



南京大学

法律评论

Nanjing University Law Review

2011年春季卷(总第35期)



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

南京大學

法律評論

Nanjing University Law Review

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

2011年春季卷(总第35期)



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

南京大学法律评论. 2011 年春季卷 / 张仁善主编.
—北京: 法律出版社, 2011. 5
(南京大学法律评论)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1910 - 9

I. ①南… II. ①张… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 033592 号

南京大学法律评论 2011 年春季卷

张仁善 主编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 × 1092 毫米 1/16

版本 2011 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 24 字数 510 千

印次 2011 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

重庆公司/023 - 65382816/2908

北京分公司/010 - 62534456

西安分公司/029 - 85388843

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1910 - 9

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

(以汉语拼音为序)

主 任 李友根

委 员

狄小华 范 健 胡晓红 金 俭
李友根 邵建东 孙国祥 王太高
吴建斌 肖 冰 杨春福 叶金强
张 淳 张仁善 周安平

编辑部

主 编 张仁善

编 辑

胡晓红 秦宗文 税 兵 吴卫星
咸鸿昌 熊静波 徐棣枫 杨辉忠

英文校审

咸鸿昌

南京大学法学院主办

· 宪法司法保障 ·

凯尔森的“宪法司法保障理论”

——理论阐释和效果分析 夏小雄(3)

宪政民主还是民主宪政?

——试论美国最高法院与民主 胡晓进(20)

一个“强化民主”的司法审查理论

——对《民主与不信任》的再解读 张卓明(28)

论平等就业权限制的合理性审查模式

——以复合结构下的双重审查为主线 徐 钢(45)

· 公益诉讼 ·

从权利救济宪法保障论公益诉讼制度 许育典(61)

环境影响评价制度中公共利益与个人利益的冲突及衡量 周 杰(79)

人民检察院提起环境公益诉讼的职能定位研究 梅 宏 胡晓莲(94)

论行政诉讼标的

——以行政撤销诉讼为中心的考察 马立群(105)

· 法律史与法文化 ·

《中国丛报》中的清代诉讼及其引起的思考 李秀清(125)

试析民初商事公断的法律性质

——基于非诉讼纠纷解决的视角 张 松(142)

取得时效制度在大陆法系中的演变 甄增水(151)

性别分层的法律蕴涵 张 清(163)

· 民商法理论 ·

21 世纪中日侵权行为法的诸课题

——以中国的法制定为契机 [日]吉田邦彦著 章 程译(181)

论催告之生效时点 刘 勇(200)

· 刑事法理论 ·

论刑事司法实践中的民意影响	吕铁贞(211)
刑事审判监督机制研究	
——以南京国民政府为例	谢冬慧(222)
刑事侦讯的“两方组合”及其相互关系	
——基于西方刑事侦讯的分析	牟 军(240)
论刑事司法错误的发生机理与现实危害	
——基于诉讼运行的分析	林喜芬(258)
百年嬗变:美国少年司法之溯源、衍变及展望	张鸿巍(269)

· 经济法律 ·

金融危机以来的欧盟银行法变革:立法修正与经验借鉴	杨 松 王 勇(291)
私房使用管理的法制路径	
——兼评房屋使用管理的立法完善	朱 冰(311)
CIC 国内法规制:维持现状还是创新立法?	胡晓红(328)
WTO 框架下文化产品贸易自由化与文化多样性的冲突与协调	
——以中美出版物与视听产品案为背景	孙 雯(344)

· 会议综述 ·

探讨风险社会的法律调整机制	
——江苏省法学会法理学宪法学研究会 2010 年年会综述	张明新(359)
第四届全国法律文化博士论坛综述	汪世荣 刘全娥(367)

Table of Contents

Constitutional Judicial Guarantee

Kelsen's theory of Constitutional Judicial Guarantees

—Theoretical interpretation and Effect Analysis Xia Xiao-xiong(3)

From Constitutional Democracy to Democratic Constitutionalism:

The United States Supreme Court and Democracy Hu Xiao-jin(20)

A "Democracy-Reinforcement" Theory of Judicial Review

—John Hart Ely's Democracy and Distrust Revised Zhang Zhuo-ming(28)

On Rationality Review Patterns on the limitation of the right to Equal

Employment—Taking the double review under composite structure

as the main line Xu Gang(45)

Public Interest Litigation

Public Interest Litigation: From the Perspective of the Constitutional

Protection of the Right to Relief Yue-Dian Hsu(61)

Conflicts and Balancing of Public and Personal Interests in Environmental

Impact Assessment System Zhou Jie(79)

On the Function of the People's Procuratorate Instituting Environmental

Public Interest Litigation Mei Hong Hu Xiao-lian(94)

Research on the Object of Administrative Litigation—Center on

Administrative Actions for Revocation Ma Li-qun(105)

Legal History and Culture

Study on Litigation in Qing Dynasty from *The Chinese Repository*

and Other Related Thoughts Li Xiuqing(125)

Analysis on the Legal Nature of the Commercial Arbitrary in the Early

Republic of China Zhang Song(142)

Development of Acquisitive Prescription in Civil Law System Zhen Zeng-shui(151)

Legal Implications of Gender Stratification Zhang Qing(163)

Private Law Theory

Several Problems of Tort Law in Japan and China in 21th Century: A Comparative

Study from the turning point of Chinese Legislation Yoshida Kunihiko(181)

Effectiveness of a Request Liu Yong(200)

Criminal Law

The Influence of Public Opinion on Criminal Justice in China Lü Tie-zhen(211)

On the Mechanism of Supervision over the Criminal Adjudication—A Case

During the Period of the Nanjing National Government Xie Dong-hui(222)

The Combination and Relationship between the Two Parties in Criminal

Interrogation—Based on the Analysis of the Western Criminal

Interrogation Mu Jun(240)

Occurrence and Harm of Criminal Judicial Error: From the Perspective

of Judicial Practice Lin Xi-fen(258)

Transmutations over a Century: The Origin, Evolution and Prospects

of the American Juvenile Justice Zhang Hong-wei(269)

Economic Law

The Reform of European Banking Law Subsequent to Financial Crisis:

Legislative Amendments	Yang Song Wang Yong(291)
On the Law Mode of House Supervision: A Comment on Amendment of	
Legislation in House Supervision	Zhu Bing(311)
CIC Regulated by Our Domestic Law—Status Quo or Innovating Rule	
.....	Hu Xiao-hong(328)
Conflict and Coordination of Freedom of Trade and Cultural Diversity	
under WTO	Sun Wen(344)

宪法司法保障

凯尔森的“宪法司法保障理论”

——理论阐释和效果分析

夏小雄*

〔摘 要〕 凯尔森是欧洲违宪审查制度的理论奠基人,他的宪法司法保障理论旨在响应时代挑战,亦是其纯粹法学理论的应用。对于凯尔森宪法司法保障理论内容的重新审视有助于我们理解其司法意义和政治意义,也有益于分析违宪审查欧洲模式的历史变迁。这种反思对于中国违宪审查制度的具体建构也有积极意义。

〔关键词〕 宪法司法保障理论 纯粹法学理论 违宪审查欧洲模式

一、引 言

近年来,“宪法司法化”成为法学界的热点话题,违宪审查制度的理论论证、模式选择、功能分析等也得到了深入的讨论,这对我国宪政理论的发展、宪政实践的推进无疑具有积极价值。^①然而,无论是本土经验分析,还是比较制度借鉴,在理论诠释层面和实践反思方面均有完善的空间。就违宪审查的制度研究而言,学界对美国模式关注较多,对欧洲模式关注较少。^②对我们而言,两者并无优劣,更为重要的是理解两者如何与各自的

* 夏小雄,比萨大学法学院博士研究生。

① 如围绕“齐玉苓案”的专门讨论文献甚多,本文不再加以列举;近年来以“违宪审查”为名的学术专著也逐渐出版,如王振民:《中国违宪审查制度》,中国政法大学出版社2004年版;莫纪宏:《违宪审查的理论与实践》,法律出版社2006年版;胡锦涛:《违宪审查比较研究》,中国人民大学出版社2006年版等。值得注意的是,反对“宪法司法化”的理论研究也得以深化,典型的如翟小波:《论我国的宪法实施制度》,中国法制出版社2009年版。

② 欧洲宪法学界不仅关注违宪审查“美国模式”和“欧洲模式”之间的比较,而且对于违宪审查“欧洲模式”的历史变迁也予以充分注意。Cfr. Leopoldo Elia, *Giustizia costituzionale e diritto comparato*, in *Quad, cost*, 1984, 7-16. 在欧洲宪法学者看来,中东欧地区和南美地区的违宪审查制度均和“欧洲模式”有密切关联。张千帆教授及其学生近年来关注东欧、拉美等地区的“转型宪政”,代表成果如王卫明:《东欧国家违宪审查制度研究》,中国政法大学出版社2008年版。

历史传统、政治结构、司法体制等因素保持“契合”,从而确保宪法的权威、法治的尊严。欧洲模式也不具有“天然正当性”,它只意味着违宪审查的另外一种可能选择,实际上欧洲模式自身也在不断调整,且有逐渐与美国模式融合的趋势。^① 本文不欲探究违宪审查欧洲模式的具体问题,而是回溯历史,分析欧洲违宪审查之父——凯尔森的“宪法司法保障理论”。

凯尔森对于违宪审查欧洲模式的产生贡献甚巨,其所构想的“集中审查”模式影响了20世纪许多国家违宪审查制度的具体建构。^② 对于凯尔森来说,宪法司法保障的理念和集中审查模式的创立既是对时代性挑战的响应,又是对纯粹法理论的应用。本文主要依据凯尔森关于违宪审查的相关论述文献,对其理论加以简要的介绍和评析。^③

二、背景

(一)从君主立宪制到议会民主制

任何学说理论都是对时代问题的响应,凯尔森的违宪审查理论亦是如此。具体来说,他所构想的“宪法的司法保障制度”旨在解决君主立宪制过渡到议会民主制后出现的宪政危机。

“一战”结束后,战胜国英国、法国等向战败国输出了自己的民主政治体系,德国、奥地利等相继建立起议会民主制,但在凯尔森看来,这些国家并没有发展出与之相适应的

① 在欧洲占据主导地位的违宪审查模式本身就是奥地利模式和美国模式的混合物,而且近年来欧洲宪法学界讨论混合模式的违宪审查到底是“集中模式”主导还是“分散模式”主导,这一问题在意大利表现得尤其明显。Cfr E. Malfatti-R. Romboli-E. Rossi, *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusion”*. Verso un controllo di cosituzionalit; di tipo diffuso?, G. Giappichelli Editore, Torino 2001; Alessandro Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.*, 1982, 521-533.

② Cfr, P. Lillo, *Corte costituzionale italiana e il modello kelseniano*, in *Quad. cost.*, 2000, 333. 但也需要注意的是,凯尔森的“宪法司法保障理论”本身也颇受争议。凯尔森于1928年在法国“国际公法研究中心”做了“宪法的司法保障”的报告,系统阐述了其“合宪性控制”的思想,之后以 Duguit 为代表的各国公法名家纷纷质疑凯尔森的理论。Cfr Institut international de droit public, *Discussion du rapport de M. Kelsen sur “La garantie jurisdictionnelle de la constitution”*, in *Annuaire Inst. intern. dr. publ.*, 1929, 144-161. 下文的注释中会引用这篇讨论中的相关内容以说明同时代法学家对凯尔森学说的看法。

③ 本文主要依据 Carmelo Geraci 编译的文集,该文集是 *Civiltà del diritto* 文库中的 Hans Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1981. 该论文集收集了凯尔森所撰写的和宪法司法审查的相关文章,其中 *La garantie jurisdictionnelle de la constitution* 一文更是集中表达了凯尔森的合宪控制理论。该文集也收录了 *Judicial Review of legislation: A Comparative study of the Austrian and the American constitution*, 此文已经被张千帆教授翻译成中文并刊载于《南京大学法律评论》2001年第1期。

成熟宪政理论。^①“从君主立宪制过渡到议会民主制后,君主立宪制的宪法理论依然有重大影响。”^②

君主立宪制脱胎于绝对君主制,但在控制权力、保障权利等方面有明显进步。在绝对君主制国家中,君主的命令即是法律,不存在实质意义上的宪法,也不存在调整宪法修改和法律制定的规范,因此“违宪问题”本质上是一个假命题,不具有理论意义和实践价值。^③君主立宪制的出现导致局面有所改观,“宪法”概念开始受到重视,宪法规范的存在决定了立法必须按照既定规则操作。法律不再是君主的命令,而是由国民代表组成的议会按照既定程序加以制定;此外,这些立法规则不能被普通法律修改。根本法(宪法)和普通法(法律)的区分似乎为法律的合宪性控制奠定了基础,它也使人们看到了在君主立宪政体中实现宪法保障制度的希望。但凯尔森随即指出:君主立宪制时代的宪法学说掩盖了君主权力的“危险”本质。根据该学说的阐述,法律依然是君主排他意志的表达,在立法过程中议会仅具有辅助性功能。基于这种学说的“君权至上理论”并非源自宪法文本诠释,而是通过曲解实证法律、依附意识形态的方式得以形成。因此,法律内容虽由君主和国民代表共同商定,法律效力却取决于君主,而不论其是否遵循宪法所确立的立法规则。君主不仅有批准法律的权力,而且在颁布法律时还有控制立法合宪的权力。根据这一逻辑,法律只要被颁布就证明其是合宪的,因为君主已经进行了合宪性控制。这种理论在一定程度上搁置了法律合宪性的控制问题,从绝对君主制到君主立宪制的宪政文明进步也相应被抛弃。^④

从君主立宪制过渡到议会民主制后,从君主立宪制时代承袭而来的宪法理论依然认为司法机构只能进行“合法性保障”,法律的合宪性则由国家元首的立法颁布权和合宪审查权加以充分保障。问题是:这种“过时”的理论能够响应议会民主制带来的挑战吗?

(二)作为“高级法”和“根本法”的宪法

实际上,议会民主制时代的宪法概念已经迥异于君主立宪制时代的宪法概念,尽管两者可能共享“高级法”和“根本法”等基本概念。^⑤实际上,宪法保障问题的解决取决于对“宪法”概念的重新诠释。

① 凯尔森认为奥地利、德国的宪法学界尚没有形成和议会民主制相适应的成熟理论,施米特也在此意义上批评“一战”后德国宪法学界对议会民主制的认识。参见张旭东:《全球化时代的文化认同:西方普遍主义的历史批判》,北京大学出版社2006年版,第321~338页。

② Hans Kelsen,第4页注②,第151页。

③ Hans Kelsen,第4页注②,第149~150页。

④ Hans Kelsen,第4页注②,第150~151页。

⑤ 宪法的“高级法”观念和“根本法”观念早已有之,但具体落实到制度保障则相对较晚。美国违宪审查虽然诉诸宪法的“高级法”理念,但没有创设专门审查机构。英国在20世纪初虽然发展了“刚性宪法”观念,但同样认为宪法保障应由普通法院进行。凯尔森的贡献在于建立集中审查机构的设想,通过其活动确保宪法“高级法”和“根本法”的地位。Roberto Romboli: *Giustizia costituzionale*, G. Giappichelli Editore-Torino, 2007, seconda edizione, p. 6.

在凯尔森看来,尽管历经时代变迁,宪法概念保留了其核心理念:宪法是国家的根本大法,是法律秩序的基础。只是随着议会民主制的发展,宪法概念的具体内容也有所变化。作为特定历史时空内政治力量平衡关系的反映,宪法不仅规范立法活动,而且规范司法机关和行政机关对法律的解释。换言之,立法机关的立法程序和立法内容必须符合宪法的原旨,司法机关、行政机关的法律适用也必须尊重宪法所确立的原则拘束和具体要求,国家权力机关的运作必须符合宪法所确立的实体规范和程序规范。此外,宪法还调整纵横层面的国家权力分配,同时也保障公民的基本权利。这几个方面是现代议会民主制度下宪法的基本内容。^①

作为根本法和高级法的宪法概念实质上隐含了宪法法律规范的高级位阶理论。宪法法律规范必须和普通法律规范区分开来,宪法修改的程序必须异于普通法律的修改程序,宪法不仅包括程序规范,而且包括实体规范,合宪性控制也必须在形式层面和实质层面同时展开,特别是涉及基本权利的保护时,必须注重宪法基本权利规范所设定的原则、方向和限制。合宪性控制的目标不仅包括对立法权限、立法程序和立法内容的控制,而且还包括对行政规章制定程序和具体内容的控制,甚至具体的司法行为、行政行为也必须纳入合宪性控制的范围。^②

根据法律规范的位阶理论,如果从属于宪法的法律违反宪法,则构成“直接违宪”;行政规章违反宪法或行政行为、司法行为违反宪法则构成“间接违宪”。^③但“直接违宪”和“间接违宪”的区分并非如此简单。在特定情形下,宪法会授权行政机关在特定目的范围内制定规章以执行法律,据此制定的规章和一般的行政规章完全不同,其制定权直接源自宪法,其内容亦由宪法直接决定。如果这类规章违反宪法,应属于“直接违宪”而非“间接违宪”。

需要说明的是,凯尔森认为宪法所确立的合法性原则并非意味着行政行为、司法行为符合法律即可,而是必须具有合宪性的法律基础。如果司法行为或行政行为欠缺法律基础,不仅仅意味着违法性,而且意味着违宪性。^④

(三)从单一制到联邦制

尽管议会民主制国家可采用联邦制,亦可采用单一制,在“一战”结束后联邦制却成为战败国的主流选择。奥地利也结束了长期的单一制体制转而采取联邦制,但联邦体制

① Hans Kelsen,第4页注②,第155~156页。

② Hans Kelsen,第4页注②,第152~154页。

③ 凯尔森认为直接违宪和间接违宪的区分是奥地利分别设置宪法法院和行政法院的理论基础。Hans Kelsen,第4页注②,第157页。

④ 实际上任何行政行为或司法行为总是依据特定法律而作出,狭义上的“合法性理论”旨在审查具体行政行为或司法行为是否符合这些法律。凯尔森举例说,行政机关的征收行为可能基于《农业改革法》之类的法律,仅仅根据《农业改革法》,征收行为可能是合法的,但并不能因此就断定是“合宪的”,必须在宽泛的意义上审查其是否具有“法律基础”,如是否存在补偿,补偿是否公共合理。这就是凯尔森所强调的行政行为和司法行为“合宪性”的意义所在。Hans Kelsen,第4页注②,第158页。

的采纳对宪法理论也提出了新的挑战。^①

联邦制意味着中央(联邦)和地方(州、邦)在立法权力、行政权力等方面的“分享”。根据凯尔森的描述,这种“分享”关系根据事项的不同可具体化为四种类型:联邦享有专属立法权和专属行政权;地方享有专属立法权和专属行政权;联邦享有立法权,地方享有行政权,但联邦也享有调整权;联邦享有原则立法权,地方享有具体立法权,并且地方还享有专属行政权。^②表面上看来,联邦相对地方在“权力分享”方面占有优势,地方在行使立法权力、行政权力时必须尊重联邦的立法权和行政权。但联邦制宪法的内在逻辑并非如此,联邦权力和地方权力并不存在孰优孰劣的问题,联邦立法权、行政权的行使和地方立法权、行政权的行使均需纳入合宪性控制的范围。

因此,宪法法院不仅要审查地方立法是否符合联邦宪法,而且要审查联邦法律是否符合联邦宪法;行政法院不仅要审查地方的行政行为是否符合联邦法律,而且要审查联邦的行政行为是否符合宪法和联邦法律。同样,宪法法院和行政法院的构成也必须充分考虑联邦和地方的平衡。恰如1920年《奥地利宪法》最终所确认的那样,联邦宪法法院的主席、副主席、六名法官、四名候补法官均应由众议院选举产生,而其他六名法官由参议院选举产生;联邦行政法院的法官虽由联邦政府提名、联邦总统任命,但主席和半数法官必须获得众议院的同意,其他半数法官也必须获得参议院的同意。^③

实际上,联邦体制下中央和地方的权力平衡问题是凯尔森构造集中式合宪性控制制度的“思考起点”,1920年颁布的《奥地利宪法》也是参照凯尔森的理论设计相应制度。随着理论反思的深入和实践操作的推进,违宪审查的凯尔森模式才逐渐完善,进而也获得更好的社会效果。

三、基 础

根据上文的简要描述,我们可初步了解凯尔森合宪性控制思想的历史背景,但其“宪法的司法保障理论”不仅是对时代问题的简单响应,而且是其“纯粹法学理论”的应用和深化。在分析“宪法司法保障制度”具体问题之前,仍有必要掌握“纯粹法学理论”的若干基本命题,因为宪法的司法保障理论本身被凯尔森置于纯粹法学理论之中。

(一) 规范理论

凯尔森的纯粹法学理论区分静态法律规范和动态法律规范。在静态规范体系中,法律规范的性质研究是重中之重。法律规则和自然规则一样,均具有假言判断的形式,但

① 联邦制的问题是凯尔森宪法理论的重点内容。*La giustizia costituzionale*一书中收录了几篇文章,它们是 *Verfassungs-und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates*, *Der Drang zur Verfassungsreform*, *Die Grundzüge der Verfassungsreform*, *Die Bundesexekution*。

② Hans Kelsen,第4页注②,第8~9页。

③ Hans Kelsen,第4页注②,第16~17页。

在内容、依据、效果等方面却存在显著差异。自然规则遵循因果律,通常采用“如果甲,则乙”的表述形式,侧重描述“条件”和“结果”的关系,且两者的联系因素为“是”;法律规则并不遵循“因果律”,而是强调“规范性”,通常采取“如果甲,则应当乙”的表述形式,侧重强调“构成要件”和“法律效果”的关系,且两者的联系因素是“应当”。^①“是”和“应当”的区分是凯尔森法律规范理论的核心,也是纯粹法学理论得以形成的基础。

法律规范不仅应当被服从,而且可以作为判定特定行为合法或违法的基础,也即构成特定价值判断的依据。这种价值判断是客观的,它旨在说明“在行为和判断人推定存在的法律规范之间的一种消极或积极关系”,这也意味着对法律规范存在的说明。这种对法律规范存在的说明和法律价值判断本身在客观层面均是可证实的,都可以回归到客观存在的实在法。相反,道德价值判断、政治价值判断虽欲主张客观价值,并且也预设“客观规范”的存在,但其存在和内容都无法通过事实来检验,无法通过实在法加以说明,而只能由主观愿望加以决定。这决定了它们在凯尔森的“纯粹法学理论”中无容身之地。

此外,凯尔森还严格区分法律规范的“效力”和“实效”。法律规范效力强调“构成要件”和“法律效果”的必然性关联,只要行为符合构成要件就应赋予相应的法律效果。法律规范实效则侧重“法律效果”的具体实现程度。举例而言,“偷盗应予以处罚”,这一规范对特定法律秩序内的所有成员均有“效力”,不管其是否实施偷盗行为,但如果甲实施偷盗行为却未被处罚,则对于甲的偷盗行为而言,这一规范欠缺“实效”。但需要注意的是,“效力”和“实效”之间依然存在密切联系。只有在法律规范从属的规范体系、法律秩序具有实效的条件下,具体法律规范才能被认为是有“效力”的,但法律秩序、规范体系具有“实效”只是具体法律规范有“效力”的条件之一,而非根本性理由,并且这里所说的“实效”具有抽象意义而非涉及具体意义。^②

这在一定程度上说明了合宪性控制的目标范围和操作方法,即审查对象应当是法律规范而非自然规则、是“规范性”而非“因果性”,审查方式是判断构成要件和法律效果之间的必然性关系构造是否有正当性,审查结果可用实证法证实,而不能诉诸任何道德价值判断或政治价值判断。

(二)位阶理论

前文已经简单的讨论法律规范的位阶理论,但没有在动态法律规范体系的框架内深入诠释。根据凯尔森的规范理论,法律秩序本质上是一个规范体系,并且规范之间的组合不是任意的,而是有序的。一个法律规范的创造总是为另一个规范所决定,如果逐级上溯,决定其他规范创制的最终规范便是法律体系中的“基础规范”。基础规范是创造特定法律体系中诸规范的基本规则,它是法律渊源体系中的最终权威,如果特定法律规范是在基础规范决定的方式下被创造出来,则其成为动态法律规范体系的一部分。实际上,基本规范可以把创造法律规范的权力再授予其他权力机关,换言之,创造规范的权力

^① Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Etas-Kompass, Milano, 1966, pp. 45 - 46.

^② Hans Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Giulio Einaudi Editore, Torino, 1966, pp. 238 - 244.