

“宪法是国家的根本法”的规范内涵及其立法落实^{*}

程雪阳^{**}

内容摘要:作为现代人民主权和民族国家理论的产物,“宪法是国家的根本法”不仅是指成文宪法在规范位阶层面构成了国内法的最高规范,而且是指成文宪法的规范内容构成了国内法的根本规范。对于拥有成文宪法典的国家而言,宪法可以视为法律体系的“总则”。不过这一结论并不意味着所有的法律内容都必须来自宪法,因为宪法中边界控制性规范为下位阶部门法设定的是“不可逾越型框架”,其并不需要后者从宪法规范中找到内容依据。宪法中内容设定性规范为下位阶部门法设定的是“内容填充型框架”,确实需要通过立法具体化予以落实。相对于“法律草案合宪性说明”制度而言,“宪法依据条款”只是落实宪法内容设定性规范和“宪法是国家的根本法”的次优立法技术方案。就2023年新修改之后的《立法法》建立的“法律案合宪性双说明”制度而言,如何确保法律草案既落实了宪法内容设定性规范,亦不违反宪法边界控制性规范,是该制度实施的关键。

关键词:根本法 法秩序统一性 宪法依据条款 法律草案合宪性说明

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2023.04.002

引言

我国现行宪法序言第13自然段规定:“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,具有最高的法律效力。”为了落实这一规定,二十大报告指出“要完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系,加强宪法实施和监督。”习近平总书记进一步提出“宪法是国家一切法律法规的总依据、总源头,具有最高的法律地位、法律权威、法律效力”,因此“要全面发挥宪法在立法中的核心地位功能,每一个立法环节都把好宪法关,努力使每一项立法都符合宪法精神、体现宪法权威、保证宪法实施。”^①不过,从目前的研究情况来看,“宪法是国家的根本法”的具体规范内涵如何确定,其在立法过程中究竟应当如何落实和实施,在我国的宪法理论和法律技术层面依然还存在许多模糊和有争议之处。

自2005年《物权法(草案)》出现合宪性争议以来,下位阶部门法是否应当设置“根据宪法,制定本法”这一宪法依据条款广受关注。但迄今为止,法学界并没有为该领域提供理论融贯的法律解决方案,^②以至于在

* 本文系国家社会科学基金重大项目“习近平法治思想中的民生保障理论研究”(项目编号:21&ZD190)的阶段性成果。

** 苏州大学王健法学院/公法研究中心教授。

① 习近平:《谱写新时代中国宪法实践新篇章——纪念现行宪法公布施行40周年》,载《人民日报》2022年12月20日第1版。

② 比如,我国宪法和法理学界主流意见认为,“宪法是国家的根本法”意味着宪法是其他部门法制定的依据,因此认为民法等下位阶部门法应当设置“根据宪法,制定本法”条款,相关文献包括但不限于童之伟:《立法“根据宪法”无可非议——评“全国人大立法不宜根据宪法说”》,载《中国法学》2007年第1期;郭栋:《中国民法典制定的法哲学反思——第七届全国部门法哲学研讨会综述》,载《法制与社会发展》2015年第4期;苗连营、郑磊:《民法典编纂中的宪法三题》,载《法制与社会发展》2015年第6期;郑贤君:《作为宪法实施法的民法——兼议龙卫球教授所谓“民法典制定的宪法陷阱”》,载《法学评论》2016年第1期;秦前红、李雷:《民法典热背景下的宪法学冷思考》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2017年第8期;王锴:《宪法与民法的关系论纲》,载《中国法律评论》2019年第1期。但许多民法学者并不接受这种结论,相关文献可参见赵万一:《从民法与宪法关系的视角谈我国民法典制订的基本理念和制度架构》,载《中国法学》2006年第1期;龙卫球:《民法依据的独特性——兼论民法与宪法的关系》,载《国家检察官学院学报》2016年第6期。

近些年法律的制定过程中,相关问题依然让人困惑且容易引发争议。比如,在2023年1月初中国法学会召开的《耕地保护法(送审稿)》专家讨论会上,就有专家建议立法起草机关重点考虑上述问题。另外,在我国澳门特区的立法过程中也曾发生过此类争议。比如2013年澳门特区《土地法》修改时,特区政府提出的法律草案第一条曾规定“根据《澳门特别行政区基本法》的规定,……制定本法律。”在草案征求意见的过程中,有议员质疑说,“澳门特区所有的法律一律是按照《基本法》制定的。因此,第一条明确提到《基本法》是否有什么特别的意义?如果有,是什么意义?”澳门特区立法会第一常设委员会在《就有关〈土地法〉法案第一阶段讨论内容的建议和意见》中也建议说“在条文上加入‘根据《澳门特别行政区基本法》的规定’的表述是没有道理的。这种技术不是惯用的,唯一所知是这种表述是基于非常特殊的政治和法律情况。因此,应删除这一表述。”^③

有研究者认为,宪法依据条款在我国的立法中属于历史意识、习惯、记忆的沉积,既没有规范的必要,也没有规范的意义,因此围绕该问题产生的争论属于“缺乏实际意义的争吵”。^④这种判断并不妥当,因为上述争论虽然表面上围绕“宪法依据条款”的设置问题展开,但其背后既涉及如何理解宪法的规范性质、地位、功能以及与其他下位阶部门法的关系等重大的理论问题,^⑤也涉及如何妥善确定各项立法的合宪性标准问题。特别是2023年3月第二次修正的《立法法》不但增加了“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会根据宪法规定行使国家立法权”这一规定,而且要求有关国家机关或部门在提出和审议法律案阶段合理处理法律草案的合宪性问题。^⑥基于以上历史和现实状况,笔者认为,法学界应当直面上述理论争论和立法技术难题,科学合理界定“宪法是国家的根本法”规范内涵,从而确保“二十大报告”所提出的“加强宪法实施和监督”目标得到有效落实。

本文拟在梳理和分析现有研究成果的基础上,聚焦于宪法是国家根本法的规范内涵及其在立法技术层面的落实问题。具体而言,文章第一部分主要是从概念史和社会史的角度梳理“根本法”的含义及其与宪法的关系;第二部分讨论“宪法是国家的根本法”在成文宪法典国家的规范内涵;第三部分将结合《立法法》2023年第二次的修正,讨论“宪法是国家的根本法”在立法过程中落实的方式;第四部分则对针对宪法与部门法关系的争论提出更为普遍化的理论主张。

一、宪法作为国家根本法的历史演进

按照卡尔·施密特的梳理,“根本法”这一术语主要有九种不同的含义。这九种含义又可分为三种不同的类型:(1)就其特性而言,“根本法”指代一种要么不能修改或打破,要么在极为繁难的条件下方能修改或打破的稳固规范;(2)就其内容而言,其有时是指政治上至关重要的国家活动的权限和程序的一切组织章程,有时是指政治统一体的个别原则(比如基本权利保护、君主制等),有时则会被扩大到政治统一体和社会总体秩序的终极统一原则;(3)就与其他法律的关系而言,其指代的是归责系统的终极规范,此时“根本法=实证宪法”。^⑦回溯历史可以发现,在不同的历史时期、不同国家的理论和制度中,“根本法”的上述含义不但是以不同的方式结合起来的,而且“根本法=实证宪法”这一等式是在现代民族国家形成的过程中出现的法律现象,

^③ 参见澳门特区立法会:《法律汇编——土地法》,澳门特区政府印务局2016年版,第302页。

^④ 杜苏:《“根据宪法,制定本法”:一个“中国特色”条款的起源、演进与分布规律》,载《澳门法学》2021年第2期。

^⑤ 比如,无论是在当下还是在民国时期,都有民法学者主张“宪法是公法的根本法,民法是私法的根本法”。可参见孙宪忠:《制定民法典的主要难题》,载《法学》2003年第5期;韩大元:《宪法与民法关系在中国的演变》,载《清华法学》2016年第6期。除了民法学者,近年来还有法理学者认为我国当前的宪法学研究中存在“宪法全能论”或“宪法全面主义”的错误倾向,进而主张一种中立的、有限的或作为法律环境而非法律总则的宪法观。可参见姜峰:《宪法的结构性与公共审议功能——兼对全能论宪法观的反思》,载《中国法律评论》2020年第6期;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;翟小波:《全面的,还是中立的?——一个关于宪法性质的理论》,载《苏州大学学报(法学版)》2022年第4期。

^⑥ 参见《立法法》(2023年修正)第10、23、36、58条等条文。鉴于下文会详细讨论这些条文的理解与适用,此处不再详细注明其具体规范内容。

^⑦ [德]卡尔·施密特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2016年版,第73—74页。

并非古已有之。

由于“一切关于宪法的争论,无不提及孟德斯鸠的大名”,^⑧因此可以从孟德斯鸠开始梳理相关知识和理论脉络。在1748年出版的《论法的精神》一书中,孟德斯鸠认为,法是各种存在物彼此之间关系,因此自然法以及各种人定法(国际法、政治法、民法)都应遵从自己所属领域的一般规律、事物的本质或根本理性。其中,自然法处理的是“人类进入社会之前所接受的规律”,政治法处理的是“作为社会的生活者,人类在治者与被治者的关系”,^⑨政治法领域的基本法需要根据共和政体、君主政体各自的特点进行确定,如“划分拥有选举权的人”“选举的方式”以及“只有人民才能制定法律”都是共和政体的基本法律,王位继承法则是君主政体的基本法,专制政体仅凭个人的一时冲动和多变意志治理国家,因此毫无基本法律可言。^⑩

孟德斯鸠也提到了宪法,但其将宪法视为政治法所应当遵循的基本原则和章程,^⑪因此,宪法是政治法而非所有法领域的“基本法”或“根本法”,而且共和政体和君主政体都有自己的宪法。同时,宪法作为政治法领域的根本法散落在各种各样的协议、约定或惯例之中的,因此对于“宪法包括哪些内容”这一问题,主要应当通过对社会进行观察和总结而非分析成文化的宪法典来确定。比如,英国被认为是有宪法的,原因在于1215年《大宪章》这一旨处理“封建制度下纠正时弊的具体文件”,^⑫蕴含着“共同权利和理性”的这一自然法思想,因此构成“整个王国所有的基本法律的源泉”。^⑬

在孟德斯鸠之后,卢梭为“宪法”这一概念内涵的发展和定型作出了重大贡献。在卢梭看来,法律可分为政治法、民法、刑法和国家真正的宪法四种类型,其中政治法主要是指人民作为主权者同时又服从主权(即全体对全体)的比率之法,“国家的真正宪法”则是“铭记在公民们内心的风尚、习俗和舆论”。^⑭在给科西嘉起草的制宪意见书中,卢梭进一步提出,一个国家如果能够形成以“安稳地生活,谁也不以暴富为美”的社会风尚,那么这个国家不仅拥有“真正的宪法”,而且有条件制定成文化的宪法,并藉此形成“一个道德的与集体的共同体”。^⑮为了实现这一目标,卢梭认为宪法中除了规定公民资格的认定,三级会议的召集和讨论,纠纷调解制度、实物税制度等内容外,还应以重农抑商作为指导思想,并“制定一套办法,使人民遍布于全国各地,在全国各地扎根,在各个地方都努力耕作,热爱乡村生活与田间劳动,感到乡村生活是那样的美和切合人们的需要,以致从此永远不愿离开”。^⑯由此,卢梭不仅明确赋予了宪法“作为政治统一体乃至社会总体秩序终极统一原则”的根本法含义,而且形成了“真正的宪法—形式宪法”二元宪法观。

卢梭的理论启发和指引了法国大革命,但也带来了一些困惑。比如,当时的法国是否拥有“真正的宪法”,又是否有条件制定一部“作为政治统一体乃至社会总体秩序终极统一原则”的成文宪法呢?为了解决这一问题,西耶斯在法国大革命期间提出了影响深远的“制宪权”理论。在西耶斯看来,“结束有关宪法的种种分歧的方法只有一种。那就是要求助于国民自己,而不是求助于那些显贵。如果我们没有宪法,那就必须制

⑧ [美]汉娜·阿伦特:《论革命》,陈周旺译,译林出版社2007年版,第133页。

⑨ 参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1959年版,第1、4、6页。

⑩ 同上注,孟德斯鸠书,第9、13—14页。

⑪ 比如,“按照俄罗斯的宪法,沙皇可以在皇室内或皇室外选择他所中意的继任者。这种继任制产生了无数次革命,并使其王位摇摆不定。”同上注,孟德斯鸠书,第74页。

⑫ [英]温斯顿·丘吉尔:《英语国家史略》,薛力敏、林林译,新华出版社1985年版,第233页。

⑬ 转引自[美]爱德华·S·考文:《美国宪法的高级法背景》,强世功译,三联书店1996年版,第55页。当然,考文认为,《大宪章》之所以被英国人视为是高级法,还有一个更为主要的原因,即“它是一纸文件,所以它可以明确而具体地体现高级法的观念”。

⑭ [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2003年版,第19、21页。

⑮ 比如,在给科西嘉起草的宪法意见书中,卢梭写道“在公布本宪法之前,……一、全体科西嘉人庄严宣誓结合成一个统一的政治体;组成这个政治体的一切团体和个人从而以后都是此政治体的成员。……三、(全体科西嘉人)在露天广场上把手放在《圣经》上宣读如下誓词:……我决心把我的身家性命和我的意志及一切力量与全体科西嘉人结成一体;我与一切属于我的财产都成为全体科西嘉人财产都一部分。我决心为科西嘉而生,为科西嘉而死……”。[法]卢梭:《科西嘉制宪意见书》,李平沅译,商务印书馆2019年版,第59页。

⑯ 同前注⑭,卢梭书,第6、40、64页。

定一部;唯有国民有制宪权。”^{①⑦}这种独特的理论依然是对卢梭人民主权理论的延续,但其找到了化解“形式宪法—真正宪法”二元宪法观内在张力的路径。此后,在法国以及那些受法国大革命影响的国度,形式宪法(主要表现为成文化的宪法典)不仅成为了“宪法”一词的核心含义,而且成为了“根本法”的主要乃至是惟一载体。就像阿伦特总结的那样,法国大革命作为“一个全新的开始”,意味着人民通过制定宪法同时建构了一套新的政府体系和一种新的国家形态(即民族国家)。^{①⑧}在这种新的国家形态之下,公共权力和法律的源泉,既不是超验或超凡的自然法或神的启示,亦不是古老传统遗留下的社会习惯,更不是君主的敕令,而是拥有主权的人民在建立民族国家时所制定的宪法。借用西耶斯的话来说,“若无宪法,(政治共同体)这个团体就不能存在”。^{①⑨}

按照西耶斯的看法,成文宪法典之所以“被称为是根本的,并非指它们可以独立于国民意志,而是因为依据它们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,而是由立宪机构去制定。任何一种受委托的权力都不得对这种委托的条件作丝毫更动。正是在这个意义上而非在任何其它意义上,立宪性法律才是根本的。”^{②⑩}这种新的“根本法”观念带来了两个方面的重要结果:其一,所有的社会组织是否享有公权力、享有何种公权力只能以人民制定的宪法作为依据,而且它们必须以宪法规定的条件、权限和程序行使,否则便不具有合法性。其二,各领域的法律要么由人民及其建制化代表制定,要么必须获得人民及其建制化代表认可,否则便不具有法律效力,正是在此过程中,不但所有的法律规范都被纳入一个统一的规范体系之中,而且成文宪法典在规范位阶层面构成了国内法秩序的最高规范,在规范内容层面则构成了国内法秩序的根本规范。

在18世纪末期成文宪法典的制定过程中,宪法作为根本规范应当包括政府组织规范,这一点并无争议。有争议的问题在于,其是否还可以或应当规定其他规范内容。比如,当时的美国和法国都曾围绕“宪法是否应当包括人权或基本权利规范”问题发生过激烈争论。争论的结果是,美国1787年制宪会议通过的联邦宪法中并没有关于基本权利的规定,但基于部分代表和部分州的强烈要求,《权利法案》最终在1791年通过宪法修正案的方式增加到联邦宪法之中。^{②⑪}法国1791年通过的欧洲大陆第一部成文宪法,最初只是将1789年的《人权与公民权利宣言》作为宪法的前提而非其内容。^{②⑫}

^{①⑦} [法]西耶斯:《论特权:第三等级是什么?》,冯棠译,张芝联校,商务印书馆1990年版,第57页。

^{①⑧} 同前注^{①⑦},汉娜·阿伦特书,第30—46页。

^{①⑨} 同前注^{①⑦},西耶斯书,第59—60页。

^{②⑩} 同前注^{①⑦},西耶斯书,第60页。西耶斯的观点被美国联邦最高法院接受。比如在1803年著名的“马伯里诉麦迪逊案”判决中,马歇尔大法官执笔的判决书就提出“宪法要么是一个高级的、永恒的、不能被普通法改变的法,要么与普通立法处于同样的(法律)地位,就象其他法令一样,当立法机关愿意改变它时就改变它。如果前者是对的,那么一项与宪法相违背的立法就不是法律,如果后者是对的,那么成文宪法就是荒唐的企图……与宪法相违背的立法机关的法令是无效的这一理论,本质上是与成文化的宪法典联系在一起的(essentially attached to a written Constitution),因此最高法院将其视为我们社会的基本原则之一。”Marbury v. Madison, 5 U. S. 1 Cranch 137, 137 (1803)。有学者认为,从美国联邦宪法第6条关于“*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land*”的规定来看,该宪法是美国最高法的组成部分,而不是唯一的最高法,因此,美国联邦宪法在法律体系中的最高法律地位是马歇尔法院经由“伟大的篡权”而确立的。参见王荣国:《法理学能回答宪法的性质吗?——与陈景辉教授商榷》,载《苏州大学学报(法学版)》2022年第4期。这种判断并不完全准确,马歇尔法院经由“马伯里诉麦迪逊案”篡夺的是直接宣布违宪法律无效的权力,而非其他。因为该条中对于法律应当按照宪法制定(“shall be made in Pursuance thereof”)这一限定词,清楚无疑地表明该部宪法是“全国最高法律中的最高法”。

^{②⑪} 参见[美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1980年版,第429—431页;[美]罗伯特·A·拉特兰:《麦迪逊在制定宪法和权利法案中的作用》,载肯尼思·W·汤普森编《宪法的政治理论》,张志铭译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第160页以下;Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights as a Constitution*, 100 *Yale Law Journal* 1131, 1131—1142 (1991)。

^{②⑫} 相关历史梳理和分析可参见王建学:《制宪权与人权探源——以西耶斯的宪法人生为主线》,载《法学家》2014年第1期;张奚若:《人权宣言的来源问题》,载王建学编:《1789年人权和公民权宣言的思想渊源之争》,法律出版社2013年版,第97页以下。

到了 20 世纪初期,将旨在保护自由权的法律规范纳入宪法已经基本不存在异议。人们普遍认为,除了必须具备的程序性规范外,宪法主要应当包括“国家机构的组织规范(含宪法变动规范)”和“基本权利规范”两个部分,^③但除了这些规范外,宪法中是否应当规定其他规范内容,则成为新的争议焦点。对于这一问题,1918 年的《苏俄宪法》以及随后的社会主义类型宪法则根据社会主义原则对经济制度、社会制度以及公民的社会经济文化权以及相应的社会义务作出了广泛的规定,德国 1919 年的《魏玛宪法》也依据“社会国原则”规定了所有权的公共福利义务、义务教育、公共经济、社会保险等制度。到了 20 世纪中期以后,有越来越多的国家通过制宪或修宪方式,将环境保护等可持续发展问题纳入宪法进行规范。^④

成文宪法典上述规范内容层面的变化,固然与各国在意识形态、文化传统等领域存在客观差异有关,但更为根本的原因在于 20 世纪之前的成文宪法典是建立在“政治国家——市民社会”二分基础之上的。在当时的宪法体制下,教会、领主、家族等社会组织以及其他私人对民众的统治功能基本都移交给了国家,因此社会才被允许通过市场机制和自治原则进行自我调控。不过,随着现代规模化大工业及新兴科技的迅猛发展,平等主体之间因为资源的占有不均、发展机会的不平等、贫富分化等原因又产生了新的“事实上的支配关系”,导致国家不得不“向自己提出了一个问题,这就是它应该如何处理与人类共同生活‘全部内容’之间的关系。”^⑤在这种情况下,如果宪法依然只是“保护自由权的高级法”,那么 18 世纪各类人权宣言或权利宣言关于“人人自由且平等”的理想和诺言就将难以实现。如果宪法被定位为“旨在维护整个政治统一体存续和发展的根本法”,那就需要将其规范内容扩展至传统由私法进行规范的社会和经济生活领域。正是在此过程中,宪法不再仅仅是“政治统一体的根本规范”,而是“作为社会统一体的国家的根本规范”。^⑥

二、“宪法是国家的根本法”的规范内涵

对于没有经历过民族独立运动或剧烈的民主革命的国家而言,“宪法”一词的含义,要么是指在久远历史中日积月累形成的各种由成文法或不成文惯例构成的松散法律规范联合体(如英国),要么对历史上宪法惯例和政治实践的法典编撰(如荷兰)。^⑦但是对于美国、法国以及中国等经由民族和民主革命重新锻造的国家而言,其所制定的宪法必然是整体法秩序意义上的“作为社会统一体的国家的根本规范。”就像毛泽东主席 1954 年在中央人民政府委员会讨论中华人民共和国第一部正式宪法的草案时指出的那样,“一个团体要有一个章程,一个国家也要有一个章程,宪法就是一个总章程,是国家的根本大法”。^⑧

如何理解“宪法就是一个总章程,是国家的根本大法”这一论断呢?我国主流宪法学界的主流通说认为,“因为宪法规定国家的根本制度和根本任务等涉及国家全局的根本问题,它便成为其他法律的立法依据,便成为法律的法律,便取得国家根本法的地位。”^⑨这种“立法依据说”具有合理性,因为几乎不会出现一部宪法只包括国家组织规范和程序规范,然后将其他实体法律问题全部委托给下位阶法律自行形成的情况。当制宪者和修宪者将特定的内容规定到宪法之后,这些内容设定性规范就构成了下位阶部门法的内容来源。就像汉斯·凯尔森指出的那样,作为基础规范,宪法是整个法律秩序效力的最高理由,即某一规范之所以属于某一法律秩序,是因为这个规范是由这一秩序所构成的共同体的一个机关,根据这一秩序的基础规范所创造

^③ A. W. Heringa, Ph. Kiiver, *Constitutions Compared: An Introduction to Comparative Constitutional Law*, 2nd edition, Antwerpen: Intersentia, 2009, pp. 2—3.

^④ 1971 年,瑞士率先在其《宪法》中规定环境保护的内容,到 2012 年,联合国 193 个会员国中已有 149 个国家在宪法中明确规定了环境保护的权利或义务。参见吕忠梅:《环境权入宪的理路与设想》,载《法学杂志》2018 年第 1 期。

^⑤ [德]康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆 2007 年版,第 13 页。

^⑥ 即使对于诞生于 18 世纪末期且目前依然适用的美国宪法来说,其也必须面对和回应社会经济生活变化带来的法律问题(比如医保、同性恋、堕胎等问题),而不能认为这些问题与宪法无关。美国宪法的特殊性只是表现在,因为修改异常困难,所以主要通过联邦最高法院的宪法解释和司法审查来解决社会立法的合宪性问题。

^⑦ See G. Leenknecht, *The Protection of Fundamental Right in a Digital Age*, in E. Hondius & C. Joustra (eds.), *Netherlands Reports to the 16th International Congress of Comparative Law*, Antwerpen: Intersentia, 2002, p. 328.

^⑧ 毛泽东:《关于中华人民共和国宪法草案》(1954 年 6 月 14 日),载《毛泽东选集》,人民出版社 1977 年版,第 129 页。

^⑨ 许崇德主编:《中国宪法》,中国人民大学出版社 1996 年版,第 22 页。

的。作为根本法规范,宪法不仅可以决定立法的主体、权限和程序,而且可以“消极地决定法律必须不要某种内容”,同时其还可以“积极地规定未来法律的一定内容。”^④

在理论层面,有争议的问题主要在于“宪法作为其他法律的立法依据”的含义究竟是什么?比如,有学者质疑“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?”^⑤厘清这种理论的含混和模糊是极为重要的,因为其会对宪法的实施方式、下位阶部门法的内容形成以及立法技术等诸多方面产生实质性影响。笔者认为,要解决这种理论困惑,必须结合宪法的性质、内容和规范地位进行全面分析。

首先,宪法的法律性质之所以是“根本法”,原因在于其对人民认为最为重要的法律事项作出了规定,从而为整个法体系设定了基本的法秩序框架。不过,由于宪法并非法律大全,其是且仅仅是根本法。^⑥因此,宪法无需对所有的社会生活领域进行规范,而只需为各类社会活动以及由此产生的各种法律规范提供稳定且理性化的程序、评价标准和界限,从而为国家内部处理各种法律问题提供基本的框架,并让各种信念的追随者和各种利益主体体会到统一的感觉。^⑦由此,具体到规范表达层面,以人民名义所制定的共和国宪法,必然要尊重和保障公民作为人的基本权利,并以此为基点建立各类各级公权力机关。不过,除了应当包括国家机构组织规范、基本权规范以及必要的程序性规范(如制宪、修宪程序)外,还有哪些问题应当载入宪法并成为根本法的组成部分,需要由人民根据其资源禀赋、人口规模、发展阶段等具体国情进行决断。虽然人民的决断并不是无边无际的(比如基本权利和自由不应被废弃),人民也不应允许超越宪法的力量对其进行统治,但除了这些基本的要求外,该领域并不存在“普世的方案”或“普遍的真理”。^⑧

其次,对于人民或其授权的建制化代表机关认为需要纳入实证宪法予以规范的法律问题,宪法可以设定具体到法律规则,也可以通过法理念或法原则作出要点式、特征式、方向式的规定,然后通过授权或委托日常立法机关在宪法允许的范围之内进行具体化或立法形成。但是对于不同领域的下位阶部门法的内容形成而言,宪法所提出的规范要求并不相同。当宪法只希望为某一法领域设定不得逾越的边界时,其会以禁止性规范的方式为下位阶部门法具体内容的形成设定必要的边界,^⑨而当宪法认为国家应当积极实现某一目标或落实某一任务时,其会以命令性规范或倡导性规范的方式要求下位阶部门法积极落实宪法委托的立法义务。^⑩此时,惟有通过立法具体化将宪法规范落实到下位阶部门法中,宪法才能得到完整有效地实施,立法机关的宪法义务才得以完成。

再次,基于“不得违反或必须落实”两种不同的宪法规范要求,我们可以将宪法规范区分为“边界控制性

^④ [奥]汉斯·凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2013年版,第195、204页。

^⑤ 同前注^⑤,陈景辉文。

^⑥ 参见斯大林:《论苏联宪法草案》(1936年11月25日在第八次全苏苏维埃非常代表大会上的报告),载中共中央法律委员会编:《斯大林论苏联宪法草案—苏联宪法(根本法)》,新华书店1949年发行,第34页。斯大林还在该报告中批评说,有些人“大概没有懂得宪法问题与日常立法问题的区别,正因如此,他们力图尽量多渗进一些法律到宪法中去,简直要把宪法变成一部法律大全。”

^⑦ 参见[德]迪特儿·格林:《现代宪法的诞生、运作和前景》,刘刚译,法律出版社2010年版,第23—24页。

^⑧ 有学者反对这一结论,理由是宪法的正当性不在于其表达了人民意志,而在于其承认并保护“个人的基础性自由”这一道德真理。参见前注^⑤,翟小波文。笔者认为,在一个可以通过自由的公共讨论来形成人民共同意志的国家,基于人民的共同意志而制定的宪法是不可能否认“个人的基础性自由”的,因此上述关于宪法正当性的分歧并不会真正存在。不过,“个人的基础性自由”究竟包括哪些内容以及在何种条件下应当受到限制,并不存在“特定的真理”。

^⑨ 比如,我国现行《宪法》第36条第2款关于“任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教,不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民”,第39条关于“禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅”都是此类规定。

^⑩ 比如,我国现行《宪法》第19条第5款关于“国家推广全国通用的普通话”,第22条第2款关于“国家保护名胜古迹、珍贵文物和其他重要历史文化遗产”,第25条关于“国家推行计划生育,使人口的增长同经济和社会发展计划相适应”等规定就是例证。事实上,通常情况下,实证宪法不可能只包括“边界控制性规范”而不包括“内容设定性规范”。即使规范内容较少的美国联邦宪法,其第2条第1款关于“国会可决定选出选举人的时间以及选举人的投票日期,该日期须全国统一”之规定,也属于“积极地规定未来法律的一定内容”的内容设定性条款,对于该规定的实施,“不得违反”是不足的,立法机关需要通过积极的立法形成予以落实。

规范”和“内容设定性规范”两种不同功能的规范。^⑨其中,由宪法“边界控制性规范”组成的规范体构成了下位阶部门法“不可逾越的框架”,对于此类规范而言,下位阶部门法只要不抵触相关宪法规范为其设定的规范边界即可获得合宪性评价,并不需要为其规范内容找到对应的宪法依据,立法机关也不负有将宪法规范具体化之任务。宪法中“内容设定性规范”则单独或通过必要的规范连结等方式,为下位阶部门法提供了“内容填充型框架”。对于此类宪法规范而言,“不抵触原则”是不足的,下位阶部门法是否对宪法规范规定的规范内容进行了合理具体化,同样是立法起草和审议机关(或部门)、宪法解释机关及合宪性审查机关必须考虑的问题。如果立法机关违反宪法为其设定的立法形成义务,同样是违宪的。^⑩

复次,宪法的规范地位是“最高法”(即“整个法律秩序效力的最高理由”),理由主要有二:其一,宪法通过组织规范设置、产生并分配了包括国家立法权在内的各种合法公权力。在成文宪法典之下,没有宪法规范予以确认和支撑的公权力组织是违法的。^⑪其二,最高规范是整个法律秩序“规范效力的最高理由”而非整个法律秩序“规范内容的全部来源”。由此,一项规范之所以可称为是“法律规范”并具有特定的法律效力,源自其是根据现行有效的宪法建立的立法体制被制定或被认可的,否则只能作为历史或学术文献来对待。^⑫因此,即使一部下位阶部门法的规范内容是在现行宪法诞生之前就已存在,并对社会生活、法律发展和法学进步产生了比宪法更大的影响,该部法律的理解和适用也必须符合宪法的精神、原则和规则之要求。如果在穷尽所有的解释可能之后依然无法实现这一目标,那么在法律层面只能受到违宪的评价并应依法从法律体系中剔除。

最后,下位阶部门法按照宪法所确定的立法体制被制定或被认可,就具有了法定的规范效力,至于其内容是否符合宪法的要求,则是需要另行处理的问题。具体来说,如果下位阶部门法不符合宪法内容设定性规范和边界控制性规范的要求,其在规范性质上依然属于“法律”并具有法律效力,但可能会因为违宪而丧失法律效力。^⑬如果下位阶部门法对宪法相关规范进行了必要的具体化甚至重复了宪法的内容规定,那也不意味着其由此变成了宪法。原因是:其一,某部法律在法律体系中处于何种法律位阶,取决于其是由何种主体根据何种程序制定的,而不取决于其具体内容;其二,即使处于不同位阶的法律规范规定了相同或相近的内容,基于法律规范的性质、功能等方面存在的差异,其规范适用对象、范围乃至规范效力也并不完全相同。因此除了立法权配置条款外,其他宪法规范构成了评价下位阶部门法内容是否合宪的依据,但不构成后者的效力来源。

^⑨ 有学者指出,在消极层面,宪法构成了立法的“框架秩序”,立法者在宪法的框架内享有形成自由,当立法逾越宪法给定的框架时,宪法就将发挥控制功能。而在积极层面,立法在不违反宪法的同时,仍是规范的创设活动。参见张翔:《“合宪性审查时代”的宪法学:基础与前瞻》,载《环球法律评论》2019年第2期。这一观点富有启发意义。不过,如果只是抽象的主张所有宪法规范都具有“边界控制”和“内容形成”要求,并不利于宪法的有效实施,因此在各个法领域落实宪法规范要求时,需要进一步明确宪法为特定领域设定了哪些“边界控制性规范”和“内容设定性规范”。相关研究可以参见程雪阳:《合宪性视角下的成片开发征收及其标准认定》,载《法学研究》2020年第5期。

^⑩ 比如,1997年生效的《香港基本法》第23条规定“香港特别行政区应自行立法禁止任何叛国、分裂国家、煽动叛乱、颠覆中央人民政府及窃取国家机密的行为,禁止外国的政治性组织或团体在香港特别行政区进行政治活动,禁止香港特别行政区的政治性组织或团体与外国的政治性组织或团体建立联系。”该条虽然没有明确规定香港特区应当在何时订立维护国家安全方面的立法,但其为香港特区设立了该项立法义务。香港特区在合理的期限内不能或不愿订立相关立法,就是违宪的。

^⑪ 比如,我国现行《宪法》设置的法院类型只有最高人民法院、地方各级人民法院和专门人民法院三种类型。在宪法没有修改之前,《人民法院组织法》是不能创设“跨行政区划法院”这种单独的法院类型的。也正是基于这一原理,监察委员会需要在宪法修改完成之后才能被普遍设立。

^⑫ 比如,我国2020年颁布的《民法典》之所以是现行有效的法律规范,既不在于其规范内容是否可在现行宪法中找到规范依据,亦不在于其规范内容的合理性,而在于其是否根据现行宪法第62、64和80条之规定,由全国人民代表大会以全体代表的过半数通过并由国家主席公布。通过立法机关的认可成为有效的法律规范,在我国也有实践,比如《民法典》就承认习惯在特定情况下具有法律效力。

^⑬ 参见黄明涛:《“最高国家权力机关”的权力边界》,载《中国法学》2019年第1期。当然,在评价下位阶法律规范的合宪性时,应当基于宪法规范自身的语义宽广性、宪法规范内容的变动性等因素,对于相关特定宪法规范之内涵、性质以及其在整个宪法规范体系中的地位和功能予以科学把握,而不能作出教条主义或刻舟求剑式的宪法解释。

三、下位阶部门法落实“宪法是国家的根本法”的合理方案

如果上述论证可以成立,那么除非将“根据宪法,制定本法”理解为“根据宪法立法权限条款制定具体的下位阶部门法”或者“根据抽象的宪法精神制定具体的下位阶部门法”,否则要求所有的法律都设置宪法依据条款,既无必要也不可行,因为并非所有的法律都可以在宪法中找到具体且明确的内容规范作为立法依据。在立法技术层面,学界经过多年讨论目前已经形成的共识是,立法者应当确立一个或数个原则来判定哪些法律必须明文规定“根据宪法”,哪些法律是可以不规定,或者哪些是属于立法者任意选择的立法政策或立法技术。^②不过,具体如何在立法技术层面确定宪法依据条款的设置标准或原则,共识是有限的,依然存在不同的意见。

(一)现有的争论与分歧

对于在立法过程中如何设置宪法依据条款,从而落实“宪法是国家的根本法”这一规范要求,学界目前主要提出了三种不同的理论主张。

其一是“基本法律——非基本法律分置说”。这种方案认为,全国人大制定的所有基本法律均应设置宪法依据条款,因为它们在法律体系中直接与宪法发生紧密联系,在内容上具备宪法问题属性。非基本法律以外的法律,内容上确有直接宪法依据或存在足够理由,也可以载入宪法依据条款,因为这是立法本身的科学性、准确性、严谨性的要求,同时可以确立一部法律在以宪法为核心的法律体系中的地位。^③

其二是“行政法/民法分置说”。这种方案认为,行政法应设置“根据宪法,制定本法”条款,《物权法》和《民法典》则不需要。理由是:“行政立法因其行政授权的特点,通常容易产生对财产权、人身权的不当限制,这种情况有可能构成对宪法上基本权及其保障条款的抵触。但是民法不同,其旨在确认和保障民事权利和民事利益,天然地符合维护个人权利和自由的取向,所以其制定本身往往天然地符合基本权的价值取向。”^④

其三是“创制性立法/确认性立法分置说”。这种方案认为,“关于国家权力的具体立法属于创制性立法,创制性立法应当遵循具体化的法源原则,必须也只能将宪法授权规范具体化,不可仅强调消极的不抵触原则。民事立法主要是对社会中的事实规则进行确认,属于确认性立法,应当主要遵循不抵触的法源原则。”^⑤

上述三种分类处理方案富有启发性,但不同程度上存在标准不清晰或操作性不强等问题。比如《劳动法》和《长江保护法》中既有创制性规范也有确认性规范,但既不属于行政法也不属于民法,而是属于社会法或综合性立法领域。那么当全国人大常委会在前一部法律中设置了宪法依据条款,而在后一部法律中选择将其忽略时,^⑥“行政法/民法”和“创制性立法/确认性立法”分类处理标准,恐难以给出明确且令人信服的立法技术方案。^⑦“基本法律—非基本法律”分类处理标准与其主张的“法律与宪法的关系紧密程度以及对社会生活的重要性”理由也存在诸多龃龉。比如,全国人大2020年颁布的《外商投资法》和全国人大常委会2021年颁布的《反外国制裁法》与宪法的关系紧密程度以及对社会生活的重要性大致相同。按照“基本法律——非基本法律”分类处理标准,难以有效回答为何前者是“应当”设置宪法依据条款,而后者是“可以”设置宪法依据条款这一问题。事实上,《反外国制裁法》之所以是由全国人大常委会制定,主要是因为其遵循了“急用先行”原则,而不是因为其同宪法的关系紧密程度以及对社会生活的重要性低于《外商投资法》。

^② 参见韩大元:《由〈物权法(草案)〉的争论想到的若干宪法问题》,载《法学》2006年第3期。

^③ 参见张震:《“根据宪法,制定本法”的规范蕴涵与立法表达》,载《政治与法律》2022年第3期。

^④ 龙卫球:《民法依据的独特性——兼论民法与宪法的关系》,载《国家检察官学院学报》2016年第6期。

^⑤ 叶海波:《“根据宪法,制定本法”的规范内涵》,载《法学家》2013年第5期。

^⑥ 全国人大常委会1994年7月5日通过的《劳动法》(2018年12月29日修改)第1条规定“为了保护劳动者的合法权益,调整劳动关系,建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度,促进经济发展和社会进步,根据宪法,制定本法。”全国人大常委会2020年12月26日通过的《长江保护法》第1条规定“为了加强长江流域生态环境保护和修复,促进资源合理高效利用,保障生态安全,实现人与自然和谐共生、中华民族永续发展,制定本法。”

^⑦ 另外,除了对特定习惯法的确认外,现代民事立法的内容有许多都是创制性的法律规范(我国《民法典》的物权编、合同编以及侵权编表现尤为明显),因此“民事立法主要是对社会中的事实规则进行确认,属于确认性立法”这一结论能否成立,也值得深思。

由此观之,对于“宪法是国家的根本法”在立法层面的落实而言,如何进行立法技术的优化和完善,依然需要进一步研究。

(二)“宪法依据条款”作为次优立法落实方案

如果人们坚持认为“宪法依据条款”对于维护宪法的权威以及确保法律草案的合宪性具有必要性,那么将“是否主要落实宪法内容设定性规范”作为立法技术层面的解决方案,具有可行性。即,当一部法律的立法目的主要是为了完成宪法内容设定性规范为其设定的立法义务时,立法机关可以在该部法律中设置宪法依据条款。^⑧而当一部法律的立法目的和功能主要是为了通过法律来规范特定社会事实,确保该生活或生产领域运行在法治的轨道之上,则可以不设置宪法依据条款。如果这种立法技术方案可以接受,那么宪法依据条款的规范功能,并非是用以明确该下位阶部门法的法律效力,而在于初步证明后者主要是为了落实宪法内容设定性规范而制定的。

有学者批评说,如果认为下位阶部门法是宪法的具体化,那么会引发“双重计算”错误,部门法抗拒合宪性审查也因此具有了充足理由,因为下位阶部门法已经受了一次合宪性审查,没理由对它进行再一次的合宪性审查。^⑨这种意见不能成立,因为当下位阶部门法设置宪法依据条款时,其只具有“初步证明”下位阶部门法的内容具有合宪性的功能,但无法“充分保障”下位阶部门法的内容必然具有合宪性。从立法实践的层面来看,其一,基于立法的妥协性、认识的有限性、社会的变动性以及其他可能会影响立法结果的因素,任何一种事先性的合宪性审查或证明机制,都无法在立法环节保障每部法律完全充分地符合宪法的要求。其二,即使某一法律在出台时具有较强的合宪性,那么这种合宪性也可能会随着社会环境和规范环境的变化而逐步流失,并由此引发违宪问题。^⑩由此“双重计算”不是错误,而是对下位阶部门法进行合宪性控制的必然要求。

必须承认的是,虽然与其他分类处理标准相比,“是否主要落实宪法内容设定性规范”作为宪法依据条款分类处理标准更具有合理性,但这种立法技术方案也会存在一些问题。比如,按照采用最为宽泛的解释方法或解释标准,任何一部法律都可以在宪法中找到某种价值追求或更为抽象的“宪法精神”作为其立法内容来源。为了解决这一问题,有学者提出了“立法依据条款与合宪性解释基准条款并置说”的法律草案合宪性优化方案。这种方案认为,民法典草案中设置“根据宪法,制定本法”条款是有必要的,但同时可以借鉴日本民法典第2条关于“本法应以个人之尊严与两性本质上之平等为宗旨而进行解释”的规定,在我国民法典以及其他部门法中设立一个类似的合宪性解释基准条款,^⑪不过,其也承认,这种解决方案可以在法律具体实施过程中发挥合宪性控制功能,但无法解决“所有下位阶部门法在立法阶段是否都应设置宪法依据条款”问题。

^⑧ 我国现行《宪法》中的内容设定性规范非常多,涉及范围也比较广泛,有些表达为宪法要求国家设立特定的制度,比如,该法第14条第4款规定“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”,第31条规定“国家在必要时得设立特别行政区”;有些表达为宪法要求国家采取措施以达成某种特定社会目标,比如该法第4条第2款规定“国家根据各少数民族的特点和需要,帮助各少数民族地区加速经济和文化的发展”等。当然,更多的宪法内容设定性规范出现在现行《宪法》第3章国家机构部分。这些规范为各类国家公权力的分配、设置和行使提供了基本的内容,需要通过各类国家机关的组织法和行为法(如《立法法》等)予以具体化和落实。在我国的宪法学理论体系中,这些组织法或行为法往往被称为是“宪法性法律”“宪法相关法”“宪法法”。最近黄明涛教授不但建议使用“宪制性人大立法”这一概念来统称此类法律,而且主张“宪法具体化”理论只应在此领域适用。参见黄明涛:《形式主义宪法观及其修正——从“宪制性人大立法”说起》,载《中国法律评论》2022年第3期。

^⑨ 同前注^⑤,陈景辉文。

^⑩ 这种情况在我国很多领域都存在。比如现行宪法第25条规定“国家推行计划生育,使人口的增长同经济和社会发展计划相适应”。全国人大常委会2001年12月29日通过的《人口与计划生育法》第18条将宪法这一规定具体化为“国家稳定现行生育政策,鼓励公民晚婚晚育,提倡一对夫妻生育一个子女;符合法律、法规规定条件的,可以要求安排生育第二个子女。”随着我国人口结构的变化(特别是新生人口出生率的不断降低),《人口与计划生育法》的这一规定不仅是不合理的,而且违背了宪法所提出的“使人口的增长同经济和社会发展计划相适应”的要求,因此该法相关内容的合宪性就逐步流失乃至完全丧失了。

^⑪ 参见林来梵:《民法典编纂的宪法学透析》,载《法学研究》2016年第4期。

(三)“合宪性说明”作为最佳立法落实方案

从我国以及其他国家的立法实践情况来看,在落实“宪法是国家的根本法”以及“在立法阶段对法律草案内容进行合宪性控制”的过程中,实际上存在着一种更优的且可以对所有下位阶部门法统一适用的立法技术方案。这种方案要求法律草案提交立法机关审议时,提案人应当向审议机关提交一份“法律草案内容合宪性说明”(以下简称“合宪性说明”)。

比如,在我国的立法实践中,鉴于《物权法(草案)》在本世纪初所面临的合宪性争议,全国人大常委会在2007年向全国人大所做的《关于物权法(草案)的说明》第三部分“物权法草案的主要内容”,对该草案合宪性进行了论证和说明。^②2020年《关于推迟召开十三届全国人大三次会议的决定(草案)的说明》中,全国人大常委会法工委也主动且明确对该决定的合宪性进行了论证和说明。^③在2021年《人口与计划生育法(修正草案)》的审议过程中,全国人大宪法和法律委员会则是在草案审议结果报告中就有关宪法问题专门予以说明。^④

最终,在经历了十余年的探索之后,我国立法机关根据宪法精神和党中央关于推进合宪性审查工作的部署要求,在2023年第二次修正的《立法法》中正式建立了“法律草案合宪性说明”制度。该制度的具体内涵包括三个方面:首先,法律草案提出机关在提出法律案时,应当在法律草案文本说明中“包括制定或者修改法律的必要性、可行性和主要内容,涉及合宪性问题的相关意见以及起草过程中对重大分歧意见的协调处理情况”;^⑤其次,列入全国人大会议议程和全国人大常委会会议议程的法律案,由全国人大宪法和法律委员会根据各代表团或常务委员会组成人员、有关的专门委员会的审议意见、各方面提出的意见,对法律案进行统一审议,提出修改情况的汇报或者审议结果报告和法律草案修改稿,对涉及的合宪性问题以及重要的不同意见应当在汇报或者审议结果报告中予以说明;^⑥最后,由全国人大或全国人大常委会参考法律草案提出机构的合宪性说明和全国人大宪法和法律委员会的合宪性说明,依法对法律草案进行审议和表决。

与“宪法依据条款”相比,这种“合宪性说明”制度无疑是确保法律草案合宪性的更优立法技术方案,理由有三:首先,该机制要求法律草案起草机关就相关法律草案的合宪性问题作出实质性论证和说明,从而增强参与立法的各个主体以及社会公众关注相关法律草案内容的合宪性问题,尽可能地避免法律草案出现违宪的情况。其次,该机制还可以减轻合宪性审查机关的工作负担,提高其工作效率和审查决定的质量。^⑦毕竟,基于编制规模、立法期限、知识储备、审查能力等方面的限制,要求全国人大宪法与法律委员会和全国人大常委会法工委在有限的审议期限内,对每部法律草案所有的涉宪性、合宪性问题作出全面准确的判断并非易事。最后,该机制还可以为法律实施阶段合宪性争议的解决提供坚实基础,因为相关法律的适用主体(包括复议、诉讼、仲裁等环节的各方参与主体),可以从该“合宪性说明”中知悉法律起草和审议机关认定相关条款具有合宪性的具体理由,从而在个案中判断下位阶部门法所涉及的合宪性问题“是否已经解决”“是如何解决的”“是否存在判断失误”等问题。也正因为如此,全国人大常委会法工委宪法室认为,法律草案的合宪性说明已经成为加强实施宪法的一种新方式。^⑧

另外,从比较法层面来看,中国对“合宪性说明”制度的探索和实践也并非孤例,自本世纪以来,英联邦的

^② 参见王兆国:《关于〈中华人民共和国物权法(草案)〉的说明——2007年3月8日在第十届全国人民代表大会第五次会议上》,载《全国人民代表大会常务委员会公报》2007年第3号。

^③ 参见沈春耀:《关于〈全国人民代表大会常务委员会关于推迟召开第十三届全国人民代表大会第三次会议的决定(草案)〉的说明——2020年2月24日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议上》,载《全国人民代表大会常务委员会公报》2020年第1号。

^④ 参见全国人民代表大会宪法和法律委员会:《关于〈中华人民共和国人口与计划生育法(修正草案)〉审议结果的报告》,载《全国人民代表大会常务委员会公报》2021年第6号。

^⑤ 参见《立法法》(2023年修正)第58条。

^⑥ 同上,第23、36条。

^⑦ 参见陈玉山:《法律案合宪性审查的程序、事项与方法》,载《环球法律评论》2020年第1期。

^⑧ 参见全国人大常委会法工委宪法室:《把宪法实施提高到新水平——2021年全国人大及其常委会加强和创新宪法实施工作情况》,载《光明日报》2022年4月9日第5版。

一些国家或地区也在积极利用类似制度来确保法律草案的符合本国的《人权法案》或国际人权公约。比如，为了确保该国国内法与《欧洲人权公约》保持一致，英国 2000 年开始实施的《英国人权法案》第 19 条第 1 款规定，政府内阁主管部长在新的法律草案二读时，必须做出“该法案与欧洲人权公约一致声明”或“虽然该法案与欧洲人权公约不相容，但政府依然希望通过此项法案的声明。”^⑨2004 年之后，澳大利亚首都堪培拉在其《人权法案》中要求“堪培拉特区的司法部长在每一项法律草案提交议会审议之前，必须提交一份该法律草案是否符合《人权法案》的书面声明，如果其认为该草案与《人权法案》不一致，应当解释其中的原因。”^⑩

有人可能会担心，“合宪性说明”机制建立之后，如果一项法律草案的合宪性得到全国人大或其常委会确认，在相关立法实施过程中再确认其违宪性将会非常困难。从制度实施的角度来看，这种担心没有必要。具体理由上文已经部分揭示，即任何事前的合宪性保障机制都只具有“初步证明”下位阶部门法的内容合宪性的功能，但无法“充分保障”下位阶部门法的内容必然具有合宪性。如果在下位阶部门法在实施的过程中出现了违宪嫌疑，那么公民和有权组织依然可以通过宪法解释、备案审查等法定程序，建议或要求法定的审查机关对涉案法律规范进行审查。只是在这种情况下，提出合宪性审查建议或要求主体需要提供有强有力的理由并进行更加有力的论证。

如果上述论证可以成立，那么当新《立法法》将“法律草案合宪性的双说明机制”正式纳入现行法体系之后，新出台的法律就失去了继续设置“宪法依据条款”的必要性，因为该条款所承载的“维护宪法权威性和法秩序的统一性”功能已经完全可以由前者担当。当然，“法律草案合宪性的双说明”制度究竟应当如何落实和发展，比如，如何准确判断一部法律草案究竟涉及哪些宪法问题，如何准确确定相关规范的合宪性，又应当如何制作作为法律文书的合宪性说明等问题，依然需要在实践中不断探索和完善。

论题和篇幅所限，本文无法对该领域所有的问题都进行细致的研究。不过，上述研究表明，除了应当明确该部法律制定主体的权力或权限来源外，对于下位阶部门法中涉及宪法内容设定性规范具体化的部分，“合宪性说明”应当重点论证和说明相关法律草案的规范内容是如何具体化宪法相关内容设定性规范的，从而可以有助于审议机关准确判断相关法律规范是否落实了宪法为法律设定的具体化义务。对于下位阶部门法中涉及宪法边界控制性规范的部分，“合宪性说明”应当侧重于论证和说明相关法律草案的规范内容是否存在“与宪法相抵触”的情形，从而确保审议机关迅速且准确地判断相关法律规范，是否违背了现行《宪法》第 5 条第 3 款关于“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”之规定。

四、“立法对宪法的具体化”命题在立法领域的适用范围

在近几年的理论研究中，有一种强有力的意见认为，应当在承认“宪法是具有最高法律效力的根本法”的同时，要求宪法尊重部门法的自主性与法体系的“联邦性”，因此“立法对宪法具体化”这一命题和理论不能成立，否则不但公法与私法的区分将不复存在，而且会导致其他法沦为宪法的实施工具，进而挤压民主政治意志的形成和表达。^⑪从本文的分析来看，由于宪法既不可能对所有的社会生活进行规范，也没有必要对其意图规范的社会生活领域作出全方位规定，因此在具体的立法过程中确实应当警惕“宪法全能论”和“宪法全面主义”。但如果基于这一论点彻底否定“立法对宪法的具体化”命题，主张宪法只对所有的下位阶法律发挥边界控制功能，而不对其实体内容的形成发挥任何实质性的影响功能，那无疑会从一个极端走向另外一个极端。

上文的分析表明，现代民族国家兴起之后，宪法就不再仅仅是“公法——私法”结构下的“公法”，也不仅仅是整个法秩序效力位阶层面的“最高法”，当实证宪法通过内容设定性规范对一些经济、社会乃至环境问题作出规范回应时，其已经从“国家政治领域的根本法”扩展为“国家整体法秩序的根本法”。在此历史背景下，将宪法称为是所有下位阶部门法的“母法”固然不准确，但是将宪法视为所有下位阶部门法的“法律环境”也

^⑨ Art. 19(1), United Kingdom: Human Rights Act(1998).

^⑩ Art. 37, Australian Capital Territory's Human Rights Act(2004).

^⑪ 参见陈景辉：《关于宪法学与宪法：对一些批评意见的回应》，载《苏州大学学报（法学版）》2022 年第 4 期；参见前注⑤，翟小波文。

不妥当。在立法过程中,“立法对宪法的具体化”这一命题及其适用范围应当包括如下两个方面:其一,在立法环节,当下位阶部门法为了落实宪法的内容设定性规范时,将其视为“宪法实施法”并无不妥,^②因为此时宪法内容设定性规范构成了下位阶部门法的“内容填充型框架”,下位阶部门法亦负有丰富和发展宪法内容设定性规范之功能。^③其二,当宪法没有为下位阶部门法设定具体的内容设定性规范时,后者应当遵守宪法边界控制性规范设定的“不可逾越的框架”,但因为下位阶部门法的实体内容主要根据社会实践需要进行立法形成,因此“立法对宪法的具体化”这一命题不适用于该领域。

如果上述结论可以成立,那么对于整个法体系而言,将宪法与其他下位阶法视为法体系的“总则/分则”关系是否可行呢?有意见认为答案是否定的,理由是这会导致“宪法全能主义”或“宪法全面主义”。^④从本文的分析来看,对于拥有成文宪法典的单一制国家而言,如果人们能够注意到宪法规范数量的有限性(这是由“宪法作为根本法”的法律性质所决定的),那就会发现,宪法只是为特定规范领域设定了“内容填充型框架”和“不可逾越型框架”,而不是对所有的法律规范领域都提出了必须具体化的宪法要求,因此不会存在“宪法全能主义”或“宪法全面主义”的问题。由此,宪法学也不会变成整个法学知识体系的总论,其只是要求下位阶部门法的研究、理解和适用,必须关注宪法规范对特定法领域提出的必须落实或不得违反的规范要求。

Abstract: The Constitution, as the fundamental law of a country, is the product of the theory of people's sovereignty and nation—state. The Constitution is the fundamental law of a country not only means that the written constitution constitutes the highest norm of the domestic legal system at the normative level, but also means that the normative content of the written constitution constitutes the general principles of the legal system. For unitary states with written constitution, it is appropriate to regard the Constitution as the general principle of the whole legal system. While, “constitution as the general rule of the whole legal system” does not mean that all legal content must come from the Constitution. However, this conclusion does not mean that all of content of legal norms must come from the Constitution, because the boundary control norms set the “non—transgressive frame” for the lower—level law, which does not require the latter to find the content basis from the constitutional norm. The content requirement norms set the “content filling framework” for the lower—level law, and it really needs to be implemented through the means of legislative concretization. Comparing with the system of constitutionality statement of draft bill, the clause of “this Act is enacted in accordance with the Constitution” is the second best legislative technical solution to implement the “Constitution is the fundamental law of the state” and the content requirement norms in the Constitution. For the implementation of the double constitutionality statement of draft bill mechanism established by the Legislation Law (amended in 2023), how to prove that the draft bill does not violate the constitutional boundary control norms, while embodying the constitutional content regulation norms, is the key point.

Key Words: Fundamental Law; Unity of Legal Order; Clause of “this Act is Enacted in Accordance with the Constitution”; Constitutionality Statement of Draft Bill

(责任编辑:黄明涛)

② 比如,现行宪法第 25 条规定“国家推行计划生育,使人口的增长同经济和社会发展计划相适应。”全国人大常委会 2001 年通过的《人口与计划生育法》就属于对宪法规定的具体化,应当可以将《人口与计划生育法》界定为“宪法实施法”。

③ 参见林彦:《通过立法发展宪法——兼论宪法发展程序间的制度竞争》,载《清华法学》2013 年第 2 期。

④ 参见刘亦艾:《立法为何应当根据宪法?》,载《法学家》2023 年第 2 期。