

## “合宪性审查时代”的宪法学：基础与前瞻

张翔

**内容提要：**中国宪法学面临可能到来的“合宪性审查时代”。改革开放以来，从“宪法监督”到“合宪性审查”的制度演进，以及建构“合宪性法秩序”的字理预备，为新时代宪法学的自省确立了外部和内部条件。建构中的合宪性审查的“前端”（法律草案的合宪性控制）和“后端”（备案审查中的合宪性审查）两种机制，为宪法学设定了新的议题。合宪性审查新机制的建立，部分地为宪法教义学的开展排除了制度障碍。与司法中心的违宪审查制度下的宪法教义学不同，中国合宪性审查制度下的宪法学应该更多关注“立法中的宪法教义学”，从积极和消极两个层次，为立法的“内容形成”和“越界控制”提供智识支撑。此外，应当将宪法教义学的视野从基本权利领域拓展到国家机构领域，并积极推进“宪法程序法”研究。宪法学应当在与其他部门法学科和其他社会科学的良好互动沟通下，协力推进法治建设与国家治理现代化。

**关键词：**合宪性审查 立法 宪法教义学 国家机构教义学 宪法程序法

张翔，中国人民大学法学院教授。

### 一 引言

2018年是改革开放四十周年。2018年通过的《宪法修正案》第33条和第34条，将《宪法》序言第十自然段中“在长期的革命和建设过程中”和第十二自然段中“中国革命和建设的成就”的历史性表述“革命和建设”修改为了“革命、建设、改革”。但这并不意味着“改革”是已经完结的历史时期，相反，“改革”仍然是当下的时代精神，并指向不断延展的未来。这是因为，作为执政党的中国共产党仍然强调“全面深化改革”，并设定了“完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化”的改革总目标。<sup>〔1〕</sup>在改革开放四十周年到来之前，中共十九大报告又作出了“中国特色社会主义进入了新

〔1〕《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》（2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过），<http://cpc.people.com.cn/n/2014/1029/c64387-25927606.html>，最近访问时间[2018-11-18]。

时代,这是我国发展新的历史方位”的判断。在此总体性判断之下,对于各个不同的领域而言,“新时代”会有更为具体的意涵。对于法律人共同体而言,“新时代”是一个全面推进依法治国的新时代;对于民法学界而言,“新时代”是一个“民法典时代”;<sup>[2]</sup>而对于宪法学者而言,“新时代”或许是一个“合宪性审查时代”。

理由显而易见:十九大报告提出“推进合宪性审查工作”,“合宪性审查”这一长期以来仅为学界使用的术语进入政治文件而成为重要制度安排;2018 年《宪法修正案》第 44 条将全国人大“法律委员会”更名为“宪法和法律委员会”。其后,经由全国人大常委会的决定,宪法和法律委员会被赋予“推进合宪性审查”的新工作职责;<sup>[3]</sup>同时,长期处于“鸭子浮水”状态的备案审查也走向前台,<sup>[4]</sup>开始更为公开和积极地运作。四十年来,中国宪法学界一直在为合宪性审查鼓与呼,也为此做了相当的学术积累。<sup>[5]</sup>在当下这个可以对“合宪性审查新时代”的开启谨慎乐观的时间节点,中国的宪法学人有必要反躬自省:宪法学术当如何贡献于合宪性审查的制度建设,以及如何贡献于合宪性审查的具体运作。笔者尝试,在对制度前史和学术前史的梳理基础上,分析合宪性审查为中国宪法学设定的议题,思考未来的宪法学应有怎样的学术担当、遵循怎样的研究进路。不避浅陋,略陈陋见,以就教于方家。

## 二 制度前史:从宪法监督到合宪性审查

### (一) 制度确信下“机构/程序”的纠缠演进

在我国现行宪法的起草过程中,“宪法监督”就是最重要的议题之一。这首先是基于历史教训。当时,许多人担心宪法在制定后不能贯彻实施。“北京大学有的教授认为,如果说一九五四年宪法有缺点的话,就是缺少保障执行的措施。”<sup>[6]</sup>基于历史的惨痛教训,促使人们高度重视新宪法起草中的宪法监督制度。<sup>[7]</sup>当时的制度设想极具开放性,<sup>[8]</sup>但最终宪法起草者还是采纳了由全国人大、全国人大常委会监督宪法实施的方案。宪法起草中还研究过设立“宪法委员会”的两个方案:<sup>[9]</sup>一个是“宪法委员会”与全国人大常

[2] 参见张维伟:《中国步入“民法典时代”——民法总则草案首次提交全国人大常委会会议审议》,《中国人大》2016 年第 13 期,第 23 页。

[3] 《全国人民代表大会常务委员会关于全国人民代表大会宪法和法律委员会职责问题的决定》(2018 年 6 月 22 日第十三届全国人民代表大会常务委员会第三次会议通过),[http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2018-06/22/content\\_2056590.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2018-06/22/content_2056590.htm),最近访问时间[2019-03-01]。

[4] 2012 年,时任十一届全国人大常委会副秘书长、全国人大法律委员会副主任委员的乔晓阳将全国人大常委会的违宪审查工作比喻为:“鸭子浮水,脚在下面动,上面没有看出来”。参见李丽:《违宪审查:树立宪法的最高权威——纪念 82 宪法实施 30 周年(下)》,《中国青年报》2012 年 10 月 18 日第 1 版。

[5] 参见韩大元:《改革开放四十年中国宪法的回应与贡献——以 20 世纪八十年代的宪法学研究为中心》,《中外法学》2018 年第 5 期;莫纪宏:《合宪性审查机制建设的 40 年》,《北京联合大学学报(人文社会科学版)》2018 年第 3 期。

[6] 《彭真传》编写组编:《彭真传》(第四卷),中央文献出版社 2012 年版,第 1470 页。

[7] 参见张春生、秦前红、张翔:《推进合宪性审查 加强宪法实施监督》,《中国法律评论》2018 年第 4 期,第 3-4 页。

[8] 参见肖蔚云著:《我国现行宪法的诞生》,北京大学出版社 1986 年版,第 63 页。

[9] 参见《彭真传》编写组编:《彭真传》(第四卷),中央文献出版社 2012 年版,第 1473 页;刘松山:《1981 年:胎动而未形的宪法委员会设计》,《政法论坛》2010 年第 5 期,第 94-95 页。

委会地位相当,仅对全国人大负责;另一个是“宪法委员会”地位低于全国人大常委会,对全国人大及其常委会负责,协助全国人大及其常委会行使宪法监督职权。前一种方案被认为会导致全国人大有两个常设机关,不符合人民代表大会一元化领导的体制。<sup>[10]</sup>但遗憾的是,后一个方案,也就是设立专门委员会性质的“宪法委员会”的方案也未被采纳。这就形成了宪法虽然规定了全国人大及其常委会监督宪法实施,但并无专门委员会具体承担的制度事实。

专门机构的缺失成为宪法监督制度的“先天不足”,相关的完善建议也指向设立专门机构。全国人大法律委员会对相关议案的审议报告中指出:“自1982年12月全国人大修改通过新宪法以来,全国人大几次会议都有代表提出加强宪法实施监督的议案和建议,全国政协委员也有这样的提案,不少人民来信也提出了这方面的意见,七届全国人大常委会工作要点也提出要改进和加强监督宪法和法律的实施的工作。”<sup>[11]</sup>可见这一问题一直广受关注。但相关议案并未被纳入议程,理由是全国人大组织法已经规定了各专门委员会协助人大和人大常委会监督宪法的实施,“问题是要加强这方面的工作,可以不另设宪法委员会”。<sup>[12]</sup>这个答复其实从另一个侧面说明,各专门委员会并未能有效协助宪法监督工作。1993年宪法修改时,又有代表建议在《宪法》第70条中增加规定全国人大设立宪法委员会的内容。对此建议,《中国共产党中央委员会关于修改宪法部分内容的补充建议》指出:“根据宪法第七十条的规定,全国人大可以设立专门委员会性质的宪法委员会,宪法可以不再作规定。”<sup>[13]</sup>这一意见在设立“宪法委员会”的态度上开始有所松动。但直到2018年宪法修改,宪法委员会的设置并未被提上议程。

机构层面没有突破,2000年通过的《立法法》却做出了程序层面的突破。《立法法》第五章对备案审查的制度和程序作了比较系统的规定,并创新规定了五大类国家机关和其他主体可以向全国人大常委会提出违宪违法审查的“要求”或者“建议”,并规定了处理程序。<sup>[14]</sup>这一程序设计被寄予厚望,但在实际运行中却遭遇困境,除了“孙志刚案”等极少数案例外,其功能罕有发挥。<sup>[15]</sup>不过,这一程序设计却带动了工作机构层面的改变。2004年5月,法制工作委员会内部设立了法规备案审查室,成为在备案审查层面开展宪法监

[10] 参见肖蔚云著:《我国现行宪法的诞生》,北京大学出版社1986年版,第64页。

[11] 《关于第七届全国人大第二次会议主席团交付法律委员会审议的代表提出的议案审议结果的报告》(1989年10月31日第七届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过),[http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/14/content\\_2319.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/14/content_2319.htm),最近访问时间[2018-11-16]。

[12] 《关于第七届全国人大第二次会议主席团交付法律委员会审议的代表提出的议案审议结果的报告》(1989年10月31日第七届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过),[http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/14/content\\_2319.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/14/content_2319.htm),最近访问时间[2018-11-16]。

[13] 《中国共产党中央委员会关于修改宪法部分内容的补充建议》,<http://www.npc.gov.cn/npc/oldarchives/dbdh/dbdh/common/zw.jsp?label=wxzk&id=2889.htm>,最近访问时间[2018-11-16]。

[14] 除了《立法法》《监督法》的相关规定外,全国人大常委会还制定了若干备案审查的工作程序,包括《行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区法规备案审查工作程序》(2000年,后经2003年、2005年两次修订)、《司法解释备案审查工作程序》(2005年)、《全国人大常委会对提出审查建议的公民、组织进行反馈的工作办法》(2014年),以及《全国人大常委会法制工作委员会法规、司法解释备案审查工作规程(试行)》(2017年)。

[15] 林彦教授对这一程序难以发挥作用的原因有详细解析,参见林彦:《法规审查制度运行的双重悖论》,《中外法学》2018年第4期。

督的工作机构。但这个机构的运作却略显神秘,外界很难获知其工作程序或工作成效。

然而,法治实践中却出现了各种涉及宪法的诉求,特别是众多部门法的问题不可避免地转化为宪法性争议。于是,在宪法规定的宪法监督制度难以发挥作用的情况下,出现了突破既有制度框架的尝试。2001 年 8 月 13 日,最高人民法院就“齐玉苓案”做出批复,在处理实际案件的同时,也回应了学界关于“宪法司法化”的制度期待。这一批复引发热烈争论,并因其中包含的“基本权利在私法关系中的效力”问题,刺激了基本权利的研究走向繁荣。然而,这一做法却因为抵触宪法关于宪法监督权和宪法解释权归属的明确规定,自身无法获得权限合宪的评价,因而最终于 2008 年 12 月被最高人民法院废止。“宪法司法化”尝试失败,问题又回到了原点:如何完善既有的全国人大及其常委会监督宪法实施的制度。

制度“破冰”开启于中国共产党的十八大。十八大之后不久的 2012 年 12 月 4 日,习近平总书记《在首都各界纪念现行宪法公布施行 30 周年大会上的讲话》中指出:“宪法的生命在于实施,宪法的权威也在于实施。”2014 年中共十八届四中全会通过的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》要求:“完善全国人大及其常委会宪法监督制度,健全宪法解释程序机制。加强备案审查制度和能力建设,把所有规范性文件纳入备案审查范围,依法撤销和纠正违宪违法的规范性文件。”在此基础上,最终实现了本文引言所述的“推进合宪性审查”和设立“宪法和法律委员会”的政治决断与制度安排,在解放思想的同时,在合宪性审查的机构上也实现了突破。

此外,既有的备案审查制度也走上前台。2017 年 12 月,全国人大常委会首次听取审议了备案审查工作情况的报告。这个报告首次对该制度运行现状进行全面总结,并公开了若干案例,<sup>[16]</sup>立即成为学术界和实务界关注的热点。<sup>[17]</sup>同时,全国人大常委会开始研究制定《规范性文件备案审查工作规定》,并在 2018 年 8 月征求实务部门和宪法学专家的意见,<sup>[18]</sup>该规定已于 2018 年 10 月在法工委内部讨论,或将于近期出台。

## (二)作为立场宣示的术语选择

以十九大报告为分界点,我们可以发现官方在术语使用上的明显变化。在相关文件中,除了继续使用“宪法监督”外,开始使用“合宪性审查”,并有意识回避了此前学界更常使用的“违宪审查”。这一术语选择,在笔者看来,或许有三方面的意涵:第一,在既有的“监督宪法的实施”“宪法监督”之外,“合宪性审查”这一新术语的使用,表达了通过制度创新实质性推进宪法监督的政治决心;第二,表明中国的合宪性审查与西方的违宪审查话语体系的区分,强调中国制度的独特性。“要坚持理论自主”“研究和阐释我国合宪性审查制度与西方违宪审查制度的本质区别”。<sup>[19]</sup>尽管“合宪性审查”抑或“违宪审查”实际

[16] 沈春耀:《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于十二届全国人大以来暨 2017 年备案审查工作情况的报告》(2017 年 12 月 24 日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议上),[http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2017-12/27/content\\_2035723.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2017-12/27/content_2035723.htm),最近访问时间[2018-11-17]。

[17] 关于这份报告的分析解读,参见郑磊:《十二届全国人大常委会审查建议反馈实践:轨迹勾勒与宏观评述》,《中国法律评论》2018 年第 1 期。

[18] 朱宁宁:《全力构建中国特色社会主义备案审查理论体系》,《法制日报》2018 年 10 月 16 日第 10 版。

[19] 梁鹰:《合宪性审查工作的推进与完善》,中国法治论坛会议论文,2018 年 5 月 8 日,深圳。

上都是对“constitutional review”的移译,但不使用“违宪审查”是一种立场和方向的宣示,也就是“增强坚持走我们自己的合宪性审查发展道路的自觉性和坚定性”。<sup>[20]</sup>这与1982年宪法最终未接受移植其他国家的宪法监督模式有着脉络关联。“违宪审查”与西方的“三权分立”“司法独立”制度有着必然联系,具有反民主的性质;而“合宪性审查”是在坚持人民代表大会制度的基础上强调人民民主的体现。第三,减少争议、增进共识,并表达审查的“柔性”。在有些人的观念里,“违宪可是天大的事儿”,<sup>[21]</sup>宪法监督的议题从而就有着很高的政治敏感度。较之“违宪审查”,“合宪性审查”的语词冲击性较小。同时,这一术语也表明相关的审查工作是柔性的、协商式的,<sup>[22]</sup>而非激烈的、对抗式的,这里的“合宪性”甚至表达了比西方违宪审查制度中的体现机关尊重的“合宪性推定”更为克制的内涵。<sup>[23]</sup>

综上,从现行宪法起草时的“宪法监督”话语到当下的“合宪性审查”话语,中国宪法学所面临的制度环境已然发生了比较明显的变化。此种制度演进,构成了当下反思中国宪法学发展方向的外部条件。

### 三 学术前史：合宪性法秩序的建构

在制度条件的更易之外,宪法学的学科前瞻,还应当建基于对四十年来宪法学术的总结与反思。<sup>[24]</sup>在笔者看来,四十年来的中国宪法学有一个贯穿始终的主题:合宪性法秩序的建构,也就是取向于推进宪法的实施,推进作为最高法和根本法的宪法的真正落实,推进国家的法秩序接受宪法的价值贯彻和规范控制。这里选择四十年间中国宪法学的若干“关键词”来略加说明。

#### (一) 宪法至上

宪法至上,或者说宪法的最高法律效力,是合宪性审查制度的规范基础,也是对法律体系进行合宪性控制的学理基础。我国现行宪法起草时,王叔文教授就已经敏锐地捕捉到了这一命题。他在1981年发表的《论宪法的最高法律效力》一文中有这样的论述:“应该首先肯定,宪法也是法律,它和其他法律一样,具有法律效力,即具有拘束力和强制力。……同时,宪法和一般法律又有所不同,它是一个国家最根本的法律,具有最高的法律效力。”<sup>[25]</sup>他还进一步指出,宪法的最高法律效力,是就它与一般法律的关系而言的,宪法是制定一般法律依据,另一方面,一般法律“不能和宪法的规定相抵触,否则就没有法律效力,应

[20] 梁鹰:《合宪性审查工作的推进与完善》,中国法治论坛会议论文,2018年5月8日,深圳。

[21] 张春生、秦前红、张翔:《推进合宪性审查加强宪法实施监督》,《中国法律评论》2018年第4期,第4页。

[22] 英国是实行柔性、协商式审查制度的典型,详见李蕊佚:《议会主权下的英国弱型违宪审查》,《法学家》2013年第2期。

[23] 关于合宪性推定,参见韩大元:《论合宪性推定原则》,《山西大学学报(哲学社会科学版)》2004年第3期;王书成:《合宪性推定的正当性》,《法学研究》2010年第2期。

[24] 参见韩大元:《改革开放四十年中国宪法学的回应与贡献——以20世纪八十年代的宪法学研究为中心》,《中外法学》2018年第5期;韩大元:《改革开放四十年中国宪法学的学术贡献》,《中国法律评论》2018年第5期。

[25] 王叔文:《论宪法的最高法律效力》,《法学研究》1981年第1期,第1页。

该废除或者修改”。<sup>[26]</sup> 这些表述,于今而言是平平无奇的常识,而在 20 世纪 80 年代初,则是振聋发聩的法治宣言。经过学者们的再三申说,<sup>[27]</sup>“宪法至上”的观念如今已深入人心,成为在新时代进行法秩序的合宪性建构的学理基石。

## (二)“良性违宪”

1982 年《宪法》序言的最后一段宣告了宪法的法律规范性、根本性和最高性。<sup>[28]</sup> 但不可否认的事实是,宪法的根本法和最高法地位在宪法颁行后很快就遭到了来自社会变迁的冲击。随着改革开放的深入,在非公有制经济、土地制度和市场体制等领域,出现了与宪法存在明显紧张的改革举措。改革与宪法的矛盾成为了宪法学无法回避的问题。<sup>[29]</sup> 郝铁川教授于 1996 年提出了“良性违宪论”。郝铁川教授认为改革做法只要符合三个有利于的标准——即有利于社会生产力的发展、有利于国家和民族的根本利益、有利于社会的行为,就算违反了宪法的规定,也是一种良性违宪。<sup>[30]</sup> 童之伟教授随即提出批评,指出良性违宪的做法是一种故意违反宪法、破坏宪法秩序的行为,不仅有损宪法权威,宪法实施过程中体现的灵活性也超过了法治所能容许的最大限度。<sup>[31]</sup> 韩大元教授参与了这场讨论,他认为应当将宪法的规范性与社会现实性统一起来,承认社会转型时期的“正常的冲突”的合宪性,并不会损害宪法的权威。<sup>[32]</sup> 韩大元教授的这一调和观点,暂时终结了“良性违宪”的争论。但改革与宪法的关系问题仍是绕不过去的问题。十余年后,仍有学者以“宪法变通”“实质合宪论”和“宪法规范层次论”等学理展开新的阐发。<sup>[33]</sup> 时至今日,中国共产党已经明确提出“重大改革要于法有据”的论断,<sup>[34]</sup> 规范性似乎已获得了相对于现实正当性的通常优先性,但在“效力”与“实效”“当为”与“存在”之间,宪法学仍须做精细谨慎的学理建构。

## (三)规范宪法

“宪法至上”和“良性违宪”之间无疑存在对立或者紧张,但究其问题实质,却都指向

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

[27] 参见周叶中:《宪法至上:中国法治之路的灵魂》,《法学评论》1995 年第 6 期;秦前红:《依法治国和宪法至上论》,《现代法学》1996 年第 4 期;吴家麟:《宪法至上是建设法治国家之关键》,《法商研究》1998 年第 3 期;韩大元:《论宪法规范的至上性》,《法学评论》1999 年第 4 期;朱福惠:《宪法至上:法治之本》,法律出版社 2000 年版。

[28] 参见陈端洪:《论宪法作为国家的根本法与高级法》,《中外法学》2008 年第 4 期,第 486 页。

[29] 参见韩大元:《改革开放四十年中国宪法的回应与贡献——以 20 世纪八十年代的宪法学研究为中心》,《中外法学》2018 年第 5 期;常安:《改革、修宪与宪法理论论争——现行宪法颁布 30 周年之际的一个学术史回溯》,《法律科学》2012 年第 6 期。

[30] 参见郝铁川:《论良性违宪》,《法学研究》1996 年第 4 期。

[31] 参见童之伟:《“良性违宪”不宜肯定——对郝铁川同志有关主张的不同看法》,《法学研究》1996 年第 6 期;《宪法实施灵活性的底线——再与郝铁川先生商榷》,《法学》1997 年第 5 期。

[32] 参见韩大元:《社会变革与宪法的社会适应性——评郝、童两先生关于“良性违宪”的争论》,《法学》1997 年第 5 期。

[33] 关于“宪法变通”,参见张千帆:《宪法变通与地方试验》,《法学研究》2007 年第 1 期;关于“实质合宪论”,参见江国华:《实质合宪论:中国宪法三十年演化路径的检视》,《中国法学》2013 年第 4 期;关于“宪法规范层次论”,参见沈岷:《宪法规范层次论:一种解释方法》,《清华法学》2012 年第 5 期。

[34] 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(2014 年 10 月 23 日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过),<http://cpc.people.com.cn/n/2014/1029/c64387-25927606.html>,最近访问时间[2018-11-18]。

“宪法的规范性”。“宪法的规范性”也是从现行宪法起草开始就受到宪法学界普遍关注。王叔文教授明确反对否认宪法规范性的观点。他指出,尽管宪法具有原则性的特点,“但并不意味着宪法的各项规定只具有政治宣言的性质,可以不规范化”。<sup>[35]</sup> 在肯定宪法规范性的认识下,胡锦光教授对于宪法规范的构成要素(特别是制裁要素)、宪法规范的特点以及如何通过宪法修改和宪法解释使得宪法规范适应社会实际等问题进行了研究,<sup>[36]</sup> 大大深化了宪法学对宪法的规范性的认识。

林来梵教授的研究更进一步。他尝试从“规范宪法”这一具有基础理论性质的概念出发,回应“如何消解坚持改革开放与维护宪法秩序之间的悖论”的时代命题。<sup>[37]</sup> 他主张对改革中出现的宪法现象的处理方式应返回至宪法规范,遵循一种契合我国宪法法治观的规范主义做法。<sup>[38]</sup> 他认为,在改革与宪法的关系中,既定的、实在的宪法规范始终处于轴心地位,但同时又应保持宪法规范适度的开放性。基于此,中国宪法最终能够修成正果,成为实至名归的规范宪法。<sup>[39]</sup> “规范宪法”命题的确立,恰好与“齐玉苓案”时间吻合,从这一时间节点开始,规范法学意义上的基本权利教义学研究成为宪法学界重要的致力方向。<sup>[40]</sup> 经过几代学人的努力,走向“规范宪法”成为了中国宪法学的学术共识,也成为了中国法治建设的推进方向。

#### (四) 法律的合宪性解释

走向“规范宪法”的目标,指向的应该是以宪法解释为中心的宪法教义学(笔者在相同意义上使用另外两个术语:“宪法解释学”“宪法释义学”),但是由于宪法监督制度长期缺乏实践,宪法教义学也缺乏直接的制度应用性。而2008年“齐玉苓案”批复的废止,又使得取向“宪法司法化”的宪法教义学努力落空。然而,在“齐玉苓案”批复被废止之前,宪法学界就已经找到了宪法影响司法的其他路径。2008年,笔者发表了《两种宪法案件:从合宪性解释看宪法对司法的可能影响》,<sup>[41]</sup> 上官丕亮教授发表了《当下中国宪法司法化的路径与方法》。<sup>[42]</sup> 此后,“法律的合宪性解释”成为宪法学的一个学术热点。<sup>[43]</sup> 黄卉教授对相关研究进行了综述:“2008年‘宪法司法化运动’失败后,宪法

[35] 王叔文:《论宪法的最高法律效力》,《法学研究》1981年第1期,第6页。

[36] 参见胡锦光著:《中国宪法问题研究》,新华出版社1998年版,第111页以下。

[37] 林来梵:《规范宪法的条件和宪法规范的变动》,《法学研究》1999年第2期,第34页。

[38] 参见林来梵著:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,法律出版社2017年版,绪论第4页。

[39] 参见林来梵:《规范宪法的条件和宪法规范的变动》,《法学研究》1999年第2期,第34页。

[40] 参见姜秉曦、张翔:《基本权利理论研究30年》,载中国宪法学研究会编:《中国宪法学三十年(1985-2015)》,法律出版社2015年版。

[41] 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。

[42] 上官丕亮:《当下中国宪法司法化的路径与方法》,《现代法学》2008年第2期。

[43] 相关研究包括但不限于蔡琳:《合宪性解释及其解释规则——兼与张翔博士商榷》,《浙江社会科学》2009年第10期;张翔:《合宪性解释的两个面向——答蔡琳博士》,《浙江社会科学》2009年第10期;谢维雁:《论合宪性解释不是宪法的司法适用方式》,《中国法学》2009年第6期;柳建龙:《合宪性解释原则的本相与争论》,《清华法学》2011年第1期;王书成:《论合宪性解释方法》,《法学研究》2012年第5期;黄卉:《合宪性解释及其理论检讨》,《中国法学》2014年第1期;黄明涛:《两种“宪法解释”的概念分野与合宪性解释的可能性》,《中国法学》2014年第6期;王锴:《合宪性解释之反思》,《法学家》2015年第1期;杜强强:《合宪性解释在我国法院的实践》,《法学研究》2016年第6期;夏正林:《“合宪性解释”理论辨析及其可能前景》,《中国法学》2017年第1期。

学界希望宪法走入司法实践的努力并没有停止,最为显著的工作成果便是复兴了可被视作‘司法化运动’之续篇的合宪性解释理论。根据该理论,我国各级人民法院在对个案裁判所适用的法律进行解释时,当将宪法原则和精神纳入考量范围,在多数可能的解释中,应始终优先选用最能符合宪法原则者。”<sup>[44]</sup>关于法律的合宪性解释的学理研究和具体操作,很大程度上丰富了宪法学术,也推动了宪法学走向精细化和技术化。尽管在笔者看来,合宪性解释是法律解释而非宪法解释(当然有不同见解),但毫无疑问,对法律的合宪性解释会间接促进宪法解释的展开,而对合宪性解释的研究也必然会推动宪法教义学的研究。

### (五) 宪法与部门法

法律的合宪性解释还必然指向另外一个研究方向:部门法中的宪法问题。宪法需要各个部门法领域的立法来具体化,宪法的实施除了宪法监督的层面,还有通过立法实施的层面,这是中国宪法学界的共识。<sup>[45]</sup>但是,宪法作为部门法律制定依据的观念,却并未能在一些法律的制定中充分体现。<sup>[46]</sup>宪法与部门法关系问题受到学界普遍关注的契机是“《物权法(草案)》违宪”争议。<sup>[47]</sup>这场纷扰最终以《物权法》第 1 条写入“根据宪法,制定本法”和草案中若干内容的删改而得到解决,但在此之后,部门法议题的宪法化成为了普遍现象。除了继续关注法律起草、修改中的宪法问题之外,<sup>[48]</sup>宪法学者同时也更加关注部门法司法适用中的宪法问题。比如,白斌针对争议巨大的“许霆案”认为这是刑法面临的困境,而解决的方案在宪法。要让刑法规范的解释受到合宪性的控制,贯彻宪法上基本权利的核心价值。<sup>[49]</sup>在实定法所型构的整体法秩序下,应将刑法的规定置于规范宪法的价值体系下加以考察,以实现具体刑法规范的合宪性控制。<sup>[50]</sup>白斌的研究,比较早地触及到了宪法教义学与部门法教义学的关系问题。

随着研究的深入,学者们开始意识到,宪法与部门法的关系不是单向的宪法对部门法的控制关系,而是有着复杂的相互影响关系。比如,杜强强认为应注意到“宪法规范与刑法规范之诠释循环”而做到“宪法和部门法的相互动态调适”。他非常有洞见地指出:“一国法律秩序本是一个动态的规范体系,对法律的解释需要考虑到宪法的规定,而对宪法的解释岂能无视普通法律的规定?法律解释者负有义务将宪法与下位阶法律规范互为动态

[44] 黄卉:《合宪性解释及其理论检讨》,《中国法学》2014 年第 1 期,第 285-286 页。

[45] 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》,《清华法学》2013 年第 2 期;翟国强:《中国宪法实施的双轨制》,《法学研究》2014 年第 3 期。

[46] 参见郑贤君:《作为宪法实施法的民法——兼议龙卫球教授所谓的“民法典制定的宪法陷阱”》,《法学评论》2016 年第 1 期。

[47] 相关争论可参见巩献田:《一部违背宪法和背离社会主义基本原则的〈物权法(草案)〉》, <https://news.qq.com/a/20061221/002288.htm>, 最近访问时间[2018-11-17];童之伟:《〈物权法(草案)〉该如何通过宪法之门——评一封公开信引起的违宪与合宪之争》,《法学》2006 年第 3 期;韩大元:《由〈物权法(草案)〉的争论想到的若干宪法问题》,《法学》2006 年第 3 期。

[48] 参见林来梵:《民法典编纂的宪法学透析》,《法学研究》2016 年第 4 期;王锴:《论宪法上的一般人格权及其对民法的影响》,《中国法学》2017 年第 3 期。

[49] 参见白斌:《刑法的困境与宪法的解答——规范宪法学视野中的许霆案》,《法学研究》2009 年第 4 期。

[50] 参见白斌:《宪法价值视域中的涉户犯罪——基于法教义学的体系化重构》,《法学研究》2013 年第 6 期,第 145-146 页。



调整而维持法律体系的和谐。”<sup>[51]</sup>笔者也曾将宪法与部门法的关系概括为三个层次：“法律对宪法的具体化”“法律的合宪性解释”和“法律的合宪性审查”，<sup>[52]</sup>并强调宪法与部门法的“交互影响”，主张要克服“宪法学者的傲慢”和“部门法学者的漠视”的错误，走向宪法与部门法的相互融通。此种“交互影响”的学理产生了一定影响，部门法研究中出现了“宪法自觉”，相关成果俯拾皆是。<sup>[53]</sup>宪法教义学与部门法教义学走向相互融通，共同构筑“整体法教义学”的学术方向已基本确立。<sup>[54]</sup>

以上梳理是相当粗疏而必然遗落甚多的，但也足以说明，过去四十年的宪法学，在“硬件”层面（合宪性审查的制度研究）和“软件”层面（法秩序的合宪性控制原理）的学术预备难谓羸陋。面对一个可能到来的“合宪性审查时代”，宪法学界似不必有过度的能力焦虑。这些研究看起来主题各异、主张纷歧，但其实都指向如何在一个剧烈变动的时代维护规范性、安定性和正义性的平衡。宪法控制之下的法律体系的整体融贯，在未来也依然是宪法学研究的主题。

#### 四 制度设问：合宪性审查需要怎样的宪法学

本文第一部分已经概要说明了中共十九大以来有关合宪性审查的政治决断与制度安排。下面，笔者尝试进一步描述我国合宪性审查制度的现状，并探讨其为未来的宪法学研究设定了怎样的议题。

##### （一）合宪性审查的“前端”与“后端”

鉴于宪法将监督宪法实施的职权明确授予了全国人大及其常委会，对合宪性审查制度的关注还是应该主要聚焦于全国人大及其常委会。如前所述，2018年修宪将全国人大的专门委员会之一“法律委员会”更名为“宪法和法律委员会”，改变了全国人大及其常委会有监督宪法实施的职权而无专门机构负责的局面。尽管这一变动并未达到学界设立专门的“宪法委员会”的期待，但正如胡锦涛教授所言：“宪法和法律委员会名义上虽说是由法律委员会更名而来，但实际上可以理解为是全国人大新设立的一个专门委员会。”<sup>[55]</sup>在法律委员会原来的“统一审议法律草案”等职责之外，宪法和法律委员会又增加了“推动宪法实施、开展宪法解释、推进合宪性审查、加强宪法监督、配合宪法宣传”的职责，这说明，由其具体承担合宪性审查的职责是确定的。宪法学的研究应当基于这一制度现状展开，短时期内再提新的基本制度架构层面的建议没有意义。在合宪性审查的工作机构层

[51] 杜强强：《论宪法规范与刑法规范之诠释循环——以入户抢劫与住宅自由概念为例》，《法学家》2015年第2期，第26-27页。

[52] 参见张翔：《“近亲属证人免于强制出庭”之合宪性限缩》，《华东政法大学学报》2016年第1期，第68页。

[53] 例如王利明：《民法上的利益位阶及其考量》，《法学家》2014年第1期；时延安：《刑法规范的合宪性解释》，《国家检察官学院学报》2015年第1期；朱虎：《国家所有与国家所有权——以乌木所有权归属为中心》，《华东政法大学学报》2016年第1期；陈璇：《正当防卫与比例原则——刑法条文合宪性解释的尝试》，《环球法律评论》2016年第6期；张明楷：《宪法与刑法的循环解释》，《法学评论》2019年第1期。

[54] 参见张翔：《刑法体系的合宪性调控——以“李斯特鸿沟”为视角》，《法学研究》2016年第4期。

[55] 胡锦涛：《论设立“宪法和法律委员会”的意义》，《政法论丛》2018年第3期，第3页。

面,还应该关注法制工作委员会内设机构的变动,2018 年年中,法工委在原来的“国家法室”(主要承担与宪法关系较为密切的工作)之外,又增设了“宪法室”。据了解,宪法室主要承担的就是宪法和法律委员会新增的“推动宪法实施、开展宪法解释、推进合宪性审查、加强宪法监督、配合宪法宣传”职能的具体工作。此外,“备案审查室”还将继续参与备案审查层面的合宪性审查工作。

就现有的体制、组织和程序而言,全国人大及其常委会的合宪性审查可以分为“前端”与“后端”两个层次。<sup>[56]</sup> 所谓合宪性审查的“前端”,是指全国人大及其常委会在固有的立法权行使中,在对法律草案的审议中进行合宪性审查;所谓合宪性审查的“后端”,是指全国人大常委会的备案审查工作中的合宪性审查。前者是对法律草案在通过前的合宪性控制,而后者是对其他规范性文件的备案审查。

“前端”的合宪性审查,与原来就由法律委员会承担的统一审议法律草案的职能密切相关。我国法律草案审议中的合宪性审查,在历史上也有迹可循。<sup>[57]</sup> 邢斌文对于我国法律草案审议中的合宪性控制也有较为系统的梳理,并认为这些实践经验对我国宪法监督制度的完善有积极意义。<sup>[58]</sup> 但既有的法律草案审议中的所谓合宪性审查,是不普遍、不充分和不够显明的。而在宪法和法律委员会设立之后,这一局面应该会有所改变。在笔者看来,这种改变至少应该包括三点:(1)普遍,也就是所有法律草案都应该接受合宪性审查;(2)充分,应该对法律草案中所有可能涉及合宪性的问题进行专门而充分地审查,不是一般性地说明草案合宪,而是就具体争议点也要有充分说明;(3)显明,也就是在法律草案的审议报告中应该明确就该草案中的合宪性问题做出说明,使得合宪性审查的结论成为审议报告的当然组成部分。在 2018 年 3 月 15 日宪法和法律委员会正式设立后的次日,宪法和法律委员会对《监察法》草案进行了审议,这是其成立后首次对法律案进行统一审议。<sup>[59]</sup> 此次审议报告对《监察法》的合宪性有所涉及,主要是针对《监察法》的宪法依据的说明:“党中央决定启动宪法修改工作后,监察法立法与宪法修改相衔接、相统一。在本次全国人民代表大会会议上,先表决通过宪法修正案,从而为监察法立法提供有力宪法依据。”<sup>[60]</sup> 这相对比较宏观,但在对《人民法院组织法(修订草案)》和《人民检察院组织法(修订草案)》的审议中,宪法和法律委员会专门就合宪性问题做出了说明。在宪法和法律委员会关于《人民法院组织法(修订草案)》审议结果的报告中,专门说明:“还有一个问题需要汇报”,内容是关于全国人大常委会修改全国人大制定的基本法律的权限问题,结论是:“人民法院组织法修订草案由全国人大常委会审议通过是可行的,符合宪

[56] “前端”与“后端”的提法来自法规备案审查室主任梁鹰,参见梁鹰:《中国的立法审查制度》,清华大学讲座,2018 年 10 月 1 日。

[57] 参见梁鹰:《合宪性审查工作的推进与完善》,中国法治论坛会议论文,2018 年 5 月 8 日,深圳。

[58] 参见邢斌文:《论法律草案审议过程中的合宪性控制》,《清华法学》2017 年第 1 期。

[59] 《全国人大宪法和法律委员会召开全体会议对监察法草案进行统一审议》,http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2018-03/15/content\_2048962.htm,最近访问时间[2018-11-17]。

[60] 《第十三届全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国监察法(草案)〉审议结果的报告》(2018 年 3 月 15 日第十三届全国人民代表大会第一次会议主席团第五次会议通过),http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2018-03/21/content\_2052364.htm,最近访问时间[2018-11-17]。

法的有关规定。”<sup>[61]</sup>这一结论是否充分有力回应了相关合宪性质疑姑且不论，<sup>[62]</sup>但这一做法显然是在积极履行合宪性审查的职责。同样的体现合宪性审查工作的表述也出现在了关于《人民检察院组织法(修订草案)》的审议报告中。<sup>[63]</sup>如果作乐观的预测，笔者相信，类似的普遍而显明的合宪性审查应该会成为法律草案统一审议的必备内容，这对宪法学的研究也有议题设定的意义。

“后端”的合宪性审查，就是针对报送全国人大常委会进行备案审查的规范性文件的合宪性审查。笔者参与了2018年8月全国人大常委会《规范性文件备案审查工作规定(草案)》的研讨。从该草案看，全国人大常委会对规范性文件的审查有依职权审查、依申请审查和专项审查三种方式，审查标准则包括合宪性、合法性和适当性三个层次，该草案还对备案的报送、接收、审查、处理、反馈、公开的程序等作出了规定。<sup>[64]</sup>这个工作规定的制定工作正在积极推进当中，未来会对合宪性审查的具体运行起到重要的程序建构作用。如果以《法制工作委员会关于十二届全国人大以来暨2017年备案审查工作情况的报告》为分析样本，会发现其中直接关涉合宪性审查的内容并不多，所公布的案例实际上更多关涉合法性审查。但这一状况在新的工作规定出台后或许会有所改观。这是因为，新的工作规定可能会对“合宪性问题”和“合法性问题”的审查进行分流，并通过“过滤”机制或者“筛选”机制将真正的合宪性争议凸显出来。<sup>[65]</sup>此外，即使是“合法性审查”或者“适当性审查”中，也会存在需要进行前述的“法律的合宪性解释”的情形。在备案审查中，宪法学仍然要发挥重要的学术支撑作用。

实际上，除了前述的两个方面，《宪法》《立法法》《监督法》等规定的全国人大及其常委会的其他监督方式(听取和审议工作报告、听取和审议专项工作报告、执法检查、询问、质询、特定问题调查等)以及《立法法》第64条规定的对“法律询问”的“答复”，乃至全国人大及其常委会的所有的职权行使，都存在宪法关联性。在推进合宪性审查的大背景下，这些领域未来都有可能形成需要宪法学研究和回应的宪法性议题。

## (二) 司法裁判中的宪法援引

除了聚焦全国人大及其常委会的合宪性审查这一核心领域之外，尽管“宪法司法化”的努力已经暂无制度建构层面的意义，但司法裁判中的宪法援引仍然是宪法学需要继续关注 and 深入研究的领域。冯健鹏通过对135件裁判文书的实证分析指出，“我国司法实践

[61] 《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国人民法院组织法(修订草案)〉审议结果的报告》，[http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2018-10/26/content\\_2064484.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2018-10/26/content_2064484.htm)，最近访问时间[2018-11-17]。

[62] 这段说明也没有回应关于人民法院组织法修订的其他的一些合宪性质疑，参见张翔：“应有的独立性”、报告工作与制度变革的宪法空间——关于〈人民法院组织法(修订草案)〉第11条的修改意见》，《中国法律评论》2017年第6期。

[63] 《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国人民检察院组织法(修订草案)〉审议结果的报告》，[http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2018-10/26/content\\_2064479.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2018-10/26/content_2064479.htm)，最近访问时间[2018-11-17]。

[64] 朱宁宁：《全力构建中国特色社会主义备案审查理论体系》，《法制日报》2018年10月18日第10版。

[65] 关于“过滤”机制，参见胡锦涛：《论合宪性审查的“过滤”机制》，《中国法律评论》2018年第1期；关于“筛选”机制，参见张翔：《宪法案件的“筛选”机制——我国启动宪法解释的技术障碍的排除》，载许崇德、韩大元主编：《中国宪法年刊》(2012)，法律出版社2013年版。

中存在着援引宪法规范作为判决依据的现象。从裁判文书网收录的判决文书来看,援引宪法规范的判决涵盖了民事、行政和刑事等类型,……有个别判决体现出合宪性解释的意味;部分判决展现出多样化的基本权利第三人效力样态,但在应用上存在盲目性”<sup>[66]</sup>尽管部分援引意义有限,但却非常清楚地表明:“我国司法实践中已然存在与宪法实施密切相关的重要内容。”<sup>[67]</sup>同样是基于实证研究,杜强强指出:“通过将个案正义的判断问题,转换为法律在适用过程中是否与宪法相冲突的问题,合宪性解释既能为司法造法提供宪法上的正当依据,也能对其予以宪法上的控制,有助于裁判的规范化。”<sup>[68]</sup>尽管最高人民法院多次表态认为法院裁判不宜援引宪法,但法院援引宪法的实践却从未中断。<sup>[69]</sup>在 2016 年《人民法院民事裁判文书制作规范》中却有这样的表述:“裁判文书不得引用宪法和各级人民法院关于审判工作的指导性文件、会议纪要、各审判业务庭的答复意见以及人民法院与有关部门联合下发的文件作为裁判依据,但其体现的原则和精神可以在说理部分予以阐述。”<sup>[70]</sup>在判决的说理部分体现宪法的原则和精神,实际上已经与学界 2008 年以来关于“合宪性解释”的研究形成了呼应和互动。在全国人大及其常委会的合宪性审查推进的同时,司法裁判层面的宪法议题还会因为其与部门法更密切的关联以及更强的争议性而极具学理研究的价值。

我国当下正在建构的主要是一个“非司法”的合宪性审查体制。如果以美国司法审查、德国宪法法院体制为衡鉴标准,论者或感悲观。而如以英国、法国合宪性审查的历史演进为借镜,当知事有可为。若以更宏观的视角观察,非司法的审查在固有不足之外,似乎也有“更具政治眼光”“更强的政策协调性”的制度优点。<sup>[71]</sup>对于合宪性审查的未来前景或许只能审慎乐观,但积极承担宪法学的时代责任,行稳致远,久久为功,似乎也是宪法学者应当抱持的态度。

## 五 学术作答:“立法中的宪法教义学”及其他

在一个可能到来的“合宪性审查时代”,在外部的制度条件发生变动的背景下,宪法学应有怎样的自我省察,依循怎样的路径与方法?过去若干年间,经由激烈的方法论争论,自我定位为规范科学和实践科学的宪法教义学已植根颇深。<sup>[72]</sup>宪法教义学与合宪性审查之间有着内在联系,因而必然在“合宪性审查时代”获得巨大的发展空间。

[66] 冯健鹏:《我国司法判决中的宪法援引及其功能——基于已公开判决文书的实证研究》,《法学研究》2017 年第 3 期,第 44 页。

[67] 冯健鹏:《我国司法判决中的宪法援引及其功能——基于已公开判决文书的实证研究》,《法学研究》2017 年第 3 期,第 59 页。

[68] 杜强强:《合宪性解释在我国法院的实践》,《法学研究》2016 年第 6 期,第 107 页。

[69] 参见邢斌文:《法院如何援用宪法——以齐案批复废止后的司法实践为中心》,《中国法律评论》2015 年第 1 期。税兵:《宪法规范何以进入民事裁判:1995—2015》,《华东政法大学学报》2018 年第 1 期。

[70] 《人民法院民事裁判文书制作规范》(2016 年 2 月 22 日经最高人民法院审判委员会第 1679 次会议通过)。

[71] 廖元豪:《“非司法”的合宪性审查:给大陆推进合宪性审查一些参考意见》,第九届海峡两岸公法论坛,2018 年 10 月 11 日,台北。

[72] 相关争论的综述,参见李忠夏:《中国宪法学方法论反思》,《法学研究》2011 年第 2 期。

### （一）制度障碍的排除

笔者曾对法教义学做过这样的描述：“法教义学是围绕现行有效法律而进行的概念的、逻辑的和体系化的工作，其最终目标指向法律争议的解决，要为法律争议的处理预先给出方案。”<sup>[73]</sup>白斌在其专著中做了这样的定义：“宪法教义学乃是将现行宪法秩序作为其信仰的对象，并以此为前提进行宪法规范的解释、建构与体系化作业的一门法律学。”<sup>[74]</sup>作为一门“法律学”，宪法教义学是具有明确的规范属性的。但众所周知，法教义学要与司法良好互动，<sup>[75]</sup>甚至主要是为司法裁判服务的。因此，笔者曾设问：“既然在中国并没有依据宪法去裁判宪法争议的制度，为宪法的解释和适用服务的宪法教义学是否就是不必要的，或者说，即使有，也只是屠龙术？”笔者当时的回答是：“只要有依据宪法判断争议的需要，宪法教义学就是必不可少的。”<sup>[76]</sup>而在合宪性审查制度取得突破的情况下，通过解释宪法来进行合宪性判断成为中国未来法治建设中不可或缺的环节。相应地，以宪法规范的解释和体系化建构为主要任务的宪法教义学就获得了更大的功能空间。法治国家的建构，必然指向贯彻实施宪法，必然指向宪法学的教义化。<sup>[77]</sup>尽管在中国的合宪性审查体制下，进行宪法判断的仍然不是司法机关或者宪法法院，全国人大及其常委会所进行的合宪性审查也更多是抽象审查而非具体个案中的裁判，<sup>[78]</sup>但无论如何，依据宪法规范进行合宪性判断的实践机制已然建立，而相应的教义学支撑也必须跟进。在笔者看来，在既有的宪法教义学研究的进一步深化和精细化之外，宪法教义学的研究还需要拓展新的领域。

### （二）立法中的宪法教义学

首先，宪法教义学的研究应当较之以前更关注立法活动，这与西方违宪审查语境下的宪法教义学存在一定差异。在司法性质的违宪审查制度下，宪法学的研究主要围绕宪法裁判展开。例如，德国宪法法院的裁判构成了宪法学的主要理论来源，德国宪法学几乎成为了对法院判决进行再建构的“解释科学”。<sup>[79]</sup>但我国由全国人大及其常委会进行的合宪性审查则具有极强的立法关联性。我国合宪性审查的工作要么是在法律草案的起草阶段，要么是在规范性文件通过后的备案阶段，以抽象的规范控制为主（当然往往有具体实践争议的背景），而以具体争议处理为辅（当然未来有待加强）。这就决定了服务于法治实践的宪法教义学必须更加关注立法活动。<sup>[80]</sup>

[73] 张翔著：《宪法释义学：原理·技术·实践》，法律出版社2013年版，第2页。

[74] 白斌著：《宪法教义学》，北京大学出版社2014年版，第34页。

[75] 参见卜元石：《法教义学：建立司法、学术与法学教育良性互动的途径》，载田士永、王洪亮、张双根主编：《中德私法研究》（总第6卷），北京大学出版社2010年版，第3页。

[76] 张翔：《宪法教义学初阶》，《中外法学》2013年第5期，第933页。

[77] 参见李忠夏著：《宪法变迁与宪法教义学：迈向功能分化社会的宪法观》，法律出版社2018年版，第258页以下；雷磊：《法教义学与法治：法教义学的治理意义》，《法学研究》2018年第5期。

[78] 关于合宪性审查主体的性质如何影响了审查模式的选择，可参见张翔：《功能适当原则与宪法解释模式的选择——从美国“禁止咨询意见”原则开始》，《学习与探索》2007年第1期。

[79] Thomas Oppermann, Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre, FS. 50J. BverfG, Bl., S. 460.

[80] 在此意义上，本土化的法教义学还应该具有更开阔的视野。参见泮伟江：《中国本土化法教义学理论发展的反思与展望》，《法商研究》2018年第6期。

此外,还应该看到,尽管法教义学被认为主要是取向司法的,但实际上,法教义学对立法也是天然有贡献的。拉伦茨曾总结法教义学对于立法准备的三方面任务:“其一,将待决之务当作法律问题清楚地显现出来,并且指出因此将产生的牵连情事;其二,它必须与其他学科,特别是经验性的法社会学合作,研拟出一些能配合现行法的解决建议,供作立法者选择的方案;最后它必须在起草技术上提供协助。”<sup>[81]</sup>立法本质上是个政治过程,需要协调各种利益,并取向良善治理的达成。民主性和正确性是立法的价值基础。这决定了,在立法中政治学、经济学、社会学乃至自然科学的知识往往发挥着主要的功能,法学在其中反而居于相对辅助性的地位。但此种辅助功能依然非常重要。法教义学对于立法的重要功能在于将新的立法整合入既有的法律体系:立法是对既有法律体系的完善、突破乃至部分颠覆,但却必须考量先在的法教义学结构,也就是不能因为立法而导致固有法秩序的崩解。

宪法教义学对于立法的功能还不限于此。这是因为,宪法是一切立法的依据,立法是对宪法的具体化。“立法一直担负着实施宪法的任务,负有具体化宪法规范内涵,并将之体现在生活关系中的义务”,<sup>[82]</sup>要“使每一项立法都符合宪法精神”(《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》)。对宪法的理解和解释,对于立法的具体内容的形成具有积极的意义。在此意义上,所有参与立法的人,未必以法学知识的具备为必要资格,但却必须对宪法有较高程度的理解。立法者必须了解,宪法对其有何种立法的委托,要求其达成何种宪法设定的国家目标;而从消极的层面讲,宪法构成立法的“框架秩序”,在赋予立法者以政治形成自由的同时,如果立法逾越宪法给定的框架,宪法也要发挥消极控制的功能。<sup>[83]</sup>概言之,宪法对立法有两个层面的基本功能:“内容形成”和“越界控制”,而这两个层面功能的实现都有待解释性和建构性的宪法教义学的展开。以往的宪法教义学更多关注的是消极的“越界控制”的功能,把立法作为一个潜在的“犯错者”;而走向立法的宪法教义学,则更应该关注积极的“内容形成”功能,也就是通过对宪法规范的充分阐释建构,为立法者具体化宪法提供可资借鉴的专业意见和知识后援。

基于以上分析,未来的宪法教义学必须高度关注立法,关注每一部法律草案中的宪法问题,一方面要为立法提供真正有效的宪法法理,让立法者的“依据宪法,制定本法”从“有宪法可依”走向“有宪法学理可依”;另一方面,还要从消极控制的层面,以高度专业的宪法知识和规范论证,对法律草案的合宪性做出评价。这种研究,应该指向全国人大及其常委会立法的全过程,特别是要为宪法和法律委员会的“统一审议”提供学理预备。在这方面,宪法学研究已有经验积累,<sup>[84]</sup>例如物权法草案的争议和监察法的起草,近期的民法

[81] [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第114页。

[82] 郑贤君:《宪法虚伪主义与部门法批判》,《中国法律评论》2016年第1期,第111页。

[83] Christian Starck, Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und Politischen Prozeß, in: Badura/Dreier (hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd II, 2001, S. 7 f.

[84] 例如,在《网络安全法》起草过程中,笔者曾针对二审稿实质上授权网络运营者检查用户通信的规定提出合宪性质疑(参见张翔:《检查公民通信是谁的权力?——小议网络安全法二审稿第46条》,《法治周末》2016年8月31日),并与北京大学沈岷教授等向全国人大常委会提出专家意见,最终这一意见被部分采纳。该法最终通过时,第48条(原二审稿第46条)中的“发现”改为了“知道”,降低了该条文抵触宪法第40条的疑虑。

典编纂中,宪法学人也多有关注。<sup>[85]</sup> 未来,立法中的宪法教义学研究应该是宪法学者对于合宪性审查制度的重要学术担当。还需要说明的是,立法本质上是政治过程,宪法教义学的参与必然意味着对政治、经济、社会等各种因素的巨大开放性。在方法上,这要求宪法教义学必须保持知识上的开放性,向着诸多的社会科学乃至自然科学汲取营养。在此意义上,宪法教义学研究必须与“法律与社会科学”研究建立良好的互动关系,<sup>[86]</sup> 将符合经验科学学术标准的可靠论断纳入宪法秩序。但无论如何,必须完成卢曼所言的“符码转化”,<sup>[87]</sup> 以规范的法律学话语展现出来。

### (三)从基本权利教义学到国家机构教义学

过去若干年的宪法教义学研究,除了纯粹方法论研究外,其主要的论题载体是基本权利。经过十余年积累,中国的基本权利教义学已完成初步的概念提炼和体系搭建,精细化程度和实践回应能力不断加强。但中国宪法学的国家机构研究却进展有限。主动运用文义、体系、历史、目的解释方法对宪法中的国家机构规范进行解释和体系化研究的成果不多。国家机构领域较具水准的研究,往往借助政治学、社会学、组织学、行政学、经济学乃至历史学、财政学的范式,缺乏法学的内在视角和自我观察的自觉性。在实践上,对人大监督、央地关系、司法体制改革中的争议问题的教义学预备明显不足。<sup>[88]</sup> 这种状况显然也不能适应合宪性审查工作的推进。合宪性审查经常需要对公权力机关的组织、权限、职责做出判断。各种规范性文件的制定是否符合制定主体的权限范围,是备案审查的重要内容,近期热议的《全国人大常委会关于严禁卖淫嫖娼的决定》的合宪性以及经济特区法规变更权的界限等,也部分是权限问题。从违宪审查制度的历史来看,各国违宪审查的最初案例,往往是国家机构领域的,是对国家机关权限关系的判断,而后才会逐步扩展到基本权利领域。某种意义上,当下对于国家机构的法教义学研究,较之基本权利教义学,甚至更具现实需要的紧迫性。从基本权利教义学拓展到国家机构教义学,应该是未来宪法学的重要致力方向。

### (四)“宪法程序法”研究

合宪性审查制度的新建构还指向了另外一个非常重要的领域:“宪法程序法”。由于长期缺乏良好运行的违宪审查制度,我国关于宪法程序的研究处于未真正启动的状态。尽管莫纪宏教授、童之伟教授都曾撰文呼吁加强宪法程序的研究,<sup>[89]</sup> 但相关研究仍显寥落。并且,相关研究的问题域设定,涉及选举、修宪、立法、监督等诸多“程序”,而并未主

[85] 参见林来梵:《民法典编纂的宪法学透析》,《法学研究》2016年第4期;王锴:《论宪法上的一般人格权及其对民法的影响》,《中国法学》2017年第3期;苗连营、郑磊:《民法典编纂中的宪法三题》,《法制与社会发展》2015年第6期;林来梵、龙卫球、王涌、张翔:《对话一:民法典编纂的宪法问题》,《交大法学》2016年第4期。

[86] 相比司法中的社会科学支持(参见侯猛:《司法中的社会科学判断》,《中国法学》2015年第6期),笔者认为在立法中法学与社会科学有更广阔的合作空间。

[87] 参见[德]尼可拉斯·鲁曼著:《社会中的法》,李君韬译,五南图书出版股份有限公司2009年版,第422-423、477-478页。

[88] 参见张翔:《中国国家机构教义学的展开》,《中国法律评论》2018年第1期。

[89] 参见莫纪宏:《宪法程序的类型以及功能》,《政法论坛》2003年第2期;童之伟:《完善宪法程序若干问题初探》,《政法论坛》2003年第2期。

要聚焦于违宪审查程序,与一般与“实体法”对称的“程序法”不完全符合。较为集中针对合宪性审查程序和宪法解释程序的研究,包括林来梵教授和郑磊的相关著述等。<sup>[90]</sup>此外,韩大元教授专门组织研究力量进行了《宪法解释程序法》建议稿的起草,相关研究也形成了专著。<sup>[91]</sup>在新的机构设立、新的机制建设的背景下,相关的程序法研究必须更具制度现实性。合宪性审查的启动条件、审查方式、审查结论的做出、审查结论的效力以及合宪性审查程序与立法程序的衔接、与诉讼程序的衔接,合宪性审查与合法性审查的分流等等问题,都是极为困难的课题。近期关于宪法程序法的研究颇有进展,<sup>[92]</sup>但仍待精进。

对于中国合宪性审查机制下的程序法研究,也有部分中文的外国法译介资料可供借鉴。<sup>[93]</sup>但总体来说还相当不足。而且,中国的合宪性审查程序有着与西方违宪审查迥异的制度条件,较之宪法的实体法原理,宪法程序法上的借鉴更为困难。此项研究的另外一个困难或许在于,中国宪法学长期缺乏程序法研究的自觉意识,而对程序法的一般原理较为隔膜。在笔者看来,通过与程序法学者的合作,或许是推进此项研究的一个可能路径。例如,《立法法》第 99 条第 2 款规定:“前款规定以外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议,由常务委员会工作机构进行研究,必要时,送有关的专门委员会进行审查、提出意见。”这里的“必要时”意味着必须建构相关建议被全国人大常委会采纳的审查标准。笔者曾构想“利益相关性”“基本权利相关性”“基本权利主体资格”“损害的存在”“穷尽救济”等标准,<sup>[94]</sup>但相关的学理建构,似乎必须引入“起诉要件”等程序法原理才得深入。

除了前述各点之外,“合宪性审查时代”的宪法学,还应该继续关注宪法与部门法的关系,继续关注司法裁判中的宪法问题,延续和深化既有“法律的合宪性解释”等研究。

## 六 结 语

改革开放的新时代,要实现国家治理体系和治理能力的现代化的总目标,法教义学于其中有独特的地位。<sup>[95]</sup>“依法治国,首先是依宪治国;依法执政,关键是依宪执政”,在不

[90] 参见林来梵主编:《宪法审查的原理与技术》,法律出版社 2009 年版;郑磊著:《宪法审查的启动要件》,法律出版社 2009 年版。

[91] 参见韩大元、张翔等:《宪法解释程序研究》,中国人民大学出版社 2016 年版。

[92] 参见田伟:《宪法和法律委员会规范合宪性审查的程序类型》,《华东政法大学学报》2018 年第 4 期;胡锦涛:《论合宪性审查的“过滤”机制》,《中国法律评论》2018 年第 1 期;胡锦涛:《论启动合宪性审查程序主体资格的理念》,《国家行政学院学报》2017 年第 6 期。

[93] 例如[德]施莱希、科里奥特著:《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社 2007 年版;[美]H. W. 佩里著:《择案而审——美国最高法院案件受理议程表的形成》,傅郁林、韩玉婷、高娜译,中国政法大学出版社 2010 年版。陈杭平著:《统一的正义:美国联邦上诉审及其启示》,中国法制出版社 2015 年版。

[94] 参见张翔:《宪法案件的“筛选”机制——我国启动宪法解释的技术障碍的排除》,载许崇德、韩大元主编:《中国宪法年刊》(2012),法律出版社 2013 年版。

[95] 参见雷磊:《法教义学与法治:法教义学的治理意义》,《法学研究》2018 年第 5 期。



不折不扣地贯彻“以宪法为核心的依宪治国、依宪执政”<sup>[96]</sup>的国家治理和法治建设中,宪法教义学也将展现其重要的治理意义和法治价值。“合宪性审查制度建设迎来了新的发展阶段和发展契机,宪法学更应当积极作为。”<sup>[97]</sup>合宪性审查的良好运行有赖立法中的宪法教义学作业,也有赖宪法程序法研究的推进。同时,司法裁判中的宪法援引乃至国家治理中一切需要依据宪法、援引宪法、解释宪法的公权力行为,都需要宪法教义学的智识支撑。作为规范科学的宪法教义学,在明确和恪守自身功能空间的同时,还必须保持知识上的开放性,在与其他社会科学的沟通互动中,共同推进法治建设与国家治理的现代化。

[本文为作者主持的2018年度中国人民大学科学研究基金项目“部门法的合宪性控制”(18XNL013)的研究成果。]

---

---

[**Abstract**] China's constitutional law study is facing a possible upcoming “era of constitutional review”. The institutional evolution from “constitutional supervision” to “constitutional review” since the reform and opening-up policy and academic preparations for the construction of a constitutional legal order constitute the external and internal conditions of self-examination of constitutional law study in the new era. The front-end—the guarantee of the constitutionality of draft law—and the rear-end—the review of the constitutionality of particular law in the recording procedure of the constitutional review system—under construction provide new issues for constitutional law study. The new constitutional review system has removed some of the institutional obstacles for constitutional law dogmatics. Distinguished from constitutional law dogmatics under judicial-centralistic constitutional review system, constitutional law study under the distinctive constitutional review system in China should emphasize the dogmatics in law-making, so as to provide intellectual support from the active and passive aspects for norm-shaping and limit-control in law-making. Meanwhile, in addition to fundamental rights, constitutional law dogmatics should pay attention to state institutions, strengthen the constitutional procedure law study, and interact with studies of other branches of law and other social sciences so as to promote the legal construction and modernization of state governance.

---

---

(责任编辑:田 夫)

---

[96] 《习近平在省部级主要领导干部学习贯彻十八届四中全会精神全面推进依法治国专题研讨班开班式上发表重要讲话》, [http://news.cnr.cn/native/gd/20150202/t20150202\\_517616157.shtml](http://news.cnr.cn/native/gd/20150202/t20150202_517616157.shtml), 最近访问时间[2018-11-17]。

[97] 张文显:《在宪法学研究会2018年会上的讲话》,2018年9月15日,南京。