决为基本机制的民主政治,与遵循既有规则来统治的法治原则经常冲突;并且,二者具备各自独立的正当根据,偏重任何一方将无法获得统一的宪法观念,那么如何树立一部宪法并使法体系成为可能?^[75]相应的,宪法的含义和性质也同时清楚了:宪法,就是对法律环境的反应和克服,它通过一套同时容纳民主政治和法治原则,并使它们相互支持的复杂法律安排来实现任务。由此就会理解实在法命题对宪法的双重要求:宪法必然是实在法体系中的最高法,宪法必须具备长期持续存在的独特稳定性。这两件事情,是真实《宪法》的具体要求。

(三)宪法与两种共识

那么,包含如上要求的宪法是如何可能的?何种设计才能使这两种价值被以相互支持的方式安排在一个宪法中?具体来说,即使在事实上,不同国家的宪法可能以不同的方式(成文或不成文、正文或修正案),规定不同的内容(总统制或议会制、单一制和联邦制),但它在性质上都必须体现民主和法治的相互支持,那么这会对宪法提出何种基本要求?这就需要讨论宪法与两种共识(一阶共识与二阶共识)的关系。

俗话说民意如流水,并且多数决原则本身就表明,社群成员在价值上的看法是多元的,因此一个社会即使存在特定价值共识,它也一定处于不断消长的动态过程。更何况,很多时候并

[73] 参见陈景辉:“法律的内在价值与法治”,《法制与社会发展》2012年第1期,第21—25页。

[74] See Andrew Altman, *Arguing about Law*, Belmont: Wadsworth Publishing, 1996, pp. 61—62.

[75] 由此可以理解规范宪法学与政治宪法学之间的论战:规范宪法学只是预设这个前提,政治宪法学认为不讨论这个前提,那么论证就是不充分的。就此而言,政治宪法学的确击中要害。然而,政治宪法学对于制宪权的过分关注,说明他们经常只是偏重众人之治,这会导致对法治原则的忽视,进而会对宪法实在法持怀疑态度,这正是规范宪法学的批评要点。

无自然形成的价值共识，就需要民主机制以多数决方式，人为创造价值共识；由于每次多数决的结果会有不同，人为共识也将处于变动中。但宪法必须具备独特的稳定性，它不能用来代表这种变动中的价值共识，即使它以民主的方式呈现出来。所以，由宪法所代表的价值共识，只能是另外的特殊类型。这是一种什么样的价值共识？

显然，社群成员会有两种不同的价值共识：一是具体事情上的价值共识，这类事情，可以是较古老的政教是否分离、男女和种族是否平等，到较新的安乐死的正当性、同性婚姻的合法化，社群成员对此曾经或正处在激烈的价值分歧中，特定共识很难获得长期稳固的支持。二是如何处理这些具体分歧的价值共识，当一个社群在诸多具体问题上存在价值分歧，应以何种一般方式来应对的共识，由于这个共识与具体分歧距离较远，它更容易获得稳定的支持。如果宪法用来代表前一种的共识，该社群将会始终处在法律环境中无法自拔；它就只能代表第二种共识，即关于如何解决具体价值分歧的基本方案或一般方式。^[76] 并且，由于后一种共识是关于前一种的，因此就是二阶共识，前一种就是一阶共识。

现在来看多数决的地位。显然，它跟这两种共识的获得都有关系，但它作为价值命题的内容，不可能是一阶共识的，只能是关于二阶共识的。并且，与一阶共识明显不同，二阶共识经常不是自然存在的，多数决就成为人为制造二阶共识的唯一方式。^[77] 因此，多数决及其所表达的价值命题，必然在理解宪法性质中占据一席之地。但它并非唯一内容，多数决共识还需受到两个与法治原则有关条件的限制：一是由于多数决可能导致多数暴政的危险，因为该共识虽被多数人支持、但缺乏充分道德根据，^[78] 所以必须附加该共识必须是有道德理由接受的条件；^[79] 二是这个具有道德正当性的价值共识，必须被以宪法的方式固定下来并在长期内持续被遵守，这件事情更直白地体现了法治的要求。以上三个部分不可或缺，否则将重回法律环境；缺乏第一点（多数决共识），宪法的价值命题不复成立；缺乏后两点，宪法的概念命题毫无意义。总之在性质上，宪法就是代表满足上述条件的二阶共识的法律形式。

七、余 论

一旦得出这个结论，下面这些争议已久的问题，就有了破解的曙光。让我简单讨论以代替结论：第一，关于实在法命题的争议。一是宪法和部门法的关系，由于宪法代表二阶共识，而部门法代表一阶共识，因此二者性质明显不同，所以部门法并不是宪法的具体化，但这不妨碍合宪性审查的成立；^[80] 二是如果宪法是二阶共识，那么它就不应当因人为原因而修改，除非它

[76] 所以拉兹说，宪法的正当性需向道德实践寻求。See Raz, *supra* note 28, pp. 173-174.

[77] 因此，特定社群得出何种内容的二阶共识，将会因文化和传统的不同而有差异。

[78] See Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1996, pp. 1-38.

[79] 这个条件的法治意义，参见陈景辉，见前注[39]，第10页。

[80] 需要提醒的是，同为公法的宪法与行政法之间，可能会存在具体化的问题，但那是另外文章的主题。

已经处在有道德理由接受的范围之外。所以,我认为宪法就是承认规则,因为它的改变其实就是社群成员在实践上的改变。^{〔81〕}

第二,关于宪法解释这个争议。显然,它应当被视为合宪性审查的内容。如果说普通法律的解释,只涉及一阶价值分歧;但宪法解释的复杂性在于,它同时涉及一阶分歧和二阶共识。无论在一阶分歧的最佳解决方案是什么,但它都不能以突破二阶共识的方式获得,所以我认为,某种类型的宪法原旨主义应当是正确的。

第三,是对民主的理解。由于多数决的民主机制可以同时用来形成一阶共识和二阶共识,那么是否存在两种不同类型的民主?但简单多数决容易导致多数人的暴政,所以只会存在一种适当的民主形式,即同时满足多数决与有道德理由接受之双重要求的民主。换言之,仅以多数决为内容的民主,其实并不是真正的民主。^{〔82〕}进而,看似遭遇反多数决难题的司法审查,其实与宪法民主完美匹配:一是,司法机关运用道德对多数决结果展开评估,这本来就处在宪法民主的范围之内,而非之外;二是,由独立于民意代表机关的司法机关来展开评估,将会避免民意代表机关在面对一阶社群共识形成时,所引发的巨大社会压力和正当性考验。

Abstract: Recently, the importance of the Constitution has been increasingly recognized, and because the constitution is a kind of law, there is a complex relationship between the Constitution and the laws, which include two specific aspects: the constitutional review of laws and the concretization of the Constitutional law by the laws. Among them, the latter means that the task of the laws is to implement the requirements of the Constitutional law. However, from the view of legal theory, the nature of Constitutional law is composed of the positive law thesis, the conceptual thesis, and the value thesis. And then, the Constitution is a reasonable reflection of the circumstances of law, rather than the general part of law. If the Constitution is not the general principle, it cannot require the laws to realize its content, and the role of the constitution will only be the constitutional review of laws.

Key Words: Constitution; Laws; General Part of Law; Framing Environment of Laws

(责任编辑:彭 鐸)

〔81〕 See Raz, *supra* note 28, pp. 164—169.

〔82〕 See Jeremy Waldron, *Political Political Theory*, Cambridge: Harvard University Press, 2016, pp. 195—245.