

《比较法研究》网络首发论文

题目： 宪法最高法律效力规范分析
作者： 王世涛
网络首发日期： 2022-04-08
引用格式： 王世涛. 宪法最高法律效力规范分析[J/OL]. 比较法研究.
<https://kns.cnki.net/kcms/detail/11.3171.D.20220407.1745.004.html>



网络首发：在编辑部工作流程中，稿件从录用到出版要经历录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿等阶段。录用定稿指内容已经确定，且通过同行评议、主编终审同意刊用的稿件。排版定稿指录用定稿按照期刊特定版式（包括网络呈现版式）排版后的稿件，可暂不确定出版年、卷、期和页码。整期汇编定稿指出版年、卷、期、页码均已确定的印刷或数字出版的整期汇编稿件。录用定稿网络首发稿件内容必须符合《出版管理条例》和《期刊出版管理规定》的有关规定；学术研究成果具有创新性、科学性和先进性，符合编辑部对刊文的录用要求，不存在学术不端行为及其他侵权行为；稿件内容应基本符合国家有关书刊编辑、出版的技术标准，正确使用和统一规范语言文字、符号、数字、外文字母、法定计量单位及地图标注等。为确保录用定稿网络首发的严肃性，录用定稿一经发布，不得修改论文题目、作者、机构名称和学术内容，只可基于编辑规范进行少量文字的修改。

出版确认：纸质期刊编辑部通过与《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司签约，在《中国学术期刊（网络版）》出版传播平台上创办与纸质期刊内容一致的网络版，以单篇或整期出版形式，在印刷出版之前刊发论文的录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿。因为《中国学术期刊（网络版）》是国家新闻出版广电总局批准的网络连续型出版物（ISSN 2096-4188，CN 11-6037/Z），所以签约期刊的网络版上网络首发论文视为正式出版。

宪法最高法律效力规范分析

王世涛*

摘要：宪法最高法律效力是制宪权行使的标志，但宪法最高法律效力规范不应以绝对主权为根据，制宪权的相对化及自然法的人权价值构成了宪法最高法律效力规范的法理基础。宪法最高法律效力不完全依赖于宪法效力自我宣称的规范形式。就效力范围而言，宪法最高法律效力规范直接作用于公权力（主要是立法权）而非私权利，由此私法自治的必要空间得以保留；而且宪法最高法律效力规范对后代并不当然具有“前在”或“先定”的效力，但可默示推定。

关键词：宪法最高法律效力；规范分析；制宪权

宪法最高法律效力规范即宪法对自身最高法律效力的规定，在我国表现为现行宪法序言中的规定：“本宪法……是国家的根本法，具有最高的法律效力。”宪法最高法律效力规范本身的效力基础是什么，是绝对命令还是自然正义，构成这一命题的终极追问。可见，宪法最高法律效力规范并非不证自明。长期以来，我国宪法学者止步于宪法最高法律效力规范的结论性共识，很少追问其背后隐藏的根本性问题。诸如，宪法最高法律效力规范应当由制宪权创设，为什么我国首部宪法 1954 年宪法未规定，却在 1982 年宪法中首次规定？如果 1982 年宪法是修宪的过程，1982 年宪法可以确立宪法最高法律效力吗？出现在宪法序言中的宪法最高法律效力规范可否会因为序言本身规范效力的缺失而效力减损？宪法最高法律效力规范的理论基础是什么，是绝对主权吗？为什么主要西方国家并没有规定宪法最高法律效力规范，其各自的制度逻辑是什么？宪法最高法律效力规范对后代有预先承诺和在先约定的效力吗？上述问题从规范内涵、效力基础和生成逻辑诸方面构成宪法最高法律效力规范的基本问题，而这些问题至今没有得到解答或者没有得到令人满意的解答，有的问题甚至从未被提出。

宪法是最高法，这是最基本的宪法常识，而对这一常识问题的理据追问构成了宪法学领域的“哥德巴赫猜想”。因此，研究并回答这一问题具有重要的理论意义和基础性的学术价值。不仅如此，近年来中国的宪法实施也冀望于对宪法最高法律效力规范的深入研究。可以说，宪法最高法律效力规范构成违宪审查制度的逻辑前提，而违宪审查制度则是宪法最高法律效力规范的实现方式。如果说违宪审查制度使宪法成为“活法”，那么宪法最高法律效力规范则赋予宪法以灵魂。然而，长期以来我国违宪审查制度效果不彰，根本原因在于在理论上宪法最高法律效力规范通常被作为政治象征，注重其宣示意义而忽视其规范性和实效性。而且，对宪法最高法律效力范围的认识误区，导致违宪审查对象不明以及合宪性审查与合法性审查的混同。此外，对宪法最高法律效力的绝对化理解，导致了宪法与部门法之间的紧张关系，特别是由于宪法至上与私法自治之轩轻，出现宪法与民法之间的学科之争。更重要的是，宪法作为根本法，是其他法律的效力来源，如果宪法效力不能证成，整个法律体系就无以建构。

* 大连海事大学法学院教授，法学博士。

一、我国宪法最高法律效力的规范意涵

根据制宪权理论，制宪权是始源性的创设性权力，宪法最高法律效力规范应当确立于一国的制宪过程。我国 1954 年宪法通常被视为制宪权运用的结果，却并未规定宪法最高法律效力。我国宪法最高法律效力规范首次出现于 1982 年宪法。虽然 1954 年宪法没有明文规定宪法自身的最高法律效力，但政治宪法学的学者们认为，宪法最高法律效力规范隐含在宪法规定的人民主权原则之中，而 1982 年宪法承继了 1954 年宪法的人民主权原则。由此，可以将 1982 年宪法最高法律效力规范追溯至 1954 年宪法，作为默示规范，进而确定 1954 年宪法的最高法律效力。可以说，确立 1954 年宪法的最高法律效力意义重大，因为它是 1982 年宪法最高法律效力的渊源。如果仅仅由于 1954 年宪法对此未作规定而不承认宪法最高法律效力的话，我国现行宪法最高法律效力规范便失去了效力根据。然而，如果将 1982 年宪法的通过视为修宪，那么其是否可以规定宪法最高法律效力规范本身是存疑的。因为按照制宪权理论，宪法最高法律效力规范来源于制宪权，而修宪权通常被认为是宪法所确定的权力而非创设宪法的权力。

宪法最高法律效力规范通常栖身于宪法的序言部分，如果宪法序言本身不具有规范效力，怎能承载宪法最高法律效力的规范呢？^[1]在法国，《人权宣言》作为宪法序言，其法律效力原本是不被承认的，因为法国制宪会议将《人权宣言》作为宪法序言的意图是将序言作为宪法之前提而非其内容。^[2]日本学者认为，宪法序言不具有规范性因而不能直接成为裁判依据，法律的违宪必须直接违反正文各条款。序言只限于作为对各条款进行解释的指导方针予以引用。^[3]蔡定剑教授甚至认为，基于规范政府行为的宪法原理，序言并不是宪法的必要组成部分，因为宪法序言的条款不具有规范性。^[4]笔者认为，不应当完全否定宪法序言的规范性，也不能简单地认为最高法律效力条款被置于宪法序言就不具有法律效力。某项规定是否具有规范效力，取决于该项规定自身。如果某项规定具有法律规范性，不能因为出现在宪法序言中就否定其规范效力。^[5]我国 1982 年宪法确立最高法律效力条款的目的就是要保障宪法的实施避免宪法成为具文。我国宪法序言中的宪法最高法律效力的条款特别规定“本宪法以法律的形式”，这已经非常明确地赋予了宪法最高法律效力条款的法律规范性。在宪法司法适用的国家，如果宪法中规定了由法院实施宪法审查的机制，则序言作为原则性规则可能产生实际的法律效力。^[6]法国的宪法序言也不是始终不具有规范效力。在 1971 年“结社自由案”中，法国宪法委员会就引用了宪法序言作为规范依据，认为序言表达了“这个共和国的法律所承认的基本原则”。因此，我国宪法序言中关于最高法律效力的条款应具有法律规范效力，但这并不否定其在序言中具有宣示意义，可将其作为原则规范，相对而言，我国宪法第 5 条则为宪法最高法律效力的具体规范，两者共同构成我国宪法最高法律效力的规范内容。

^[1] 许多国家将宪法效力条款规定在正文中，如，美国联邦宪法第 6 条，日本宪法第 98 条，俄罗斯 1993 年宪法第 15 条；还有相当一部分国家的宪法没有序言。可见，宪法效力规范未必包含于序言之中。

^[2] 王建学：《法国式合宪性审查的历史变迁》，法律出版社 2018 年版，第 48 页。

^[3] [日] 佐藤功：《日本宪法序言的法律效力》，载《环球法律评论》1983 年第 3 期，第 41 页。

^[4] 蔡定剑：《宪法精解》，法律出版社 2006 年版，第 125 页。

^[5] 根据王叔文先生的观点，序言中宪法最高法律效力内容恰恰是强调宪法规范性和强制约束力的。参见王叔文：《论宪法的最高法律效力》，载《法学研究》1981 年第 1 期，第 2 页。

^[6] [美] 马克·图什内特：《比较宪法：高阶导论》，郑海平译，中国政法大学出版社 2017 年版，第 35 页。

（一）我国宪法最高法律效力条款的含义

1. 宪法的最高法律效力的前提：宪法是根本法

我国宪法序言规定，“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”。这一规定阐释了宪法作为根本法的历史及现实原因，说明了为什么宪法是根本法。宪法是根本法的规定指明了宪法的性质和地位，为宪法的最高法律效力预设了前提。但将宪法作为根本法，实质上赋予了宪法政治意涵，使宪法最高法律效力不再是纯粹法律意义上的，即法律体系中相对于法律的最高法，而延伸至政治领域成为约束所有组织和个人的政治统合的最高权威。需要指出的是，我国宪法的“根本法”的称谓直接来自苏联，苏联 1936 年宪法即被称为“根本法”，作为宪法的别称或同义语，但此“根本法”与西方宪制意义的根本法不同。斯大林在说明苏联 1936 年宪法草案时强调宪法的根本性旨在将宪法与“日常立法问题”区别开来，“宪法并不是法律汇编”，不能把什么问题都塞进宪法里。^[7]但并没有提及“根本法”是最高法。斯大林认为，宪法的产生与革命紧密联系在一起，社会主义宪法是在无产阶级暴力革命的基础上产生的。^[8]斯大林的这一观念与列宁的思想一脉相承。列宁认为：“无产阶级的革命专政是由无产阶级对资产阶级采用暴力手段来获得维持的政权，是不受任何法律约束的政权。”^[9]王叔文先生认为，根据列宁的观点，宪法集中地反映了统治阶级的根本意志和最高利益。宪法作为根本法所具有的独特作用和基本特点，决定了它的法律效力是最高的。^[10]但列宁关于无产阶级政权不受法律约束的观点实际上否定了社会主义宪法相对于无产阶级政权组织的最高性。特别是，被称为“根本法”的 1936 年苏联宪法本身并无宪法最高法律效力的规定。由此可见，苏联的“根本法”并无“最高法”之意，我国宪法作为“根本法”的最高法律效力规范不是源于苏联宪法而是我国 1982 年宪法基于历史经验的特别规定。可以说，这是我国 1982 年宪法对传统社会主义国家宪法的重大发展。

2. 宪法最高法律效力是宪法作为根本法的结果

我国宪法序言规定：“本宪法……是国家的根本法，具有最高的法律效力。”这一规范表述在逻辑上将“宪法是国家的根本法”作为“宪法具有最高的法律效力”的充分条件。但是，从语义学的角度来说，虽然根本性与最高性相关，但两者基于不同的维度，根本性指的是基础性，而最高性强调的是优位性。因此，“根本”未必“最高”，即从宪法是根本法难以直接推导出宪法具有最高法律效力的结论。并且，这一规范表述还存在逻辑上的循环论证之嫌，因为宪法具有最高的法律效力的结论实际上已经在宪法是根本法的条件中预设，即宪法是“根本法”意味着宪法在形式上和实质上优于一般法律，宪法规范的价值判断、修改程序要求也高于一般法律。

（二）宪法最高法律效力规范的表现形式

首先，宪法在法律体系中的至上性。这是法律意义上宪法最高法律效力。由此引申出，一切法律、行政法规和地方性法规都不得与宪法相抵触。但与宪法相抵触的法律是否无效，我国宪法并未作明确规定。人们通常认为，法律与宪法相抵触则无效。但根据凯尔森规范与效力同一说，“违宪的法律是没有效力（无效）的”是一个没有意义的陈述，宪法不仅赋予

^[7] 参见《斯大林文集（1934—1952）》，人民出版社 1985 年版，第 119 页。

^[8] 韩亚光：《俄罗斯宪法研究》，知识产权出版社 2012 年版，第 47—50 页。

^[9] 《列宁全集》第 35 卷，人民出版社 1985 年版，第 237 页。

^[10] 参见王叔文：《论宪法的最高法律效力》，载《法学研究》1981 年第 1 期，第 2 页。

合宪性法律以效力，同时还承认违宪法律有效，因为法律既然已按照宪法所规定的方式被创制出来，那么其就是规范，即是有效的。两个规范相互冲突并不意味着一个规范失去效力，反而两个规范都是有效的，才会发生冲突。^[11]也就是说，法律即使与宪法相抵触，其也是有效的，而判定与宪法冲突的法律的无效只有诉诸违宪审查程序或者合宪性审查机制。

其次，宪法最高法律效力规范调整对象的普遍性。这是政治意义上的宪法最高法律效力。我国宪法第5条规定：“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法。任何组织或者个人都不得有超越宪法的特权。”虽然宪法的最高法律效力是纵向意义的，而宪法规范对象的普遍性是横向意义的，并非同一个层次上的问题，但两者还是密切相关。因为，如果有任何组织或个人可以不遵守宪法甚至有超越宪法的特权，那么宪法的最高法律效力便不复存在。可以说，法律意义上的宪法最高法律效力是指宪法相对于法律、法规的最高效力；而政治意义上的宪法最高法律效力是法律上的宪法最高法律效力的延伸，两者共同构成我国宪法最高法律效力的规范内容，体现了我国宪法最高法律效力规范的特色。

最后，宪法最高法律效力规范的责任属性。我国宪法第5条第4款第二句规定：“一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。”根据这一规定，宪法最高法律效力规范包含了违宪责任追究的内涵，从而补强了宪法最高法律效力条款的实质规范性。由于没有责任条款保障的宪法最高法律效力规定只会成为纯粹的效力宣示，因而，责任条款构成宪法最高法律效力规范整体内容不可或缺的组成部分。

二、宪法最高法律效力的规范原理

宪法最高法律效力的规范原理外在于宪法规范。正如科尔曼所言，如果法律是一种权威，法律权威不能求助于法律权威性这个概念来解释，而必须求助于法律权威性之外的东西。解决方案有，实证法论者根据某一社会事实对法律的权威性进行解释；自然法论者寻求在法律权威性与道德权威性之间建立联系，使法律的权威立基于道德权威性之上。^[12]若将宪法最高法律效力理解为宪法最高权威，那么可以认为实证法将宪法最高法律效力诉诸于权力，自然法则将宪法最高法律效力归因于道德。

（一）基于实证法的制宪权力

从实证法的视角用国家主权来阐释宪法最高法律效力也许是最有说服力的。也就是说，国家主权本身的至上性赋予宪法这一主权者意志的最高性，宪法效力的最高性是由国家主权的至上性决定的。卢梭则用人民主权替代国家主权，进而由体现人民主权的制宪权产生宪法，宪法最高法律效力的民主正当性由此得以证成。但真正确立制宪权理论体系的是西耶斯，其论证的逻辑理路是：主权—制宪权—宪法，主权的至上性通过制宪权贯通至宪法的最高性，即人民主权作为一种终极权威派生出制宪权，并借助制宪权而为生活于主权之下的所有人制订出一部有终极效力的宪法。^[13]宪法之所以宣称自己具有至上性在于制宪权主体的绝对性，因为不存在一个比主权者更高的权威。制宪权产生宪法，由宪法设定宪定权。相对于制宪权，宪定权依赖于宪法而存在，受宪法制约。因此，宪法（制宪权的

^[11] 参见[奥]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175页。

^[12] See Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, 74 (Oxford University Press 2000).

^[13] 参见刘练军：《人民主权理论的思想史叙事》，载《政法论坛》2020年第3期，第13页。

作用)应当比法律(宪定权的作用)有更高的法律效力。因为制宪权主体(人民)的意志优于其代表的意志。在成文宪法时代,根本性、最高性经过制宪权的认可变成了制宪权的属性,也因此变成了宪法的属性。制宪权主体认为其是根本的,因此赋予其最高法律效力。^[14]其逻辑结构如下图1所示:

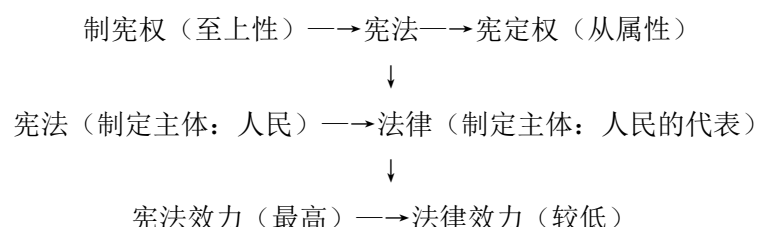


图1 宪法、法律效力与制宪权、宪定权关系示意图

然而,卢梭的人民主权学说虽以“公意”的名义通过将人民主权置换为制宪权,但实际上是将个人意志的一致性加以理性化,而其所谓“公意”意味着无限权力的集中。^[15]其悖论在于民主的正当性与主权的绝对性之间存在冲突。在经历了法国大革命的“恐怖时期”后,西耶斯认识到在特定条件下绝对主权的危险性,于是西耶斯以“国民主权”理论试图消解卢梭的“人民主权”的绝对性。西耶斯虽然提及“制宪权的至上性”,但其只是相对于“宪定权”而言的。作为法国人权宣言的重要起草人之一,西耶斯认为人权先于并优于制宪权及宪法,人权是制定宪法的目的,制宪权仅是实现人权目标的手段。^[16]可见,作为制宪权理论的创始人,西耶斯并非盲从于卢梭的人民主权学说,而是实现了对卢梭绝对主权的超越,即制宪权并不是绝对的,“受法治国家根本价值的约束”。^[17]质言之,在制宪权之上仍有更高的价值规范,由此实现了制宪权的相对化。然而,吊诡的是,西耶斯的制宪权理论最终却违背了“西耶斯诫命”——“宪法所创制的不能创制宪法”。西耶斯的制宪权理论包含了两个层次的内容:第一,在应然层面,由处于自然状态的人民来行使制宪权;第二,在实然层面,由人民委托的特别代表来行使制宪权。^[18]而“特别代表”是通过一种类似于选举的方法产生的,选举属于宪定权,是宪法所确定的权力的运作。通过选举产生的特殊代表制定宪法实际上就是宪法所创制的权力反过来行使创制宪法的权力。为破除这一魔咒,阿伦特将制宪权与主权进行区分,将主权作为国家权力的来源,属于一种权力;将制宪权作为宪法的来源,属于一种权威。权力来源于人民,但宪法的来源在于权威而非权力,因为只有权威才能赋予宪法持久的正当性,同时也只有权威才能驯化权力的绝对性和恣意性。^[19]

由此可见,将宪法最高法律效力依附于制宪权的至上性并归结于主权的绝对性本身存在着因果倒置的错误。如果说,宪法的最高性附属于统治者主权的至上性,那么基于限制统治

[14] 参见涂怀莹:《现代宪法原理》,正中书局1992年版,第60页。

[15] 参见[美]卡尔·J.弗里德里希:《超验正义——宪政的宗教之维》,周勇、王丽芝译,三联书店1997年版,第84页。

[16] 参见王建学:《制宪权与人权关系探源——以西耶斯的宪法人生为主线》,载《法学家》2014年第1期,第167页。

[17] 这一根本价值是指根本规范、自然法、永久性规范,如人性尊严、自由权、法治主义。参见[日]芦部信喜:《制宪权》,王贵松译,中国政法大学出版社2012年版,第63页。

[18] 参见王锴:《制宪权的理论难题》,载《法制与社会发展》2014年第3期,第119页。

[19] 参见王锴:《制宪权的理论难题》,载《法制与社会发展》2014年第3期,第129页。

权力的宪法便失去了存在的意义。因此，宪法最高性不应以主权的绝对性为基础，恰恰相反，宪法最高法律效力规范的确立旨在对主权绝对性的克制。近代欧洲制宪史表明，由于主权会产生专制，基于约束专制的需要才制定宪法。^[20]由于制宪权作为权力不受限制、不被驯化，因而成为极权主义的幽灵。而制宪权威不仅仅是意志的表达，它要求通过一种推理来论证和确立。因此，只有祛除制宪权的权力属性，而将其转变为一种权威，才能实现宪法的“正当创建”。^[21]

（二）源于自然法的超验正义

从哲理化的自然法学来看，所有实在法包括宪法仅仅是对自然法的宣示，而这一实在法的宣示是人类理性的成果。^[22]康德将“绝对命令”称为纯粹实践理性的“基本法”，要求一个人应当依照这样一种方式而行为，直至其意志的准则能像一项普遍立法原则那样具有效力。^[23]宪法作为世俗国家的所谓最高法也应当服膺于这一“基本法”。因为，世俗世界的法律效力的渊源不在于法律自身而是外在于法律的道德律。在“绝对命令”之下，制宪者自称其制定的宪法具有最高法律效力显现出主权者的武断和盲目自信。

古典自然法论者认为，最高的立法者乃自然本身，自然法构成其相对于实证法之优越性的终极源泉和最终原因。人定法不是体现权力和意志而是发现和宣布正义原则，宪法作为人定法其效力在于体现自然法。根据亚里士多德在《伦理学》提出的“自然正义”概念，国家强制实施的正义不是国家自己精心设计的東西，而是从自然中发现东西，是对自然永恒不变性的摹仿。后来，罗马人在成文法规中规定“保留条款”的惯例，通过这种方式，某些准则或西赛罗所谓的“法律学说”被上升为一种约束立法权的成文宪法，德国史学家冯·祁克称其为“高级法”（高于人间统治者意志的法）。在中世纪，“高级法”同《圣经》、教会的教义和《国法大全》以及自然法结合在一起，约束着人间的最高权力，也同样统治着统治者和具有主权的人民。^[24]这一“高级法”学说在英国不仅是观念，而且形成一套相应的制度，并对美国宪法产生了直接影响。

根据自然法的观念，宪法至上性不应植根于人民的意志。因为在人类历史上，有“许多不配名之为法的、错误有害的措施在各个民族中仍然不断予以制订”。^[25]宪法的至上性应源于一种超验正义，即一种实质的、永恒不变的正义。其凭借自身内在的优越性而值得普遍遵行，其并不是人定的，甚至存在于所有意志之外，而与理性融通。近代以降，这一超验正义被转化为人权话语。经过洛克的论述，自然法理念几乎完全融于人的自然权利，即生命、自由和财产权之中。卡尔·施密特认为，宪法之上存在着作为价值体系的自然法，当宪法与自然法相一致时，宪法便具有拘束力，这种自然法的意义构成宪法规范中的根本规范。上述自然法的理念经过社会的变迁，逐步变为一种确定法的秩序层次性的理论与现实制度。在各国宪制的历史演变过程中自然法理念通过不同的途径被纳入到宪法规范的结构之中，最终确立为宪法最高法律效力规范。日本学者清宫四郎把源自自然法的根本

^[20] 参见何勤华、张海斌主编：《西方宪法史》，北京大学出版社 2006 年版，第 272 页。

^[21] 参见王锴：《制宪权的理论难题》，载《法制与社会发展》2014 年第 3 期，第 130 页。

^[22] 参见[美]罗斯科·庞德：《法律与道德》，陈林林译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 21—22 页。

^[23] 参见杨利敏：《行政法与现代国家之构成》，北京大学出版社 2016 年版，第 39 页。

^[24] [美]爱德华·S.考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，北京大学出版社 2015 年版，第 27—28 页。

^[25] [美]爱德华·S.考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，北京大学出版社 2015 年版，第 8—9 页。

规范称之为“宪法的宪法”，并认为日本宪法的根本规范表现为国民主权、对基本人权的尊重和平主义三大原则之中，三大原则又统一于对个人尊严的尊重。^[26]可以说，自然法实为一种“较宪法更高的法”，宪法的效力源于宪法规范所依据的道德，即体现为现代宪法人权观念。^[27]人权保障也就成为宪法效力的正当性基础和终极目的，没有这一道德基础的宪法就不具有正当性，即便其进行最高法律效力规范自我宣称，其所谓最高法律效力也不应被承认。

可以说，2004年我国通过宪法修正案规定“国家尊重和保障人权”条款，意味着对主权国家施加了尊重和保障人权的义务，标志着绝对国家主权的相对化，为我国宪法最高法律效力规范提供了正当性基础和规范依据。

三、宪法最高法律效力的规范源流

宪法最高法地位的确立在于强调宪法相对于法律的特殊重要性，而在古希腊乃至古罗马、中世纪，人们注重自然法、神法相对于世俗法、人定法的优位性，而不严格区分同为世俗法、人定法的宪法和法律，甚至彼此经常混同。因此，在古代国家，作为组织法意义上的宪法并不存在所谓最高法律效力。正是近代立宪主义将人权融于宪法之中，才使宪法规范在法秩序中被赋予更高的价值，并且为防范立法权对宪法的价值背离，才确立宪法最高法律效力。然而，吊诡的是，主要西方宪制国家并未规定宪法最高法律效力规范。当然，由于不同的历史原因，这些国家都遵循着自己独特的制度逻辑。

（一）英国：普通法至上而非宪法至上

在英国封建传统中，形成不同层次的契约，包括作为全国最大的封建领主的国王与贵族、臣民的契约，当然，国王自身受这一契约的约束。早在威廉征服以前，盎格鲁—撒克逊人的国王便是由贤人会议在王族中选举产生的，后来议会产生后，国王的权力越来越受制于议会。在中世纪都铎王朝时期“议会中的国王”的政制中，国王并不独自掌握最高权力，“国王加议会”才被认为是最高权威，议会通过的制定法高于国王的谕令，制定法可以授予国王一种附属的立法权。^[28]在光荣革命后，《权利法案》确立了议会主权的原则，确认了英国普通法“王在法下”的传统。自此国王的特权绝对地服从于议会的立法权，当制定法以某种方式约束国王行使特权时，国王就再没有“残余的特权”。^[29]可见，在历史上英国并无通过宪法限制王权的需求，尤其是“议会主权学说的发展排除了制定可控制立法机关的宪法的任何可能”。^[30]因为议会既已取得最高权威，则其不会起草任何高于自己权威的宪法对自身进行限制。^[31]由于议会的制定法本身有足够的权威，无需借助宪法便能完成对王权的控制。所以，制定高于议会立法的宪法典在英国是多余的。

可以说，在英国，宪法至上被议会主权所取代，然而，议会主权并未赋予议会立法具有可以取代宪法的最高法律效力。洛克将议会主权视为法律范围内的并非高于法律的一种权力。因为即使是那些决定政体的多数人也并不能赋予其代理机构以专断权力。多数人的权力本身导源于“自由的主权个人”的委托。因此，议会主权并非国家的终极权力，“社会

^[26] 参见韩大元：《论宪法规范的至上性》，载《法学评论》1999年第4期，第29页。

^[27] 参见涂怀莹：《现代宪法原理》，正中书局1992年版，第60页。

^[28] 参见[英]梅特兰：《英格兰宪政史》，李红海译，中国政法大学出版社2010年版，第163页。

^[29] See Gleeson Edward Robinson, *Public Authorities and Legal Liability*, 25 (University of London Press 1925).

^[30] [英]K.C.惠尔：《现代宪法》，翟小波译，法律出版社2006年版，第11页。

^[31] 参见涂怀莹：《现代宪法原理》，正中书局1992年版，第10页。

始终保留着一种最高权力”。^[32]如果说英国存在高于议会立法的“高级法”，那么这一高级法就是英国的普通法。“普通法会审查议会的法令，……当一项议会的法令有悖于共同权利和理性，……普通法将对其予以审查并裁定该法令无效。”这一“共同权利和理性”被柯克称为“基本法”，构成约束议会和国王的学说，是司法审查概念的重要来源。^[33]可见，英国的“高级法”并非议会的制定法而是体现自然法理念的普通法。普通法承载着最高法律效力规范的价值功能。但普通法作为一种传统和惯例传承于宪制实践，而不是基于“宪法时刻”形成的宪法文本中。当然，如果说宪法的制定系于“宪法时刻”，即在新的历史起点建构一种新的政体形式，而宪法最高法律效力规范是一次性革命胜利后的权力自我宣示。英国其实也并非绝无这样的“宪法时刻”。从1649年至1660年英国共和及护国主政体时期，曾多次尝试制定一部宪法，如1653年克伦威尔就曾制定过《政府组织法》（其实就是古典宪法）。^[34]但随后王政复辟，这部“宪法”无疾而终，所有的制宪企图都随着旧秩序的恢复而破灭。由于上述历史原因，英国至今尚无一部根本法意义上的宪法典，当然，也没有所谓具有最高法律效力的宪法规范。

（二）美国：从“联邦最高”到“宪法最高”

宪法学者们通常认为，美国最早在宪法中确立了宪法最高法律效力规范，体现为美国联邦宪法第6条规定：“宪法和依宪法所制定的合众国法律，以及根据合众国的权力已缔结或将缔结的一切条约，都是全国的最高法律；每个州的法官都应受其约束，即使州的宪法和法律中有与之相抵触的内容。”但值得注意的是，这一条款将联邦宪法、法律甚至条约整体作为约束州法的“最高法律”，确立的是联邦法相对于州法的最高性，而不是宪法相对于法律的最高性。在美国，上述规定的目的是防范诸州侵吞联邦权威。^[35]因为，联邦和州之间的权力之争构成了美国建国初期最重要的政治斗争，制宪会议采纳了弗吉尼亚的“国家主义方案”，让合众国的法律成为各州的最高法，以回击反联邦党人的政治图谋，并实现联邦国家的法律秩序。这在后来的“麦卡洛克诉马里兰州案”中被马歇尔大法官解释为“联邦最高”，即联邦的宪法和法律“最高地位的要旨即在于：在其范围内扫除一切行动障碍，并改变次级政府的每项授权，使其自身的运作免于次级政府的影响”。^[36]可见，美国宪法中的最高效力条款迎合了美国联邦体制确立之初政治统合的诉求。正如有英国宪法学者所言，如果（在苏格兰、爱尔兰并入英格兰时）联邦体制在英国被确立，一部具有最高法律效力的宪法可能就不必被起草，议会主权的原则将随之被废除。^[37]

可见，美国联邦宪法第6条规定的最高法律效力规范是“联邦最高”而不是“宪法最高”。美国的“宪法最高”并非直接出自联邦宪法第6条的规定，而是源自法官在违宪审查案件中所作的司法判决，即“马伯里诉麦迪逊案”的马歇尔决定：“宪法构成国家的根本法和最高的法律”，“违反宪法的法律是无效的”。由此可见，美国宪法最高法律效力

^[32] John Locke, *The Second Treatise on Civil Government* (Everyman's ed.1924), Chapter 19, section 224.

^[33] [美]爱德华·S.考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，北京大学出版社2015年版，第119页。

^[34] 参见[英]K.C.惠尔：《现代宪法》，翟小波译，法律出版社2006年版，第9页。

^[35] *Letter from James Madison to Thomas Jefferson (Oct. 24, 1787)*, in *The Documentary History of the Ratification of the Constitution* vol. 13, 445 (John P. Kaminski & Gaspare J. Saladino eds., University of Virginia Press 2009).

^[36] 周沂林：《默示权力与司法理性——马歇尔如何审判美国银行》，北大法律信息网，发布日期：2009年7月11日。

^[37] [英]K.C.惠尔：《现代宪法》，翟小波译，法律出版社2006年版，第11页。

的确立以法律的违宪审查为契机，是司法判决中法官解释的结果。法国学者托贝认为，宪法解释的结果构成宪法本身，释宪者才是真正的制宪者。解释者决定了宪法规范的内容，甚至决定了宪法至高无上地位的产生以及宪法与其他规范的等级关系。“只有在马伯里案之后，宪法才高于法律，换句话说，在马伯里案中，并不是法院通过宪法的至上性来论证其判决，而是法院通过马伯里案才确立了宪法的至上性。”^[38]可以说，马歇尔大法官树立了宪法作为最高法的历史界标。^[39]

当然，源于英国普通法传统，美国宪法最高法律效力规范并非立基于绝对的人民主权的观念。^[40]美国作为联邦制国家，联邦和州之间的权力关系基于协定，即无论联邦主权还是州主权都是契约的产物，彼此相互限制，具有相对性。质言之，在美国，绝对主权的观念是不存在的。因此，美国宪法也不会基于绝对的人民主权观念确立宪法的最高法律效力规范。

（三）法国：制宪权至上超越宪法至上

与英国不同，法国在历史上形成了“王在法上”的专制传统。在中世纪罗马法的统摄下，^[41]对国家统一的诉求演变为对权力集中于国王一身的论证，在内战分裂压力之下，正式成为“主权”的话语，^[42]并成为法国的人民主权和国民制宪权的理论前提。但法国第一部宪法（1791年宪法）并未明确规定宪法的最高法律效力。在该宪法的最后“其他规定”部分，规定了“任何由宪法所设立的权力无权更改宪法”。这一规定贯彻了西耶斯诫命：“这些法律被称为根本的，并非指它们可以独立于国民意志，而是因为根据它们而存在和行动的那些机构决不能染指立宪性法律。宪法的每一部分都不是宪定权力的产物，而是制宪权的产物。任何一种受委托的权力都不得对这种委托的条件作丝毫变动。正是在这个意义上而非在任何其他意义上，立宪性法律才是根本的。”^[43]制宪权来源于国民且只有通过自然法形成，宪定权来源于宪法隶属于人为法。^[44]宪法只是连接制宪权与宪定权的纽带。可见，西耶斯制宪权理论与其说确立了宪法的至上性不如说确立了制宪权的至上性。这即是法国宪法文本并未宣称宪法具有最高法律效力的理念上的原因。事实上，卢梭也不承认宪法本身的至上性。因为，法律作为立法权的作品，是人民“公意”的表达，与宪法没有特别的本质区别。制宪权与国家权力结合于人民的全权之中。^[45]因而无需区分宪法与法律效力的不同，也没有强调宪法更高效力的必要。

^[38] [法]米歇尔·托贝：《现实主义的宪法解释理论》，赵宗译，载《现代法治研究》2018年第1期，第36页。

^[39] 当然，在美国制宪之前，美洲殖民地就已经确立了宪法作为高级法的观念：宪法高于法律。由此，有的州就已存在对立法的违宪审查。但在规范意义上，美国宪法最高法律效力只能产生于美国宪法制定以后，而马歇尔的“宪法最高”的司法决定所称的“宪法”也只能是已经制定的美国宪法。

^[40] 在英国17世纪，针对一个议员引用法国布丹绝对主权的观点，柯克大法官说，承认主权利力将会削弱《大宪章》以及所有制定法的地位，主权利力会削弱作为基础的法律，法律大厦也必将因此坍塌。See Hansard, *Parliamentary History* 356-357 (1628).（没有作者，这是个备忘录）

^[41] 可以说，法国“王在法上”传统的形成与罗马法有关。依照《国法大全》，国王作为最高权威“不受法律束缚”，且其“喜好皆为法律”。这正契合了法国国王实现统一和中央集权的诉求。参见[比]R.C. 范·卡内冈：《欧洲法：过去与未来——两千年来的统一性与多样性》，史大晓译，清华大学出版社2005年版，第93—94页。

^[42] 杨利敏：《行政法与现代国家之构成——两大法系行政法结构性特质形成之探析》，北京大学出版社2016年版，第123页。

^[43] [法]西耶斯：《论特权 第三等级是什么？》，冯棠译，商务印书馆1990年版，第59页。

^[44] [法]西耶斯：《论特权 第三等级是什么？》，冯棠译，商务印书馆1990年版，第60页。

^[45] 参见[日]芦部信喜：《制宪权》，王贵松译，中国政法大学出版社2012年版，第21页。

而且，法国现行宪法也没有规定宪法的最高法律效力条款。除了上述制宪权理念的原因，还有一个重要原因是，从1791年法国首部宪法到1958年第五共和宪法，

“constitution”始终保留“组织法”的含义，专指国家的政制构造，并非现代意义的宪法典，制宪不过是确立国家的机构体系。^[46]作为组织法意义的宪法不会规定宪法的最高法律效力。此外，从发生学的角度来说，宪法效力的优位是基于司法裁判权的优位。美国通过相对优位的司法机关对法律的违宪审查权来确立宪法最高效力；而法国则把法律视为主权意志，进而不信任甚至抵触司法机关对法律的违宪审查。^[47]当然，这并不能否定宪法相对于法律的最高法律效力的存在。因为，在理论上，宪法毕竟是制宪权的标志或者制宪权行使的结果，相对于作为“宪定权”的立法权，宪法仍具有优位性，因而宪法相对于法律的“高级法”的地位仍可证立。不仅如此，宪法的最高法律效力可从法国宪法中的两种制度推导出来：第一，违宪审查制度，该制度规定于第七章“宪法委员会”。违宪审查制度是以宪法最高法律效力的确立为前提。第二，宪法对法律、行政法规的创制功能，即法律、行政法规等规范体系均根据宪法创设并不得与宪法相违背。这实际上预设了宪法最高法律效力的规范意涵。

（四）德国：从国法权威到人性尊严

德国在历史上长期处于专制体制和分裂状态，法律包括宪法皆为王权的创造物和政治工具。1848年普鲁士国王颁布了一部钦赐宪法，实行君主立宪制，但实际上确立了君权中心主义。凡宪法没有明确限制的，国王就具有无限的权力。^[48]1871年《德意志帝国宪法》赋予了皇帝广泛的权力，宪法只不过是国家统一的标志，是皇帝而不是宪法被赋予最高效力权威。可见，在德国，宪法从一开始就被定位为最高权力的赋予物，是作为最高权力的君主被迫接受的，用于君主制自我维护与革新，用于整合新领土以及在德意志同盟内部捍卫自己主权的政治手段。开明君主专制下的绝对主义国家乃是德国建构统一民族国家的最高伦理力量。

穆勒斯在介绍德国宪制经验时曾指出，在德国的立宪过程中，法治国相对于民主的优先性，是宪法形式战胜制宪权的关键因素。^[49]德国宪法国家化的过程也同时完成了宪法学的实证化。拉班德曾言，如果不考虑修改难度，宪法并没有高于其他立法的权威。因为在国家中没有比主权更高的意志，宪法并非来自神秘的权力，宪法和法律的效力皆源于主权。^[50]耶利内克主张“国家法人说”，认为统治权属于抽象的国家，这实际上回避了国内最高权力是否属于国民的问题，从而否定宪法具有最高法性质。^[51]质言之，“国家法人说”排斥制宪权，将制宪权等同于修宪权，进而等同于立法权。拥有立法权的机关可以制

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

[47] Thorsten Kingreen, Vorrang und Vorbehalt der Verfassung, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XII, C. F. Müller, Heidelberg, 2014, S. 297-303. 转引自王锴：《宪法与民法的关系论纲》，载《中国法律评论》，2019年第1期，第43页。

[48] [美]科佩尔·S.平森：《德国近现代史：它的历史和文化》上册，范德一译，商务印书馆1987年版，第148页。

[49] Christoph Möllers, 'We are (afraid of) the People': Constituent Power in German Constitutionalism, in *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (Martin Loughlin & Neil Walker eds., Oxford University Press 2007).

[50] Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, band 2, 5. Aufl, Mohr, Tübingen., 1911, S. 39. 转引自王锴：《宪法与民法的关系论纲》，载《中国法律评论》，2019年第1期，第43页。

[51] [日]芦部信喜：《制宪权》，王贵松译，中国政法大学出版社2012年版，第29页。

定宪法、修改宪法。也就是说，立法权代表最高国家权力，可以行使制宪权。制宪权只不过是赋予修宪权的机关的立法权而已。施密特则将制宪权看作“根本政治决断”，这种政治宪法学意义上的宪法最高法律效力屈从于政治决断的观念蕴藏着极大的危险。二战后，德国《基本法》将“人格尊严不可侵犯”作为基本法的首要条款，实际上确立了《基本法》中基本权利而不是《基本法》本身的至上地位。而且，《基本法》第1条第3款规定，基本权利对立法、行政、司法有直接拘束力。值得关注的是，德国《基本法》并未明确规定其自身的最高法律效力，但基本法的诸多条款都暗含着其最高法律效力，最重要的体现在德国《基本法》所确立的规范价值秩序和宪法法院的违宪审查的体制。与法国相似，德国传统上不存在宪法优位，恰恰是因为不承认法官对立法的司法审查权，与缺乏对立法的限制有关。^[52]而后作为宪法守护者的宪法法院的设立则为宪法的最高法律效力提供了体制上的保障。

综合上述四国的宪制经验，可以看出，在世界范围内宪法最高法律效力规范只能以一国存在成文宪法为前提，不成文宪法国家不可能有宪法最高法律效力条款。当然，成文宪法未必明确规定自身的最高法律效力，即宪法最高法律效力可能以默示形式存在。表现为，宪法最高法律效力可能隐含于宪法典中的原则性条款或制度性条款之中。因此，没有在宪法中明确规定自身最高法律效力的国家，并未妨碍其进行违宪审查，而违宪审查则当然预设了宪法最高法律效力。这种宪法最高法律效力的默示可理解为洛克所谓的“推定同意”，即人民只要参与宪法规定的公共生活，从这种参与即可推导出人民的同意。施密特也曾基于“人民的制宪意志不受任何特定秩序的约束”，把人民制宪权与特定程序、方法分离，将默认或事后追认作为人民同意的一种辨识标志。^[53]质言之，宪法没有规定最高法律效力规范的，并不能当然否定其最高法律效力的存在，即宪法最高法律效力不完全依赖于宪法自我宣称的规范形式。

四、宪法最高法律效力的规范向度

上述国家宪法最高法律效力的默示规范的具体作用表现为共时性和历时性两个向度，前者为宪法最高法律规范效力的空间范围，后者为宪法最高法律规范效力的时间跨度。

（一）规范效力的空间范围

首先，宪法最高法律效力规范直接作用于公权力，这体现了宪法作为限权法的功能。尽管宪法约束所有公权力，但行政权与司法权一般通过法律就能得到限制，而约束立法权是宪法独有的功能。^[54]也就是说，宪法效力优位性通常是宪法相对于法律而言的，体现的是制宪权对立法权的优越地位。如果一部宪法明文规定限制其所创设的机构（包括立法机构在内）的权力，则其规定自必视为较之由此等机构所制定的法律，具有更高的效力，否则，宪法效力降低使制宪变得无意义。^[55]在这个意义上，宪法最高法律效力规范的确立旨在确保宪法不被立法权随意或草率地修改，由此决定了宪法的刚性，表现为宪法为自身内置了特别的修改程序，宪法的刚性是宪法最高法律效力自我维护的手段。^[56]质言之，宪法

^[52] Rainer Wahl, Der Vorrang der Verfassung, in: ders., Verfassungsstaat, Europisierung, Internationalisierung, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2003, S. 128. 转引自王锴：《宪法与民法的关系论纲》，载《中国法律评论》，2019年第1期，第43页。

^[53] [德]卡尔·施密特：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社2001年版，第84—85页。

^[54] 王锴：《宪法与民法的关系论纲》，载《中国法律评论》2019年第1期，第44页。

^[55] 涂怀莹：《现代宪法原理》，正中书局1992年版，第6页。

^[56] [英]K.C.惠尔：《现代宪法》，翟小波译，法律出版社2006年版，第10页。

最高法律效力规范所防范的是立法权对制宪权的僭越。

其次，宪法最高法律效力规范作用于所有组织和个人，这体现了宪法的政治统合功能。但国民作为制宪权主体以及宪法最高法律效力的来源，是否应当成为宪法最高法律效力规范约束的对象呢？西耶斯就明确否认作为主权者的国民自身受宪法拘束，特别是获得国民委任行使制宪权的国民代表，被其视为“无法规范的规范者”、无限制的主权性的世界创造者。^[57]但在卢梭看来，国民有不同的地位。“结合者，他们集体地被称为人民；个别作为主权威威的参与者，就叫做公民，作为国家法律的服从者，就叫做臣民。”^[58]也就是说，每一个结合者在政治中具有双重的身份，既是主权者的成员，也是政治秩序的服从者。^[59]因此，国民受宪法最高法律效力规范的约束与宪法的人民主权原则并不矛盾。然而，人民主权的绝对性必然否定社会组织和国民对主权的制约作用。宪法的最高性若以主权的绝对性为基础，则意味着国民对宪法的普遍义务性服从，对国民是一种压迫性的强制力量，构成卢梭所谓“自由的枷锁”。为挣脱这一枷锁，只能将国民从绝对主权强制服从义务中解救出来，即承认国民对不正当宪法的最高法律效力规范有不服从或抵抗的权利。根据德国《基本法》第20条第4款，对于任何排除（推翻）德国宪法秩序者，在别无其他救济途径时，任何德国人民皆拥有抵抗权。当然，根据拉德布鲁赫公式，不具有正当性的宪法只有达到极端不正义程度时，公民才能行使对宪法的抵抗权，以协调宪法的安定性和宪法的正当性之间的价值冲突。

（二）规范效力的时间跨度

从时间的维度来看，宪法最高法律效力规范存在代际效力的问题，即宪法最高法律效力延及后代人。这一效力基础在于契约观念，而契约对后代的约束力可追溯到自然法，尤其在关于罗马法与教会法的注释中，契约被赋予神圣性。因此，主权者不能用制定法来约束后继者，但可以通过契约来约束后继者。^[60]宪法最高法律效力来源于作为“元契约”的最初意志。所谓“元契约”就是霍布斯所说的人们告别自然状态进入主权国家的初始约定。受到这一“元契约”的约束，属民不可另立新的契约。^[61]否定“元契约”的效力会导致人们重回野蛮的自然状态，根本立约的规定就是立法效力的唯一根据。这一初始约定构成“预先承诺”，对后人具有约束力，即后人具有义务遵守制宪者们多年前创造国家的承诺。但这种预先承诺的理论必须建立在一个持续的、单一的、集体的国家认同可能性的基础之上，否则会面临“尤利西斯难题”。^[62]“尤利西斯难题”并非源于“自缚”，而是在于政治共同体内前人对后代人的承诺和约束。^[63]根据“预先承诺”，宪法效力实际上具有授权的作用，对建立一个稳定、有限的政府的承诺，也在一定程度上给人们提供了保障——制宪者作为预先承诺人的规划不会发生根本的改变。^[64]菲尔麦甚至试图以一种后人无法改变的关系——父子关系——来证成后代对“元契约”的签订者意志遵从的正当性。^[65]在具有祖先崇拜传统文化的中国，这一理由

^[57] [日]芦部信喜：《制宪权》，王贵松译，中国政法大学出版社2012年版，第63页。

^[58] [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1980年修订第2版，第21页。

^[59] 陈端洪：《宪治与主权》，法律出版社2007年版，第75页。

^[60] 参见[美]爱德华·S·考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，北京大学出版社2015年版，第29—30页。

^[61] 参见[英]霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆1997年版，第171页。

^[62] 在《荷马史诗》中，由于受到海妖美妙歌曲的诱惑，尤利西斯要求他的手下给自己的耳中塞入蜂蜡，并将他绑在桅杆上，这样他就不会在听到海妖的歌声时丧失理智。

^[63] 参见[美]布鲁斯·阿克曼：《我们人民：奠基》，汪庆华译，中国政法大学出版社2013年版，第9页。

^[64] 参见[美]路易斯·迈克尔·希德曼：《论宪法不服从》，仇之晗译，译林出版社2017年版，第36页。

^[65] 参见何勤华、张海斌主编：《西方宪法史》，北京大学出版社2006年版，第249页。

更容易被国人所普遍认可。这就是为什么我国 1954 宪法并未规定宪法的最高法律效力，但其最高法律效力从未被质疑。

然而，宪法最高法律效力对后代人当然构成先在约束吗？制宪者的宪法最高法律效力的意志表达不需要行宪者事后追认吗？托马斯·杰斐逊曾言“世界属于活着的人们”。当代人为什么要忠实地服从多少年前就过世的人们对宪法效力的确认？洛克不承认“元契约”对后代的效力，甚至不承认“元契约”对立约人的绝对效力，认为立约人并不会因为相约设立主权而丧失自身的主体性和自由权，立约人不完全受其创设强制履行契约条件的约束。“元契约”确立后不是不可以变更或者废止，即使“元契约”对于后代人作出这一禁止性规定也是没有约束力的。这产生了“用契约来创设强制履行契约的条件”的“洛克难题”。^[66]宪法的最高法律效力的自我宣称便体现了“洛克难题”，如果说宪法的最高法律效力是宪法实施的条件的话，这一条件恰恰是宪法自己创设的。卢梭的社会契约论其实也不承认“元契约”的所谓“预先承诺”，但却以“默示推定”来证明过去的法律在当代的效力。卢梭认为：“过去的法律虽然不能约束现在，然而我们可以把沉默认为是默认，把（当代）主权者本来可以废除的法律而并未加以废除看作是主权者在继续肯定法律有效。”^[67]卢梭的法律效力默示推定化解了“尤利西斯难题”。从根本上说，后人并不应当受前人所制定宪法的效力约束，但如果后人未明示否定，则可推定默认，依靠一种习惯的力量使宪法秩序得以维系。

五、结语

我国宪法学者通常将宪法最高法律效力规范绝对化。哈耶克将宪法的最高法律效力规范视为共时性的“上层架构”而非历时性的法律渊源。他认为，宪法的最高性只不过是“逻辑上首位性”。^[68]也就是说，宪法最高法律效力并非来源于传统，而是来源于现实的政治建构。在康德看来，私法属于自然法，先于主权国家的宪法而存在。当代德国宪法学者认为，宪法的优先性体现在宪法与私法存在冲突时的优先性，这种宪法优先地位主张的背后，是将宪法理解为一种价值秩序。重要的宪法规定会表现出“法律原则”的特性。^[69]因此，应当划定宪法最高法律效力规范的疆域，把宪法规范的直接效力限定在国家公权力范围，给私法自治留下空间。^[70]亦即，宪法最高法律效力规范应以尊重私法自治为前提，因为私法自治本身就是根本的宪法秩序。

Normative Analysis of the Supreme Legal Validity of Constitution

Wang Shitao

Abstract: The supreme legal validity of the Constitution is the symbol of the exercise of the Constitution-making power. However, The supreme legal validity of the Constitution should not be based on absolute sovereignty. The relativity of the Constitution-making power and the human right value of natural law constitute the legal basis of the supreme legal validity of the Constitution.

^[66] 何勤华、张海斌主编：《西方宪法史》，北京大学出版社 2006 年版，第 248 页。

^[67] [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 1980 年修订第 2 版，第 41 页。

^[68] 参见[英]哈耶克：《法律、立法与自由》（第一卷），邓正来等译，中国大百科全书出版社 2000 年版，第 211—212 页。

^[69] J. Isensee, a.a.O. (1089). 转引自[德]马丁·莫洛克：《宪法社会学》，程迈译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 54—55 页。

^[70] 参见张千帆：《论宪法效力的界定及其对私法的影响》，载《比较法研究》2004 年第 2 期，第 17 页。

As far as the scope of validity is concerned, the supreme legal validity norm of the Constitution directly acts on public power (mainly legislative power) rather than private rights, so private law autonomy can reserve necessary space; moreover, the supreme legal validity norm of Constitution does not have “pre-existing” or “pre-determined” validity to future generations, but can be inferred implicitly.

Keywords: the supreme legal validity of Constitution; normative analysis; Constitution-making power

（责任编辑：刘馨）

