

法律与社会

# 再论宪法为什么是重要的

——基于从高级法到宪法至上的智识背景和历史经验的解读

陈云生

**【提要】**“宪法是国家的根本大法”、“宪法具有最高的法律地位和法律效力”之类的话语人们经常听到,但是对于其经历的漫长历史过程以及蕴含其中的深刻的立宪主义原理,即使是法律学甚至宪法学业内人士也未必皆知其详。或许是由于这种背景性宪法智识的缺失或不足,才导致一些人对宪法的权威地位和最高法律效力问题上的认识不足甚至漠视。有必要从宪法的背景性智识和历史经验方面借力,进一步解读宪法为什么是重要的这一论题。

**【关键词】** 启蒙学者 高级法 大宪章 共同权利和理性 宪法至上

**【中图分类号】** D911 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1000-2952(2009)02-0075-08

引言:要说明宪法为什么是重要的,并不是一件简单和容易做到的事,在学科之间进行“对话”虽然有益,但很难使宪法的最高法律地位和最大法律权威得到普遍的承认。这需要从宪法现象的事实、深度的理论、相关的智识背景以及历史经验等方面予以有说服力的“自证”。前论是基于二元政治的立宪主义原理的解读(见《中国社会科学院研究生院学报》2008年第2期)。今次再从高级法到宪法至上的宪法智识背景和历史经验方面作进一步解读。

## 一、宪法的高级法智识背景 and 成长经验

在西方的思想史和学术史上,自古希腊的柏拉图、亚里士多德以来,就形成了一种被称为“二元论”的学术研究风格和传统,即认为在包括法律现象的每一个社会现象之后,冥冥中存在着某种神秘的力量——或为神或为理性或为先验的原则、精神等等——在暗中支配或

决定各种社会现象的产生、运行和发展。在牛顿发现自然界的万有引力之后,自然科学的这一成果再次刺激和强化了社会科学研究的这种进路。自中世纪晚期人文运动伊始,特别是到了近代法律学和宪法的产生和兴起之后,探求法律和宪法条文的背后或潜藏于其间的神性、理性原则及精神的研究范式,更是成为法学和宪法学研究的一贯进路,并形成长久的学术传统。从法律和宪法的神圣性到自然法及其先验的理性,再到主、客观唯心主义的世界精神和道德原则,再到近代罗尔斯的正义论和德沃金的权利原则,直到当代复兴的各种变异的自然法,以及再度被提起的宗教道德原则,等等,都是这种“二元论”的典型体现。19世纪中叶以至20世纪前半叶相继兴起和发展起来的法律实证主义和规范法学等学派,尽管以反理性主义的法哲学立场取得法学和宪法学研究的新突破,但很快便走向式微,并未对“二元论”的法学和宪法学研究传统造成颠覆性的破坏。至

今,这种“二元论”的法哲学和宪法哲学的研究进路和方法在法学和宪法学的研究中还相当得势。现代美国宪法学者爱德华·S·科文在《美国宪法的“高级法”背景》一文所展示的资料运用的彻底性和精确性以及思想的深邃性,就是这种“二元论”研究进路和方法的典型范例。

按照科文教授的观点,美国宪法的合法性、至上性以及对它尊崇的要求,是基于一种超越正义原则的基础之上,即美国人民深信有一种“法”高于人间统治者的意志,宪法就是协调这个原则与政府权力关系的高级法文件。他详尽地考证了这种高级法的古老渊源以及转变过程。下面让我们循着科文及其他先辈们为我们开辟的坦途,探讨宪法是如何一步步地从高级法的历史土壤中发育、扎根和成长起来的。

早在古希腊时代,安提戈涅就已经将古老的习惯法置于人类制定的规则之上。一个世纪以后,狄摩塞尼斯认为法律都是一种发现,是神赐予的礼物。亚里士多德又进一步将国家的法律与“自然法”加以区分,而自然法的核心概念就是“自然正义”。他在《伦理学》(Ethics)写道:“在政治正义中,一部分是自然的,一部分是法律的——自然的是指在每个地方都具有相同的效力,它并不依赖于人们这样或那样的想法而存在;而法律的则意味着起初既可以是这样,又可以是那样”。<sup>①</sup>这就是说,国家制定的法律所体现的正义只是从自然中发现早已存在的东西,而这种东西是永恒不变的。国家实施的正义只不过是自然的模仿而已。一般认为,亚里士多德的“自然正义”主要是一种立法者遵循的规范和指南。斯多葛学派在亚里士多德的基础上,又进一步充实和拓展了自然法的理念,认为自然法概念是一种道德秩序概念。最高的立法者就是自然本身,人们通过上帝赐予的理性能力与诸神一道,直接参与自然秩序的建构。自然、人性和理性是一回事。

古罗马法学派西赛罗又将斯多葛自然法中的抽象的道德秩序恢复为世界性的法律和政治观念。他认为,真正的法律乃是正确的理性,

它与自然和谐一致,它散播至所有的人,且亘古不变,万世长存。人类立法不得企图背离该法,这是一项神圣义务;而且不得毁损该法,更不得废弃该法。事实上,无论元老会还是人民,都无法不受该法的约束;它也不需要我们自己之外的任何人作为其解说者或阐释者。不可能在罗马有一种法,在雅典有另一种法;或者现在有一种法,将来有一种法,有的只是一种永恒不变的法,无论何时何地,它都有效。西赛罗还进而将其上述自然法理念提升为“正式法”,尤其是“制定法”与“真正的法律”两个相互区分的法律体系的高度。他认为“真正的法律”是依照自然区分正确和错误的规则,而其他任何类型的法律不仅不应当看作是法,而且也不应当称之为法,或者只可勉强称之为披着法的外衣的法律。至于这种法律与真正的法律相冲突时,补救的措施就是前者服从后者,即制定法必须服从真正的法所体现的那些神圣不可侵犯准则。罗马人在成文法规中通常都要规定保留条款,通过这种方式使真正的法的那些准则成为约束立法权的“成文宪法”。<sup>②</sup>西赛罗不止一次借助这种条款,援引“真正的法律”来反对制定法。还有几次,他指出占卜官和元老院有权废止那些没有依据“真正的法律”制定的法律。他甚至在元老院的一次讲演中,直接诉诸“正义的学说”来反对“成文法规”。西赛罗的自然法观念经罗马时代其他思想家和法学家如塞涅卡和乌尔庇安等的认可后又提升到一个新的高度,即从自然法衍生出生而自由或自然权利的内容。自然权利和理性后来又逐渐渗透到罗马的“万民法”中,自然法于是取代了“实证法”的外在形式,不仅具有了确定的内容,而且可以得到强力保证的实施。<sup>③</sup>(这里的介绍正好对应了前文的“第七”所要表述的内容。——笔者)

从上述我们可以体悟到,人类近代社会以来不断被提出和得到强化的宪法是国家根本大

①②③ 转引自[美]爱德华·S·科文《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,生活·读书·新知三联书店1996年版,第2~3、7~11、7~11页。

法，具有最高法律地位和最大法律效力的观念，决非是人类社会即性的、偶然的发明和创造，而是具有深厚的历史渊源。古代先贤们提出和弘扬的“自然正义”、“永恒不变的法”、“万民法”、“自然权利和理性”等观念，不仅至今还是我们讨论政治、法律，特别是宪法现象的课题和“对话”的基础，而且其所阐发的自然法或“高级法”的理念，尽管还显得朴拙和稚嫩，但其显现的蓬勃生机，终究要在后世开花结果。

自然法和高级法的观念在欧洲的中世纪得以赓续和发展。中世纪欧洲是一个世俗权威与教会权威持续斗争，并最终教会权威取得压倒性主导地位和统治权的时代。为适应这种时代变迁的需要，原来古希腊罗马的自然法观念也发生了重大的转变。古希腊罗马的思想家们普遍将自己的自然法的思想置于人性的普遍一致性、人类命运可观察的一致性和人类理性可发现自然法的一致性之上。自然法构成了实证法的优越性的终极源泉和最终原因。于是，自然法便成了立法者刻意使其法典化的目标。《国法大全》就是这种努力的结果。然而，在神权占主导和统治地位的时代，这一进程发生了逆转。世俗的统治权经全面渗透了神权统治权之后，则变成了家长式的、不需承担责任的、且不受任何制度约束的权力。为了适应这一时代变迁的需要，原来的自然法，即超越制定法的高级法观念，也相应地发生了改变。由于基督教教义和《圣经》的渗透和影响，原来基于人性和理性发现并法典化的自然法，则以“天国里弥漫的普遍存在”和“刻在人们心中的法律”的形式变成了神秘的超越法。而这种法律的宗旨和目的也由原来的经由启迪、开导权威以实现社会的正义，而变成了从外部制约和限制绝对神权政治统治，旨在纠正社会普遍流行的不正义。这种限权的观念直接影响了近代的西方宪法理论和分权学说，并在美国宪法中得到典型的体现。<sup>①</sup> 中世纪限权的自然法观念不仅没有中断高级法观念，反而进一步强化了这个观念。这是因为，将占绝对统治地位的神权思想的载体如《圣经》、基督教教义融入自然法体系，必定强固其作为高级法的地位。德国史学家冯·

祈克就特别强调中世纪高级法观念的绝对优势和尊严，视其为所有合法权力的基石。作为这种高级法的自然法，它约束人间的一切权力，包括教皇和皇帝的最高权力；也同样统治着统治者和具有主权的人民。事实上，它统治着整个人类社会。无论成文法规，还是当局的任何条例，无论是惯例还是民众的意愿，都不能超越这种高级法所设定的界线。任何事务，只要与自然法颠扑不破的永恒原则相冲突，就是无效的，因而决不应把对最高权力的合法范围所设定的限制仅仅看作是一些伦理原则，即不仅仅约束统治者的内在自由，而且还限制其外在的统治行为；不仅约束和限制最高统治者，而且也约束和限制法官和其他所有参与实施法律的人。因此，他们都有忠诚于这种高级法的义务，凡是超出高级法所设界限的任何权威的行为和任何成文法规，都是无效的。<sup>②</sup>

从上述我们已经看到，中世纪的自然法，即为神圣化了的高级法，特别是其中的无论何人、何事，哪怕是世俗和教会的最高统治者以及最权威的统治行为和成文法规，都必须受这种高级法的辖制，都不能超越和凌驾它。这种高级法的观念，不仅是对古希腊罗马自然法和高级法的继承和发展，而且也为人文运动时代的高级法的产生铺就了基石。

到了人文运动时代，作为“宪政母国”的英国在培育高级法的观念和建构体系方面，做出了特殊的贡献。英国由于其特殊的地理位置和立国经历，其高级法观念与欧洲大陆普遍流行的高级法从一开始就分道扬镳了。在英国的法律情境中，高级法不再是某些应当约束政治权威的原则如何以法律的面目出现，或者在多大程度上采用法律的形式，而毋宁是某些原本具有法律特征的原则如何表现为具有更高性质的原则，即有资格控制权威而且又以法的形式控制权威的原则。换句话说，问题不在于普通法如何变为法律，而是如何变为更高级

<sup>①②</sup> 转引自[美]爱德华·S·科文《美国宪法的“高级法”背景》，第14~15、12~13页。

的法。<sup>①</sup>

亨利三世统治时期王座法院大法官布雷克顿,即布兰顿的亨利,在他的《论英国的法律和习惯》名著中,第一次使正在兴起的普通法直接与罗马法,以及中世纪的欧洲大陆的高级法思想联系起来。他致力于申明所有的权威都源于法,从而也就受制于法。他写道:“国王本人不应该受制于任何人,但他却应受制于上帝和法,因为法造就了国王。因此,就让国王将法所赐予他的东西——统治和权力——再归还给法,因为在由意志而不是由法行使统治的地方没有国王。”<sup>②</sup>他认为,对于帝国而言,没有什么比依照法律生活更恰当的了,而使君主统治服从于法比依法维系的帝国要更伟大。但是,那个时代和布雷克顿本人还没有现代的“法治”观念。他主张用神的报应来约束国王的统治权,尽管这种报应毫无疑问要由其人间的代理人来实施。<sup>③</sup>但这肯定不是一种制度性的安排。我们知道,这种制度性的安排要在几百年之后的启蒙时代才由自然法学子们提出。但不管怎样,早在12世纪后期就明确地提出这样高级法的思想,是非常难能可贵的,为后世的宪法观念的产生无疑打下了坚实的观念基础。但这仅仅是基础,普通法要变成高级法,还需要相关观念的进一步延伸和转化。

英国普通法之所以变为高级法,是普通法形成的基质和实施的体制所决定的,从更广阔的社会背景上来说,它是英国特殊的政治法律环境所催生的。科文认为,普通法的产生,是从亨利二世在12世纪后半期的前25年中建立的中央上诉法院的巡回制度才真正开始的。这种历史表明,普通法既不是外来的,也不是新建的超体制的法律制度,它从一开始就建立在英国本土的习惯之上。事实上,普通法本质上就是习惯,这些习惯通过上述审判制度逐步发展为全国通用的法律,故称为“普通法”。但是,光是习惯本身并不能自动地转化为“普通法”,另一个关键的转化因素,就是法官的选择。法官在审判案件势必要选择一些,并禁止一些习惯作为裁判的依据。久而久之,一些习惯便因此获得了普遍的适用效力,于是习惯便

成为法律。又由于这些习惯通常都没有成文的形式,在法官适用的过程中便相互参考、借鉴,于是又逐渐发展成为“遵循先例”的适用原则。“遵循先例”的结果,反过来又使一些习惯由于经常被适用而变为相对稳定的法律规范体系,就这样,习惯法或者普通法便衍变成一个独立的法律体系,与欧洲大陆的成文法系形成鲜明的对照,共同形成传统上的世界法系。<sup>④</sup>

由于普通法并非成文,其规范的意义并非由文字体现或解释出来的。支持法官选择什么习惯或禁止什么习惯的标准是法官内心以“合乎理性”的体验决定的。本来,“合乎理性”最初是源于罗马和欧洲大陆的检验标准,在英国的法律情境下,正确理性从14世纪起便被视为使普通法变为高级法的主要依据。只不过,欧洲大陆的高级法准则所依据的正确理性,一直是西赛罗诉求的正确理性,它是全人类的正确理性;而在英国,作为普通法基石的正确理性,从一开始就是法官的正确理性。普通法被看作是依赖于知识或发现的法,更确切地说,是依赖于专家们,特别是法官们心目中的“法”。<sup>⑤</sup>

正确理性支撑了并建构了普通法变为高级法的最重要的观念基础,以及法官实现这种正确理性所发挥的特殊作用,但这还不够,还需要一些特殊的观念延伸、衍化作为介质;而且这种介质的形成也不是一朝一夕就能完成的,事实上它经历了几百年的积蓄、转化的过程。

最重要的观念延伸和转化是关于理性优于或高于制定法甚至王权。最初提出“自然理性”高于议会的法令和王室法条的,是一位神父,名叫菲格斯。他在其著作中指出:“……普通法是法律最完美的理想,因为它是由多少

①② 转引自《美国宪法的“高级法”背景》,第18、21页。

③⑤ 参见《美国宪法的“高级法”背景》,第21~24、19~20页。

④ 这里之所以称为“传统上”,是因为根据现代一些法学家的意见,两大法系正在走向融合,相互间的差别正逐步消失,以至使这种区分变得没有意义和必要。——笔者注。

代人的集体智慧发展而来并加以阐述的自然理性。……基于悠久的惯例和几近超自然的智慧，它的权威在议会的法令和王室的法条之上，而不是在它们之下，后者的短暂存在是由于国王反复无常的任性或其顾问们的一时高兴，它们只有物质的制裁力量，因此在任何时候皆可以废除。”<sup>①</sup>之后，作为亨利六世的大法官约翰·福蒂斯丘又对此观念作了进一步的重申，他在名著《英国法礼赞》中提出了统治权，即王权受限制的观念，并把这种观念建立在统治权源于民众这一思想之上。

宪法从一开始就不是作为一般法律创设的，而是作为高级法而设计的。近现代宪法赓续了古代“宪法”作为国家总体结构性规范和体系的原旨和内涵，这种原旨和内涵本来就含有“宪法”高于一般法律的底蕴，经启蒙学者的改良和发扬，其高级法的特性愈加得以彰显和固化，最终确立了“宪法至上”的理念与地位。对于这种普世公认的理念与地位，除中国法学界的少数学者外，迄今未受到过挑战。

不过，我们也需要指出，宪法至上的理念与地位并不是从一开始就明确和确定的，它经历了一个慢慢积累、递次强化的历史发展进程。在这一进程中，一系列的启蒙学者对此做出了杰出的贡献，说其厥功至伟或许更为恰当。

早在中世纪，就流行着一种高级法观念。《政治论》一书就说过：“有些法的戒律具有永恒的必然性，它在所有民族中皆具有法律效力而绝对不能违背。”<sup>②</sup>这种高级法的观念一旦与自然法相结合，便成为约束人间一切人的最高权力，无论教皇和皇帝，还是号称握有主权的人民。这种观念在以后的几个世纪里，大行其道并流行至启蒙时代。

在启蒙时代，高级法的观念不仅得到赓续和发扬，而且还在向实体法的转化方面迈出了关键的历史性步骤。特别是在英国，高级法的观念已逐步融入和渗透到普通法的观念和体系中。布雷克顿，即布兰顿的亨利，是都驿王朝亨利三世统治时期的王座法院的大法官。在其

名为《论英国的法律和习惯》一书中，再次强调了其前辈约翰的观点，即在普通法之下，国王本人不应该受制于任何人，但他却应受制于上帝和法。<sup>③</sup>在《论法律》一文中，他进而引申说，“国王不仅从属于上帝，而且也从属于他的法院，即法官和男爵们。”于是再次坚定了高级法的信念和地位。

在英国的宪法史上，1215年制定的《大宪章》是一个重大的事件。《大宪章》之所以重要和出名——以至于后人将其视为最早的成文宪法性的文件，而忽略了它实质上只不过是当时的国王迫于财政的压力，而给予特定的封臣阶层的特许状——首先它是一纸文件，它以文字语言表达的形式明确而又具体地体现了高级法的观念。《大宪章》自从制定以后，整整持续了一个世纪的辉煌时代，以至在英国逐步培育出了对《大宪章》的崇拜。即使到了《大宪章》落寞以后，这种崇拜又成功地转移到普通法之上，继续滋润了培育“宪法至上”观念的土壤。

大法官约翰·福蒂斯丘在《英国法礼赞》一书中，不仅续写了过去人们对普通法的虔敬，而且还强调法律的本质就是：“无论在什么情况下，皆宣布支持上帝在其创世时馈赠于人的礼物——自由”。<sup>④</sup>将普通法的本质上升为对民众自由权的保护高度，是福蒂斯丘对英国高级法观念做出的巨大贡献，影响了后世宪法发展的全部历程。

在西方宪法学史上，到了18世纪前半叶，则属于英国伟大思想家洛克了。洛克的著作《政府论》，特别是其下篇，现在还是许多宪法学人手边必备的学习和参考著作。洛克生活在英国17世纪资产阶级革命的时代，经历了英国内战、共和、护国制和复辟的起伏，以及1688年“光荣革命”成功的所有阶段。在封建贵族与资产阶级以及新贵族相互妥协而建立的议会制政体中，柯克时代所面临的王权欲凌驾

①③ 参见《美国宪法的“高级法”背景》，第30、21页。

② 转引自并参见《美国宪法的“高级法”背景》，第11页。

④ 转引自《美国宪法的“高级法”背景》，第31页。

于法律之上的权力基础和结构已不复存在，因而倡立法律至上的法学使命业已结束。王权被成功地改造成为议会主权的一部分和议会主权内在统一的结构中。在新的权力时代，议会主权和法律至上已实现有机地结合，然而，无论是议会主权还是法律至上或者两者的结合，又会面临新的权力在理念和结构上的矛盾乃至冲突，议会主权一方面存在着与法律至上的关系协调的结构上的矛盾，而其自身又面临着何以和用什么来驾驭往往表现为桀骜不驯的政治权力，以至使其驯化在一个更有权威的理念和架构之下？而与此同时，原先经过长达几个世纪倡导而树立起来的法律至上的理念与架构，在新的权力结构中，又何以和用什么来加以体现？很显然，单纯地用法律至上既不能也不应该成为驯化议会主权的手段，因为法律至上与议会主权已经有机地融合为一体了。新的权力结构需要新的思维和结构来取代原来的理念与结构。为此，洛克站在新的历史起点，重新诠释了自然法，他把自然法从柯克的不可名状的“共同权利和理性”完全融化到可以看得见、摸得着的具体的个人的“自然权利”之中，而“自然权利”又具体在“生命、自由和财产”的三大权利之中。他将这三大权利的保护给予格外的重视，甚至认为“人民”为了实现对其权利的保护才同意通过“社会契约”的形式组织政府，并将公共权力“委托”给政府来管理，设立政府的唯一目的就是保护个人的自然权利不受政府及其任何个人的侵犯。一旦政府侵犯了人民的自然权利，人民就有权实行反抗，以改变政府。在政府的结构体系中，立法权又是最重要的权力，但立法权不能无限制地使用，它必须受到如下的限制：“第一，它们应该以正式公布的既定的法律来进行统治，这些法律不论贫富、不论权贵和庄稼人都一视同仁，并不因特殊情况而有出入。第二，这些法律除了为人民谋福利这一最终目的之外，不应再有其他目的。第三，未经人民自己或其他代表同意，决不应该对人民的财产课税。这一点当然只与这样的政府有关，那里立法机关是经常存在的，或者至少是人民没有把立法权的

任何部分留给他们定期选出的代表们。第四，立法机关不应该也不能够把制定法律的权力让给任何其他人，或把它放在不是人民所安排的其他任何地方。”<sup>①</sup>

洛克既然主张人民的主权，确切地说个人的自然权利至高无上，政府的权力包括最重要的立法权力必须受到限制，且只能以实现人民的“公共福利”为行使权力的目的，那么，就必然地要求重建社会和国家的最有权威的理念与体系。洛克将这种权威的理念与体系设想为一种基本秩序或基本法。这种基本秩序或基本法不仅潜含着个人自然权利的内容，也同时潜含着对个人自然权利的保护机制，这种机制就蕴含着对政府权力的限制，以及对至高无上的基本法不可违背性。正是在这里，我们才触及到了洛克关于后来所谓“宪法”理念与机制的实质，即政府是基于人民同意的“社会契约”而建立的，人民保留了最高的，也是最终的权力，公共权力的行使必须以保护人民的自由、权利以及实现公共福利为宗旨，政府的权力因而是有约束的和受限制的；而无论是政府还是人民自己包括每个人又都在一种由自然法、神的意志支配下的基本秩序或基本法的框架内活动。这种基本秩序或基本法是不能违背的，它具有绝对的权威和至高无上的支配地位。

## 二、宪法至上地位的实体确认

由洛克倡导的宪法学说和政府理论直接影响到美国的宪法制定和宪政建立。北美独立战争时期的殖民地思想家们大多数受到英国的正规教育，他们研究的政治学说和政府理论就是洛克的学说和理论。待他们返回北美殖民地以后，就将他们所熟悉的学说和理论直接运用于殖民地各州的宪法乃至美国宪法的制定和宪政建设。其中最重要的实践就是如何实现宪法至上的学说与理论。在美国宪法制定后等待各州批准之际，就如何组织政府问题曾展开了一场

<sup>①</sup> 转引自[英]洛克《政府论》(下篇)，叶启芳等译，商务印书馆1986年版，第88~89页。

大辩论，辩论一方为以富兰克林为代表的共和主义者，另一方则为以汉密尔顿、麦迪逊为代表的联邦主义者。前者主张在美国建立统一的共和主义政府，而后者则拥护宪法所体现的由各殖民地联合组建一个联邦政府，后者的意见集中体现在汉密尔顿等三人所发表的一系列评论性文章中，后来这些文章被集成《联邦党人文集》一书。在汉密尔顿所写的第78篇文章中，集中探讨了司法部门问题。在文章中，汉密尔顿明确地指出，美国宪法是一部“限权宪法”，“所谓限权宪法系指为立法机关规定一定限制的宪法。如规定：立法机关不得制定剥夺公民权利的法案；不得制定有追溯力的法律等。在实际执行中，此类限制需通过法院执行，因而法院必须有宣布违反宪法明文规定的立法为无效之权。如无此项规定，则一切保留特定权利与特权的条款将形同虚设。”<sup>①</sup>又说：“代议机关的立法如违反委任其行使代议权的根本法自当归于无效乃十分明确的一条原则。因此，违宪的立法自然不能使之生效。”<sup>②</sup>“解释法律乃是法院的正当与特有的职责。而宪法事实上是，亦应被法官看作根本大法，所以对宪法以及立法机关制定的任何法律的解释权应属于法院。”<sup>③</sup>汉密尔顿的以上评论，已经明确无误地将宪法称为“根本大法”，宪法不仅限制了立法机关的权力，而且法院负有有权宣布违宪的立法无效的责任。这一切都明示或暗含着宪法是至高无上的法律。实际上，美国宪法自身就是这样规定的。

尽管美国宪法自身规定其是联邦的最高法律，但由于制宪时代表们的意见分歧，宪法并未明确规定联邦法院具有宪法解释权和宣布国会立法违宪无效的权力。直到1803年，联邦首席大法官马歇尔才在马伯里诉麦迪逊一案中，以判决的形式宣布法院有这项职权。马歇尔在判词中写到：“还值得观察的是，在宣布什么是国王的最高法律时，（宪法）首先提到了宪法本身；并且不是合众国的一般法律，而是根据宪法制订的法律，才具有那样的地位。”<sup>④</sup>“何为法律，其解释权应属司法机关。……法律与联邦宪法抵触者无

效，这是无可质疑的，绝无两可的余地。宪法的效力优于任何立法机关制定的法律。”<sup>⑤</sup>由于这是美国立宪史上第一次以司法判决的形式实现了普通司法机关行使司法审查的职权，而且从法理上再次确认了洛克、汉密尔顿等人的宪法至上的学说。

由于美国宪法及司法审查对后世世界各国宪法的影响，宪法至上的学说得到了普世的承认。据统计，在全世界的宪法中，规定宪法比普通法律具有更高的法律地位的总数远远高于没有规定更高的法律地位的宪法总数。<sup>⑥</sup>

## 结束语

宪法至上也许是历史上宪法大师和先哲们留给我们最重要的法律文化和法律体系遗产之一。当我们今天的宪法学人对于“宪法是国家的根本大法”、“宪法具有最高的法律地位和法律效力”的话语早已耳熟能详的时候，其实我们只是简单地承认和接受了这份遗产。至于其中由几代宪法大师和先哲们付出几个世纪的艰难建树的过程，以及其中蕴含的深刻的立宪主义原理，我们在大多数情况下都没有必要甚至根本没有兴趣去回顾和体认，正是这种内在机理的缺失，才导致人们对宪法只是作为治国的一个工具而加以运用，而很少或没有从深层次的理念与宪法结构的意义上去体认宪法的真正涵义及其价值。以至在中国目前法律学界，仍需我们宪法学术业内人士去努力辩说宪法的至上性。笔者不敢说这就是中国宪法学“宿命”或“悲哀”，但至少从另一个侧面折射出宪法理

①②③ 转引自汉密尔顿、杰伊、麦迪逊《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆1982年版，第302、302、302~303页。

④ 转引自张千帆《西方宪政体系》（上册：美国宪法），中国政法大学出版社2001年版，第48页。

⑤ 转引自胡建森主编《外国宪法：案例及评述》（上、下册），北京大学出版社2004年版，第13页。

⑥ 参见[荷]亨克·范·马尔赛文、格尔·范·德·唐《成文宪法——通过计算机进行的比较研究》，陈云生译，北京大学出版社2007年版，第86~87页。

论界基础理论研究的薄弱状态。站在今天宪法学的高度,我们仍然面临着重构宪法至上的理念与机制的现实任务。先人孜孜以求地建构宪法至上地位的历史早已逝去,而他们留下的宝贵思想仍值得我们今人去回顾、体味、传承和发扬。

本文作者:福建师范大学法学院、北京师范大学法学院、中国社会科学院研究生院法学系教授,博士生导师  
责任编辑:赵俊

## On the Importance of Constitution Law

—Based on the Interpretation of Knowledge Background and Historic Experience of High-grade Law and Constitution Supremacy

Chen Yunsheng

**Abstract:** As we all know, constitution is the fundamental law with highest legal status and effect in China, but it is hard even for the legists and the constitution researchers to well explain the long course of history and the constitutionalism doctrine contained in it. It is probably the deficiency of the constitution knowledge background that leads to the disregard of its authority position and supreme legal effectiveness. This article helps to further understanding why constitution law is important by interpreting the knowledge background and historic experience of the constitution.

**Key words:** torchbearer; high-grade law; Great Charter; common right and reason; constitution supremacy

### 观点选萃

## 对犯罪本质特征的反思

——兼论规范违反说之提倡

张洪成

武汉大学法学院刑法学博士研究生、中国刑警学院禁毒学专业讲师张洪成在来稿中指出:在我国的刑法理论中,犯罪的本质特征是社会危害性,这是一个对刑法具有根本性制约机制的概念。有论者认为,我国刑法中的社会危害性概念与大陆法系国家中的实质违法性,二者基本上是内涵相同的同一个概念,至少是功能上可以互相替代的概念。而有的论者则认为,如果把社会危害性当作德日体系中的实质违法性来认识的话,是不太现实的,因为在德日体系中,实质违法性有很深的内在结构和恰当内容,但我们国家在讲社会危害性的时候,有一种很不确定的要素在内。可见,社会危害性本身的内涵就引起了学界的争议,其在犯罪论体系中的地位更是难以取得共识。尤其是罪刑法定原则被1997年刑法明确规定为刑法的基本原则以来,人们对社会危害性的概念、其在我国刑法中存在的合理性等都产生了争议,社会危害性的存废也就成为一个热门话题,而且这一争议至今仍在持续过程中。应当说,对社会危害性的反思,是犯罪论体系进一步完善的需要。但从整体上看,社会危害性并非无懈可击,在说明犯罪的实质方面,它必须借助于规范违反说才能得以说明,因此,直接将规范违反说作为犯罪的本质特征,是解决这一争议的最终出路。

(赵俊 摘编)