

# 宪法在部门法立法中的实施及完善

刘志刚 万千慧

**[摘要]** 立法实施是宪法实施的重要路径，宪法在公法、私法场域不同部门法中的实施路径不甚相同。宪法在部门法中的实施既要确保宪法对部门法的价值统合，又要维护和尊重部门法自身的体系完整，还要维护和实现部门法之间，尤其是跨法域部门之间的较为妥当的衔接。目前，宪法在部门法中的实施总体向好，但也存在一些问题，如宪法与民法的衔接通畅问题、公法与社会法场域诸部门法单方面推进对宪法统领效果的稀释问题、宪法对部分性质定位不清的法律的统合问题等。这些问题是由法域分化时期划分标准的变迁冲突、作为顶点的宪法制度结构性不均衡以及部门法彼此之间的衔接不顺畅造成的。完善宪法在部门法中的实施路径，需以部门立法为着眼基点，明确法律部门划分的逻辑，确保宪法和部门法及部门法体系之间的衔接沟通。

**[关键词]** 宪法实施；立法实施；公法；私法；部门法

立法实施是宪法实施的重要路径，由于不同部门法的性质、调整对象、调整方式及价值取向等不甚相同，因而它们贯彻实施宪法的方式也不甚相同。宪法在立法中的实施，既要尊重和维护宪法的权威，实现宪法对部门法的价值统合，又要尊重部门法自身的价值诉求以及规范层面的逻辑自治、体系完整，以求在二者较为妥当的衔接的前提下健全与完善我国的宪法实施制度。目前，国内学界在公法、私法的划分以及与其存在逻辑关联性的部门法存在的必要性等问题上存在一些理解上的分歧，对宪法在不同法域部门法立法中的实施路径以及与其存在逻辑关联性的部门法之间的衔接问题的研究有待进一步拓展。本文拟以宪法在部门立法中的实施路径及其完善为题展开研究。

## 一、宪法之立法实施路径的框架性分析

### （一）宪法立法实施路径概述

以传统的实施主体性质为标准，宪法的具体实施可划分为立法实施、行政实施与司法实施三种路径。依据我国宪法治理的理论逻辑与实证条件，立法实施相较于其他两种路径而言占据更大的比重，承载着宪法落实的主要职能，对于我国的宪法实施而言具有特殊重要性。在有关宪法实施的诸多研究中，不乏一些关于我国宪法实施路径不畅通的诘问。本文认为，宪法内容的实现固然有赖于宪法自身的运作，但宪法的纲领性、抽象概括性决定了立法在实现宪法内容方面的重要作用，与宪法的行政实施、司法实施相比，宪法的立法实施具有更为重要的意义。对于中国来说，尤其如此。

---

作者：刘志刚，复旦大学法学院教授，liuzg@fudan.edu.cn；万千慧，东南大学法学院讲师，494285161@qq.com。

\* 本文系2018年国家社会科学基金重大项目“宪法与社会主义核心价值观的融合发展及实现机制研究”（18VHJ005）阶段性研究成果、2020年中国人权研究会重点项目“民法典的人权保障使命及其实现路径”（CSHRS2020-04ZD）关联性研究成果。

第一,从我国的法治形式来看,立法实施是勾连我国宪法治理政治基础与规范基础的桥梁。从政治基础角度说,我国宪法治理的政治前提以党的“方针政策领导”<sup>①</sup>为主要表现形式,立法将党的方针政策转化为法律,从而进入国家法系统实现逐层细化和向下传递,是政治决策技术化的最佳管道。从规范基础角度说,宪法自身的未完全理论化<sup>②</sup>特征,使宪法在具体法律关系中的激活必须以立法机关为主导。具有高度稳定性的宪法之所以能够在变动的社会场景下维持自身存在的正当性,主要是因为其包含制宪主体、严谨程序等形式要素与群众认可、伦理正义等实质要素。其中实质的正当性基础并非全然来自某种自然法意义上的假设,而是“建立在社会与文化基础上的伦理和政治原则”<sup>③</sup>,但因循社会现实变动的正当性与宪法的高度稳定性之间无疑存在逻辑上的冲突。因此,形成稳固的宪法文本、宪法共识之后,想要使其不至于在社会情势变动和国家改革的背景下出现虚置化现象,就需要对存有异议的部分展开广泛的民主协商。协商在维持该共同体存续诸项基本原则的同时,通过立法对协议的“未完全理论化”部分进行具体条件、应用方式、解释路径上的展开,使宪法能够具备在一定历史时期内相对公正且形式稳固的具体实施模式。该类协商在我国的表现形式就是代表机关的立法。

第二,从我国的国家治理模式来看,司法实施和行政实施相对而言距离宪法核心更加遥远,欠缺立法实施特有的直接性与有效性,往往需要以立法作为沟通行政、司法机关同宪法之间联系的桥梁。就宪法的司法实施而言,从全球宪法实施样态的角度,其固然可以产生同宪法直接关联的一面,如司法机关依据宪法处理涉宪争讼,但我国司法机关并无直接援引宪法裁断纠纷的权限,最终对司法机关活动产生决定性影响的是宪法立法实施的产物——法的规范体系;就宪法的行政实施而言,从功能主义的角度考察,行政机关的具体行政行为是依托既有规范展开的,行政执法过程中对宪法的尊重实际上是通过行政公权组织对法律规范的遵循体现出来的,其性质属于间接的宪法实施。与具体行政行为相比,抽象行政行为中行政规范性文件大多是根据法律、法规甚至规章制定的,其性质也属于间接的宪法实施。与行政规范性文件相比,行政立法中规章是根据法律、法规制定的,宪法并不是它们的直接制定依据。行政法规固然要依据宪法制定,但是,按照本文的逻辑划分标准,行政法规归属于立法实施的范畴,已经超出宪法行政实施的范围了。

统合前述,本文意图申明的立场是:与宪法的行政实施、司法实施相比,宪法的立法实施在我国具有更为特殊的意义。以此为基点,笔者认为,对宪法的立法实施可以从不同的角度进行剖析,主要的分析视角有两种:其一,以法域划分为基础解析宪法立法实施的研究范式,该种范式随着法域划分理论的更迭逐步演化为以部门法为基础的研究理路。从纵向历史发展的角度来看,在公私法划分普遍存在的理论背景下,宪法对于公法、私法的标准、呼应方式等均发挥“基础性和结构性的影响”<sup>④</sup>。从理论上讲,公法、私法均担负着践行宪法承诺的责任,但是,由于公法、私法各自的特点不甚相同,因此它们践行宪法承诺的方式迥然相异,宪法对二者产生涵摄影响之后型现出来的立法类型也就不甚相同,有必要对此进行类型化分析。随着公私法域相互融合、相互碰撞等新情势的出现,严格区分公法、私法两个法域的难度逐渐上升,实践中有观点提出放弃传统的公法、私法二元划分的立场,主张直接以法律部门为分析标准,从宪法对各个部门法宗旨、内容的个别控制探讨宪法的立法实施。其二,将宪法本身的内容类型化,以“部门宪法”为指引的研究宪法立法实

① 秦前红:《依规治党视野下党领导立法工作的逻辑与路径》,载《中共中央党校学报》,2017(4):7。

② 未完全理论化是美国学者孙斯坦提出的一种对宪法形成和形式固定的说明,也就是说,在民主协商过程中,人们能够对某些抽象的原则达成共识,但无法对形成该原则的原因以及其具体的应用条件和理论达成共识。参见凯斯·R.孙斯坦:《设计民主:论宪法的作用》,61页,法律出版社,2006。

③ 大卫·戴岑豪斯:《合法性与正当性》,195页,商务印书馆,2013。

④ 袁曙宏、宋功德:《统一公法学原论》(下卷),44页,中国人民大学出版社,2005。

施的范式。此观点参考德国宪法学研究方法，将部门的切入从立法层次提升到宪法层次，其划分的实证依据为宪法中有关国家目标以及基本权利类型的条款，对宪法立法实施的观测侧重于将现实秩序和宪法的社会功能、立法的规范结构相关联。<sup>①</sup> 前述两种分析视角，笔者总体上倾向于采取第一种研究视角。笔者认为，应当适度扩展传统的“公法—私法”划分的二元框架，在公私法域交互模式从“碰撞、淘汰”走向“融合”的背景下展开对宪法立法实施的分析。其原因在于：（1）部门宪法固然是分析宪法实施状态，特别是宪法落实程度的一个切入点，但其深入和展开必然涉及规范宪法学与宪法社会学两种研究范式的相互借鉴，而这需要先行解决前述两种不同研究范式之间实施样态的天然张力，回答“社会建构性的意义体系”<sup>②</sup> 和教义解释下规范体系的矛盾问题。因此，其目前更适宜作为一种考察宪法实效的补充性视域。（2）立法实施旨在通过对宪法内在精神的理解，使不同立法能够依据自身调节的社会关系形成一定的灵活空间。而集中体现于部门法中的、在宪法精神指导下的原则，并没有完全的分化，它们依然大致形成了公私法分野的双线趋向。（3）公法、私法相互融合背景下形成的社会法兼具公法、私法的特点。社会法的内容主要是将宪法上的弱势群体保障要求转化为国家或社会的具体义务。与传统私法相比，社会法更加追求实现结果平等与实质平等，其对民事主体私法权利的保障在一定程度上是通过公权组织履行宪法赋予之社会法义务时对私法条款的适用得以实现的。该类法律兼具公法、私法的双重特点，以公法、私法的二元划分为基础对其展开分析并不过时。统合前述三个方面的理由，笔者认为，按照前述第一种研究视角能够在维持传统法域划分基本框架的前提下，在较大程度上因应新形势下公私法相互融合的情势变更，控制不同部门法彼此重合混淆的风险，减轻多个法律部门相互合作、共同贯彻落实宪法的难度。

## （二）宪法立法实施中存在的问题

诚如前述，在我国，宪法的立法实施相较于行政实施、司法实施具有更为重要的意义。但是，这一具有特殊重要性的宪法实施路径在我国法治实践中却存在诸多程序与内容上的瑕疵。程序性瑕疵主要表现为立法主体与宪法解释主体、合宪性审查主体之间的同一化、宪法解释与合宪性审查制度供给不足，它所导致的直接结果是法律与宪法解释在外在表现形式上的混同、法律是否属于合宪性审查对象的模糊以及法律同其他宪法运作形式（如宪法修改）之间的潜在冲突和衔接难题。内容上的瑕疵主要表现为宪法在部门法立法中存在的诸多问题，它贯穿于宪法立法实施的全过程。该种瑕疵在我国立法实践中主要表现在下述两个方面：

第一，立法是宪法实施的重要形式，但是，立法却没有能够较为妥当地承接宪法中的相关内容。从形式上来看，立法机关在立法实践中往往自觉不自觉地忽略宪法中所确立的权力分配规则，造成立法实施与宪法规定之间的衔接错位。例如，现行《宪法》第62条规定全国人大有权制定和修改刑事、民事、国家机构和其他的基本法律，第67条规定全国人大常委会制定和修改除应当由全国人大制定的基本法律以外的其他法律。依照民主集中制的一般原则、人民代表大会制度的原理以及《宪法》第62条第十六项、第67条第二十二项的兜底性规定，未能明确的剩余立法权，其最终定性的权力应当归属于全国人民代表大会，并且基本法律和非基本法律在内容、制定主体等方面的界限应是相对稳定的。然而，从我国的立法实践来看，情形却并非如此，集中表现在：原本应当由全国人大审议通过的基本法律，最终通过的主体却是全国人大常委会，《侵权责任法》就是典型实例。这种现象在国内学界引起了广泛争议。对此，一种可能意义上的辩解是：全国人大以默示的方式将其定义为“非基本法律”。但是，令人感到困惑的是：全国人大在制定民法典的时候将侵权责任法纳入其中使其成为民法典中的侵权篇，其性质似乎又翻转成了基本法律。面对《侵权责

① 赵宏：《部门宪法的构建方法与功能意义：德国经验与中国问题》，载《交大法学》，2017（7）：66-76。

② 马丁·莫洛克：《宪法社会学》，41页，中国政法大学出版社，2016。

任法》的法律性质变动不羁的现象,我们很难做出一种完全令人信服的解释。有学者较为牵强地指出全国人大同时具备制定基本法律和非基本法律的权力,该观点将《合同法》《物权法》等全国人大制定的法律也解释为非基本法律,主张民法典编纂是将非基本法律合编形成统一法典的行为,但其也始终认为“这样的推论对于民法学者来说是苦涩的”<sup>①</sup>。从实质上来看,部门法对宪法相较于它们的“依据”地位与价值统合作用似乎缺乏足够的尊重,这一点在民法中表现得尤其明显。目前,学界对宪法相较于民法的“制定依据”地位已经达成普遍的共识,但是,有部分学者对于宪法究竟是否具有对民法规范体系的价值统合作用秉持怀疑立场,甚至对民法的宪法功能产生了一些浪漫主义的幻想。有学者主张民法典的制定必须坚持在市民社会与政治国家相对立的背景下、在公私法划分的前提下实现民法典防卫权力越界的功能,使宪法作为公法基本法的地位和民法作为私法基本法的地位得到明确。<sup>②</sup>有的宪法学者对民法典制定前一些民事单行法律中存在的具有合宪性危机的条款,似乎也没有给予应有的宪法评价。<sup>③</sup>如是,这些传达的信息似乎是:宪法相较于民事立法的作用仅仅是形式上的,说到底,仅仅起到一种彰显民事立法权存在及运行正当性的作用,无法对民法规范体系施加真正的价值统合作用。与民法相比,诸公法部门对宪法似乎更为尊重,但是,即便在行政法、刑法等这样一些看似同宪法规制方向相对一致的公法部门中,也不乏对宪法实质精神、规定的忽略,例如风险刑法思维下犯罪圈的扩大化解释、行政诉讼法中基本权利保护面向的畸轻等。有学者据此认为,如果缺少宪法监督程序的保障,“根据宪法”在部门法中就不可能得到实质性的实现,立法过程中的合宪性控制就无法得到真正的落实。此处笔者意图申明的立场是:如果宪法框定的权力结构、基本内容无法在立法中得到真正的贯彻落实,将在整体上降低公法、私法场域下各部门法的应有效能,进而留下加剧部门法内容自专、公私法对立的隐患。

第二,作为宪法立法实施之单元的法律部门在彼此间的衔接、内部秩序整合等方面存在一定程度的秩序紊乱现象,使宪法精神在部门法中的流动不太顺畅。从直观层面来看,宪法之立法实施的成果主要外现为各类法律法规。在公法、私法划分的基本框架结构之下,依据调整对象、价值倾向以及手段方法的不同,可以将其进一步细分为不同的法律部门。由于公法和私法的调整对象、调整方式以及价值取向等均不甚相同,公法部门和私法部门之间各自为战、衔接不畅的问题始终存在,宪法无法实现对两大法域诸法律部门的一体化统合性影响,宪法解释、合宪性审查制度的供给不足使得这些问题直到今天为止都无法得到根本性的解决。此外,随着社会情势的结构性变迁,新兴类型的法律部门开始出现,它们的性质定位模糊,具有交融性和领域性的特征,难以归入建立在公法、私法划分基础上的法律部门体系之中,这不仅造成法律部门的膨胀,而且开始冲击传统法域间的界限,进而造成宪法精神在新兴法律部门中的传递障碍。“在这些大量出现的、以事物领域而非规范理念为分界的立法中,公私法的二分已经没有太大意义。立法者主要的考量,在于规范对象——包含执行机关、司法机关以及人民——使用的方便。”<sup>④</sup>以环境法为例,有学者认为应当将其作为一种新兴的社会法,以此同传统公私法大类下的不同法律部门加以区分,但也有学者主张将其作为公法下的一个单独的法律部门。如是,这些明显反映出学界对新兴法律部门性质定位方面的理解歧义。有观点认为,传统法律部门的划分存在缺陷,应当启用以具体法治、开放综合为指向的领域法范式。<sup>⑤</sup>前述这些现象有可能对宪法立法实施产生的影响是:其一,新兴的所

① 王竹:《〈侵权责任法〉立法程序的合宪性解释——兼论“民法典”起草过程中的宪法意识》,载《法学》,2010(5):31。

② 赵万一:《从民法和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(1):123-125。

③ 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(6):75。

④ 苏永钦:《民事立法与公私法的接轨》,10页,北京大学出版社,2005。

⑤ 李大庆:《法学范式竞争与领域法学的知识创新》,载《江汉论坛》,2019(4):117;刘承彪:《娱乐法的规范意蕴与体系构建》,载《政法论坛》,2019(4):156。

谓“领域法”缺乏传统法律部门所具有的学科特殊性，该种特殊性所培育出的部门法内部以遵循宪法精神为核心的部门法准则受到了来自新兴“领域法”的冲击和挑战，准则的原始浓度在该类新兴法中被稀释。其二，新兴“领域法”的规范体系缺乏较为成熟且独立的调控模式，往往需要依据大量转介条款来完善自身的体系结构，由此不可避免地陷入庞大的领域迷宫。当法治实践中需要上溯寻求核心原则、宗旨时，有可能止步于这些转介条款所指向的、传统法律部门的“代表法”，仅仅从相关部门法中汲取所需价值，但却从根本上忽视了宪法对它们的统合作用。

笔者认为，产生前述诸种问题的原因是多方面的，但宪法和部门法之间的沟通隔阂无疑是最为根本的原因。从宪法的角度来说，根本法地位和最高法效力是其对部门法进行价值统合的正当性依据和规范凭借，但是，宪法对部门法的价值统合必须建立在维持部门法自身逻辑自洽、体系完整的前提基础之上，否则，该种统合就丧失了赖以存在的实际意义。从部门法的角度来说，尽管各自的调整对象、调整方式、价值取向等不甚相同，与宪法的性质、地位、效力等更是迥然相异，但这些均不足以成为排斥宪法价值统合的理由。立法实践中宪法精神之所以出现在部门法中的传递不顺畅现象，归根结底是由于宪法与各部门法之间的沟通隔阂造成的。该种隔阂在立法实践中的具体表现是：宪法在部门法中的实施更多地表现为“依据宪法，制定本法”的宣示般的表述，该种宣示的实际效果除了彰显部门法存在的正当性之外，并不实质性意味着它们完全接受了宪法对其施加的统合性影响。有些部门法，如民法，基于对自身赖以存在的私法自治的维护，甚至对依据宪法有一种本能性的排斥，如是以来，宪法立法实施的状况不甚理想、宪法在部门法中的实质影响力弱化、“部门法自治”侵蚀“宪法自治”、宪法与部门法各自为政等现象也就不可避免。新兴的“领域法”出现之后，基于对自身特殊秉性的强调和渲染，不仅在一定程度上冲击和影响了当下依然具有存在正当性的公法、私法划分格局，而且对宪法相较于部门法的价值统合产生了稀释性影响。该种现象从追本溯源的角度来说，也是由于宪法和部门法之间的沟通隔阂造成的。因此，当下我们研究中国宪法实施路径的核心和关键点在于：正视传统公私法划分与法律部门类型化的现实正当性，因应社会情势变迁对其产生的冲击和挑战，在维护宪法权威并维持部门法自身逻辑自洽、体系完整的前提下，研究宪法在不同类型部门法中的实施路径，并由此衍生出的部门法之间的衔接提供话语平台和背景基础。这是本部分内容的思维基点所在，也是后续相关内容得以展开的逻辑基础。

## 二、宪法在私法中的实施路径

### （一）宪法在私法中的实施前提与路径

民法在性质上属于私法，与宪法的性质迥然相异。民法总体上以维护私法自治为价值诉求，客观上要求主体间的地位平等，这与我国宪法的社会主义性质之间也存在一定的衔接难题。目前，学界围绕民法是不是宪法的实施法这一问题存在理解上的歧义。因此，在研究宪法在私法中的实施之前，有必要对一些前提性问题进行梳理，具体可以从以下两个方面展开：

第一，宪法是否应当、是否能够干涉私人交往领域。此前，学界围绕宪法的性质曾经产生过宪法究竟是“公法”还是“母法”的争论，该争论在较大程度上反映了人们在宪法实施领域问题上存在的分歧。在主张宪法属于“公法”的学者们中，部分观点较为激进的民法学者借此否定宪法规制私人领域的正当性，主张民法和宪法各自占据私人领域与公共领域规制的“帝王”地位，认为如果否认民法的高度独立性，将开放性的民法纳入限缩性的宪法框架中，无疑会造成民法价值的丧失和活力的凝滞，因此，宪法应当将干涉私人交往领域的任务全部转移至民法。<sup>①</sup> 观点相对温和的民法

<sup>①</sup> 持此观点的学者包括梁慧星、龙卫球、赵万一等，参见林来梵、龙卫球、王涌、张翔：《对话一：民法典编纂的宪法问题》，载《交大法学》，2016（4）：7-8；赵万一：《再谈民法与宪法的关系》，载《清华法学》，2009（2）：82-84。

学者则主张,民法可以在尊重宪法形式地位的前提下承担部分宪法的功能,担负一些根本、基础意义的责任,两者能够在实质上形成大致的均衡。宪法与民法的作用是平行的,或者说,即使宪法略高于民法,但依然不能达到一种绝对的统领地位。<sup>①</sup> 前述两种观点的共同之处在于:试图确立民法与宪法相平行的地位。果如是,则宪法通过民法(私法)的实施问题将无从说起。国内宪法学者除秉持公法说外,还有学者秉持宪法母法说、宪法根本法说。前述观点不甚相同,但迥然相异的立场却推导出了共同的结论,即宪法应当规制并影响私人场域。在宪法母法说的视角下,宪法地位的实施依托于凯尔森的法律实证主义框架,其对私法领域的干涉自然根植于其作为一切法度渊源的地位。在宪法根本法说的视角下,宪法规制和调整的对象非常广泛,包括公对公的关系、公对私的关系以及私对私的关系,前述几种关系在宪法中所处的地位基本相同。<sup>②</sup> 该种立场虽提供了宪法在民法中实施的理论前提,但可能导向下一层次即具体发展样态方面的分歧。

第二,如果宪法应当规制并影响私人场域,那么,其在该场域的实施是否必然需要通过民事立法?换句话说,宪法是否可以绕开民事立法直接在民事审判中发挥作用?此前,国内学界围绕宪法在民事审判中的适用问题曾经展开过讨论,实践层面也曾经出现过相关的案例,如齐玉苓诉陈晓琪案。但是,实践证明:绕开民事立法,通过宪法直接进入民事审判场域的方式实现宪法对私法场域的价值统合,无论在理论上还是在实践上都是行不通的,而且与我国国家机关的体系架构及职能安排相抵触。目前,该种探讨已经渐趋消失。近年来,国内学界围绕宪法在民事审判中的适用问题出现了一种改良性的观点,其主旨精神是:宪法在民事审判中原则上是不能直接适用的,但法官可以对民法中的一些概括性条款进行宪法解释,以此来达到宪法适用的效果。对此,有学者认为这种观点本质上依然是主张宪法在民事审判中的直接适用,由此导致的必然结果是:将宪法精神强行注入民法中的概括性条款之中,这不仅会影响民法的安定性,而且会侵损民法由以维持自身存在的私法自治。较为妥当的方式应当是:将民法条款划分出具有显著优势但非传统国家权力的“社会公权力”和私法自治两大部分。前者由宪法直接进行规制,对此,宪法可以在民事审判中直接适用;后者仍交由民法进行规制,对此,宪法在民事审判中不能适用。<sup>③</sup>

笔者认为,宪法应当对私法场域进行规制,民法应当接受宪法的价值统合。如是之论的逻辑基点在于:宪法性质与宪法功能不是同一层面的问题,应当实现区别基础上的贯通。宪法的根本法性质与宪法的公法性质分别对应的是不同的法规范定性方法,二者能够同时兼容于宪法的属性之中。宪法的根本法性质决定了其在终极意义上为包括民法在内的诸种部门法提供了实质依据,其所形成的有限政府、权利保障的基本调控理念与民法的意思自治具有内在相通性,且相比于民法而言更具统筹性,如是种种,提供了宪法干预的可能性。而且,随着社会关系不断发展,大量具有特殊力量的私主体涌现,占据物质资源、信息资源、沟通路径等多方面的优势,形成私人领域的实质不平等关系,对宪法上规定的基本权利进行妨害的客观可能尤为显著。该情形展示了宪法干预的必然性。

在私法内部的具体实施形式上,应当从立法结构与立法内容两个方面进行考察。在立法结构方面,宪法的影响体现在高度组织化的单独民法典被民事特别法分解的现象中。与域外成熟的统一法典化体系不同,我国自新中国成立起就基本确立了总纲性通则与单行立法结合的民事立法模式。而在我国开始探讨统一民法典制定之时,随着宪法统合性影响的深入,传统民事立法模式的内在张力

① 持此观点的学者包括孙宪忠、王利明等,参见孙宪忠:《从国家治理角度看民法总则》,载《中国司法》,2017(7):4;王利明:《我国民法的基本性质探讨》,载《浙江社会科学》,2004(1):108。

② 童之伟:《宪法司法适用研究中的几个问题》,载《法学》,2001(11):8。

③ 李海平:《基本权利间接效力理论批判》,载《当代法学》,2016(4):49-57。

也逐渐显现。在国内民法体系形成初期，民事单行法的设立在很大程度上参考通则规定，其宗旨、原则也与通则具有高度同构性。但随着宪法实施的推进，意思自由、私法自治理念的边界被逐步释明，立法者目的也发生了迁移。“越来越多的民事特别法风行与民法典所规定的不一致的原则，并且从传统的民法中独立出去。”<sup>①</sup>特别是在私主体实质不平等的法律关系中，民事单行法开始更多地直接从宪法中取得其宗旨要义、立法目的，在具体的调控手段上也超越单纯的私人交往规制，最终从民事单行法向民事特别法转变，并在性质上愈发贴近新兴的第三法域法。而实际上，第三法域中相当数量的规范正是从传统私法系统中脱胎而来的。

在立法内容方面，宪法通过对概括性条款的技术性设置，确保其精神原则对私法立法进行渗透，并易于为后续的司法所承接。此类技术设置包含两种范式：一种是通过弹性抽象的规定赋予条文扩展性外延，如我国《民法总则》第109条规定的“（自然人的）人格尊严受法律保护”，结合后文第110条的开放性表述<sup>②</sup>，该“人格尊严”就包含囊括民法条款罗列外其他人格权益的空间。另一种则是具有转介性质，指向其他法律部门，如我国《合同法》第52条合同无效的法定情形<sup>③</sup>。此时宪法又能通过自身对其他法律部门，尤其是公法法律部门的价值统合再次同民法接轨。民法中概括性条款的两种范式有时是相互结合发挥作用的，例如在民事法律行为效力方面，《民法总则》除了规定相应的民事行为能力与真实意思表示之外，还将遵守相关规范的强制性规定与公序良俗纳入条件之中。其中，前者属于具有转介性质的表述，后者则属于抽象概括的表述。前述民事立法中对宪法的尊重及考量空间应当为适用所继受，形成以司法机关为中心、对既有立法中概括条款的合宪性解释<sup>④</sup>，产生对立法内容理解的示范效应。而当适用时的解释即将超越预设的“客观法依据”可能涵盖的范围时，也就是说，将把“适用”转变为“创制”时，就必须复归于立法领域，以立法的完善填补规范的空缺，由此完成立法与适用两者的承接与循环。

## （二）宪法在私法实施中存在的问题分析

目前，宪法在私法场域的实施主要表现为经由民事立法的实施，该种实施总体向好，但也存在一些问题或那样的问题，主要表现在两个方面：

其一，民事立法在一定程度上受到“唯以宪法为纲”和“唯以自治为纲”观念的影响。所谓“唯以宪法为纲”，是指片面强调宪法对民事立法的价值统合作用，对民法自身的逻辑自治、体系完整没有给予足够的体认，对民法由以维持自身存在的私法自治产生不甚妥当的压制性影响。所谓“唯以自治为纲”，是指片面强调私法自治的绝对性，有意或者无意地淡化时代场景的变幻对其产生的冲刷，对宪法相较于民法的价值统合秉持消极抵制的立场，甚至绝对地排斥公权机关对民法场域的必要的干预和渗透。

前述立场在理论和实践层面造成的直接结果是：宪法与民法之间的衔接不畅，民事立法理论与实践之间的沟通乏力。笔者认为，前述两种立场均不甚妥当。就“唯以宪法为纲”论而言，其固然旨在维护宪法的权威、强调宪法相较于民法的价值统合作用，但是，它却忽略了民法自身的逻辑自治和体系完整，对民法由以维持自身存在之私法自治的正当性缺乏足够的体认。有学者根据历史上宪法之根本法地位、最高法效力尚未得到制度性确立时的场景，无限眷恋地指出，近代民法曾经发挥了当今宪法方才具有的功能，即“推动形成了以市民社会与其权利群为基础、目的、转轴，以政

① 张礼洪：《民法典的分解现象和中国民法典的制定》，载《法学》，2006（5）：59。

② 《民法总则》第110条对具体人格权的罗列，除生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权外，尚有“等”字作为兜底，属于非穷尽式罗列。

③ 《合同法》第52条第（五）项规定：“（有下列情形之一的，合同无效）违反法律、行政法规的强制性规定”。

④ 王锴：《论宪法上的一般人格权及其对民法的影响》，载《中国法学》，2017（3）：115-116。

治国家及其公权力为服务手段、上层建筑的市民社会—政治国家间的理想关系”<sup>①</sup>。从历史的角度来看,该种说法无疑是事实。但是,不可忘记的是,随着宪法之根本法地位、最高法效力的制度性确认,前述曾经存在的事实已经一去不复返了。在新的时空背景下,民法已经蜕化了其先前曾经具有过的宪法功能,其功能逐渐转向“发挥部门法意义上的具体实施正式宪法的相关要求”<sup>②</sup>。随着民法功能的结构性变迁,民法的性质定位在人们的思想观念层面也开始发生了重大变化。一些学者将其定位为宪法的实施细则,其作用被视作“具体化宪法的内涵”<sup>③</sup>。这种观点在宪法学者中表现得尤其明显。前述观点实际上是宪法“母法”说在民事立法实践中衍生出的一种变体,其本质是对民法“依据宪法”制定观点的一种机械化理解。该种观点在立法实践中有可能衍生出的风险是:抹杀宪法和民法之间存在的必要的界限,破坏二者间原本存在的信任关系,在维护宪法权威、捍卫宪法尊严、实现宪法对民法的价值统合的旗帜下,不断侵蚀民法的逻辑自治和体系完整。在该种观念的浸润下,为维护民法自身的独立地位而对前述观点的抵制就被贴上了“背离宪法价值统合”的标签。由此延展开去,民法赖以维持自身存在所必需的私法自治就有可能在前述观点的强力冲刷下“被”有意无意地缺位了。反观民事立法实践,必须注意到的一个立法场景是:随着社会情势的结构性变化,传统民法典之外逐步出现了一些具有明显政策性色彩的民事特别法。与民法典相比,该类特别法与宪法之间在价值取向方面更具有内在的契合性。这样一来,外在于民法典而存在的民事特别法就越来越多地承载了宪法的精神,当其数量逐步增多并日趋发展成为一个相对独立的领域时,民法自身的规范体系架构就面临着被解构的风险。此外,还必须注意到的问题是,在前述泛宪法论思想观念的影响下,如果将民法仅仅看作是宪法的实施法,当司法实践中出现民法的适用难题时,宪法条文在民法场域的进入就成为理所当然,没有任何理念和制度上的限制,由此有可能衍生出的危机必然是司法权越权适用宪法或者续造法律。

就“唯以自治为纲”论而言,它一方面承认和接受宪法的根本法地位和最高法效力,另一方面却又试图维护民法相较于宪法的所谓超然地位,由此形成一种民法相较于宪法的“形式实施”观点。所谓“形式实施”,是指民法中的“依据宪法”所彰显的仅仅是民事立法权之权力来源的正当性,但在民法的具体内容方面,却过当强调自身的价值中立,片面追求民法规范体系的逻辑自治、体系完整,忽略乃至有意无意地排斥宪法对它的价值统合。这样一来,民事立法就有可能在“依据宪法”的旗帜下,走上一条外在于宪法价值统合的独立发展道路,片面追求对所谓市民社会内部习惯的总结与凝练。殊不知,当今我们所处之时代背景已经完全不同不是往昔西方国家曾经存在过的那种政治国家、市民社会二元对立的社会架构,单一地强调民法自身的价值中立不仅无法赋予自身以往时代曾经有过的那种抗拒公权力侵害的功能,而且在没有宪法给予制度性支撑的场景下,实际上也无法从根本上获致自身所追求的私法自治。更有甚者,在没有宪法价值统合的场景下,民事立法有可能堕入立法恣意的泥坑,偏离以宪法为核心的社会主义法治发展轨道。

其二,具有宪法权利和民事权利双重属性的权利在民法保护方面呈现出不完全对应性,宪法价值无法在民事立法中得到顺畅实现。宪法与民法交汇最为密切的领域集中表现在主体权利的保障方面。宪法权利中有些在民法中也得到了确认,如财产权,但也有一些宪法权利却并未规定在民法中,如宗教信仰自由权、受教育权、选举权与被选举权等。从理论上讲,宪法权利与民事权利的性质、功能、内容等迥然相异,宪法权利经由民法加以规定之后,其性质已然翻转为民事权利,其

① 张力:《民法典“现实宪法”功能的丧失与宪法实施法功能的展开》,载《法制与社会发展》,2019(1):109;胡峻:《“根据宪法,制定本法”作为立法技术的运用》,载《法治研究》,2009(7):13。

② 张力:《民法典“现实宪法”功能的丧失与宪法实施法功能的展开》,载《法制与社会发展》,2019(1):112。

③ 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”》,载《法学评论》,2016(1):6。

义务指向对象已然翻转为民事主体，不再是国家公权机关。宪法权利经由民事立法的渠道，在民法场域得到了制度性的确认和保护。但是，由于宪法和民法的性质、功能、调整对象及调整方式等不甚相同，并不是所有的宪法权利均通过民事立法加以确认和保护，有些宪法权利是经由诸公法部门加以确认和保护的，民法仅仅是确认和保护宪法权利的法律部门之一。问题的症结在于：那些没有在民法中得到确认的宪法权利也有可能遭到民事主体的侵害，客观上有通过民法加以保护的必要，如受教育权（齐玉苓案）、选举权（王春立案）、宗教信仰自由权（英国的 *Blathwayt v. Baron Cawley* 案）等。此类问题的解决无外乎两条路径：（1）法官在民事审判中直接适用宪法中的相关条款审理该案；（2）在民事立法中预设接驳宪法权利的管道，法官在民事审判中经由该类接驳管道将宪法精神注入其中。前者在我国的司法实践中已经证明是不可行的，后者需要理论和实践层面的诸多积累和准备。在“唯以自治为纲”的立法思路下，过当强调民事立法相较于宪法的价值中立，排斥宪法对民法的价值统合，民法中缺乏衔接宪法的接驳管道，宪法对民法的价值统合没有来自民法制度层面的坚实支撑。这样一来，民法所追求的私法自治就在事实上蜕变成私人自治。从理论上讲，私法自治与私人自治的健康关系应当是，“私法为私人自治提供了法律的框架，私人自治只要不违反法律的框架就是有效的”<sup>①</sup>，其中宪法对基本权利的规范便构成私人自治所因循的法律框架的一部分。为了维持、稳固该框架，应当化非常规的私人自治为常规的私法自治，国内有学者提出通过基本权利条款涵摄、通过解释塑造民事立法新内涵以便适用的路径。但该路径面临的现实问题是，法院实际运用宪法精神和具体基本权利条款的技术不足、权力受限，因此，这种设想只是一种理论上的假设。仅框架性、粗放性地提出在限度内展开规范理解活动，并不能解决个案中的权利保护问题，也难以达到部分宪法学者所期待的、精准而不越权的“非解释性的宪法适用”<sup>②</sup>。

产生前述问题的根源在于，我国宪法与民法关系的发生历程与域外主要国家的情况不同，学界诠释我国宪法与民法关系时，对此产生了理解上的混同。此外，理论上对“实质性的序位秩序、价值体系”和内部互相调和的“意义整体”<sup>③</sup> 缺乏足够关注，造成形式规范体系与实质秩序体系不能统一，宪法与民法“各扫门前雪”。从近代域外主要国家民法典的嬗变历史来看，民法的出现要远早于宪法，肇始于经济与交易，其调整范围同政治二元分立的态势较为明确。长期预先存在的市民社会为民法提供的最大基石是，仅依靠合意的一致实现对行为的约束。<sup>④</sup> 作为同属社会成员自行缔造的共同体，它的核心同政治国家共同体相异，并非经由契约或权利的让渡形成共同决策，而是经由权利的自由支配形成意定关系。这一规制逻辑内在的自治价值恰恰同现代宪法原理中对扩展性国家权力进行防范的需求暗合，因而客观上对脱离宗教钳制、塑造民族国家、限制权力擅断具有促进作用。在现代宪法尚未发展成熟的时期，其具有替代发挥宪法功能的外观。这一点也常常成为“唯以自治为纲”的论据，但是，其中的理论断层是显而易见的：一方面，我国当前所处的时代环境已经同民法生成和逐步发展的世界历史环境大有不同。另一方面，我国民法的生成路径同域外其他国家存在较大差异，纵览我国民事立法的发展脉络可以发现，宪法并非一个反哺性角色，而是一个引领性角色，民法的立法方向极大地受到宪法修改方向的影响，在发展早期确实具有强烈填补与细化宪法的色彩。<sup>⑤</sup> 因此，移植域外的理论作为支撑难免出现嫁接排异现象，加之新中国成立初期继受自苏联的宪法根本法理念及维护意识形态需求、计划经济的传统，必然催生“唯以宪法为纲”论的反弹。而在这两种立场角力的过程中，制度平台供给与理论支持、宪法上回应的客观缺失又激化了相关矛盾。

① 王锴：《宪法与民法的关系论纲》，载《中国法律评论》，2019（1）：44。

② 范进学：《非解释性宪法适用论》，载《苏州大学学报》（哲学社会科学版），2016（5）：74。

③ 郑贤君：《宪法虚伪主义与部门法批判》，载《中国法律评论》，2016（9）：109。

④ 林来梵：《从宪法规范到规范宪法》，319页，商务印书馆，2017。

⑤ 关于该历史进程的详细论述，可参阅苏永钦：《民事立法与公私法的接轨》，5-8页，北京大学出版社，2005。

### 三、宪法在公法、社会法中的实施路径

#### (一) 宪法在公法、社会法中实施路径的类型化分析

宪法在公法诸部门法中的实施路径与其在社会法中的实施路径不甚相同,对该问题的考察需要进行多层次的类型化分析。

首先,从“最大公约数”的整体视角来看,宪法通过对公法的概括影响规制公法的整体边界、引导公法的立法方向、框定公法立法的内容。同私法一样,公法也肩负着践行宪法承诺、贯彻实施宪法的责任。基于宪法的公法性质,宪法条文所蕴含的主要是“赋予国家公权力机关的一种公法义务”<sup>①</sup>,因此从宪法实施路径的角度来说,公法承接了宪法的直接委托。同时,宪法以其精神与内容形塑了不同部门公法的价值结构,平衡并调适部门公法的价值定位,使之实现相互搭配、有机融合,整体完成具体化宪法条款的使命。传统的公法“强调指向公民的规制、制约、控制、管理功能”<sup>②</sup>,这一功能实际上也是宪法实施的一种面向。规制功能是宪法实施早期的一项体现,是宪法价值取向的一种单向度、间接反映,是保护公民基本权利的必要手段与制度结果。随着宪法的修改和宪法理论的发展,当代中国公法的整体价值取向逐渐向“增进法律对国家权力的制约功能”与“关注法律对于维护社会主体权利的基本功用”<sup>③</sup>两个互相结合的理路转变。在这一价值统合的前提下,各个部门公法的立法目的与立法宗旨也融入了新的内容,例如行政法部门从“管理法”到“调整、控权法”的演变、刑法部门从惩罚功能向惩罚、预防、教育等综合功能的演变等。

其次,在不同的部门公法中,宪法的实施在内容上有不同的分化,可以具体划分为三种样态:(1)确立公法内部具体法律部门的立法权限来源与范围。依我国的立法体系,由全国人大及其常委会制定的法律是法律部门的代表性规范,也即传统意义上的“部门法”。除此之外,法律部门内部还存在更低位阶的其他类型的法律规范,如行政法规、地方性法规等,它们同宪法与法律共同构成有层次的公法规范体系。宪法通过对不同层次国家机关职权的规定,为部门法内部不同层次的立法活动与准立法活动提供授权,并主要从事项角度设定了立法的边界和价值取向,确定法律部门规范形成的框架性空间。例如,《宪法》第95条第三款将自治机关的组织、基本原则等事项排他地授权给法律,从而杜绝了更低位阶规范对其加以规定的可能性,属于一种纵向权力分配上的实施。而《宪法》第40条则规定公民的通信自由与秘密受到限制的情形,仅包含国家安全与追查刑事犯罪,且指定公安与检察机关依法办理。该条蕴含的实际含义是,将条文中国家机关所依之法限定于刑事及刑事诉讼法律部门,而出于一般行政管理需求限制公民通信自由与秘密的其他部门立法,就将具有违宪的嫌疑,这属于一种横向权限分配上的实施。(2)通过一般的原则性统合形成部门法的特殊原则。宪法的内容包括:保护一国人民必要的基础诉求,确认并维持本国作为现代国家的客观事实、各种要素和必要机能,提供国家与人民自我发展的条件与空间。这些内容依据不同法律部门的关注基点不同,形成个殊化的部门法原则。例如,刑事法律部门从维护人民必要基础诉求角度产生了预防犯罪、维护社会公众及被告人基本权利的取向,从维持共同体角度产生了惩罚越轨、社会调控取向。在对诸种宪法价值的继承下,催生罪刑法定原则与诸如明确性、适应性等子原则。(3)内容上的直接具象化实施。宪法的纲领性与训示性使其中大部分条款在具体化为法律之前,难以产生现实的法律效果。宪法本身作为公法,其规制指向的关系是国家公权力机关彼此之间以及公权力机关同私人之间的关系,因此,部门公法对其内容的具体化更为直接。

① 韩春晖:《现代公法救济机制的整合——以统一公法学为研究进路》,137页,北京大学出版社,2009。

② 袁曙宏、宋功德:《统一公法学原论》(下卷),283页,中国人民大学出版社,2005。

③ 公丕祥:《国家治理与公法发展:中国法治现代化的时代议题》,载《中国高校社会科学》,2016(1):82。

最后，宪法在社会法中的实施既存在同公法相通的路径也具有一定特殊性。关于社会法与公法、私法的法域关系，国内学界存在理论分化，主要有两种立场：（1）认为社会法域是一种新型法域，独立于传统的公法与私法，是在市民社会与政治国家的传统二元结构中逐渐出现并壮大的团体社会的规则<sup>①</sup>；（2）认为社会法是公法、私法交融的结果，它是原本相对分离的两方在碰撞交融中所形成重叠区域的统称。<sup>②</sup>而关于社会法的涵盖范畴、内容、类型等，尚存在进一步的争论。但无论其外延如何变迁，宪法在其中的实施存在相对稳定的应然范式：在规范来源方面，以《宪法》第33条第二、三款人权保障的平等权视角为基点展开；在权利主体方面，以社会弱势群体和需求国家帮助者为限；在义务主体方面，则广泛包含代表国家的公权力部门与代表社会的各类社会组织。宪法对社会法结构与内容的塑造，与传统公法部门中维护社会成员权利的价值原则具有相通性，但公法部门中限制权力的维度在社会法中又有着不同的表现形式。在传统公法部门中，宪法精神的传递逻辑是通过相对明确的授权与“法无规定不可为”的公法原理，单一地要求公权力恪守自身的边界，具有消极性。尽管近年来公权力的积极作为义务逐渐进入理论与实践视野，立法义务、服务行政等概念兴起，但依然是消极义务占据优势。而在社会法中，公权力机关的义务往往以敦促公权力机关履行相关职责、提供必要帮助等积极形式展现，它主要“规定国家对各种社会关系的积极介入和干预”<sup>③</sup>，能够更加直观地反映宪法中人权保障理念在时代语境下的新一层意涵。

## （二）宪法在公法、社会法中实施的问题分析

基于宪法和公法、社会法在性质上的类同性，宪法在公法与社会法中的实施相较于其在私法中的实施而言，面临的正当性与可行性质疑相对较小。然而，在实践中，由于制度供给缺失、操作技术标准不统一等原因，宪法在公法中的实施路径依然存在着难以消解的沉疴。作为新兴的法律部门，社会法内部也存在诸多悬而未决的理论争议。如此种种，皆成为宪法在公法、社会法中实施的阻碍。

首先，宪法的统合存在宏观上原则性与微观上技术性的瑕疵，宪法与公法、社会法本应具有的良性互动在实践中却表现为部门法的单方面推进，作为实施源的宪法引领作用被削弱。这是宪法在公法、社会法中实施存在的主要问题，具体表现如下：

（1）作为部门法条文理解和发展根基之一的部门法原则缺乏宪法上的确认和管控。部门法原则相比于具体条款而言，具有更加明确的价值指向性与行文抽象性，是宪法接驳不同法律的重要管道之一。在理解部门法原则时，既需要从正当性意义上寻求宪法的价值支撑，也需要从合理性意义上通过借鉴宪法条文的意义与内在精神来解释并发展自身的内涵。但是，宪法对于部分部门法重要原则规定与确认的缺失，造成其统合效果乏力。而此时若部门法在实施中偏移了其宗旨，就难以从上位法的层次对其进行纠偏。以刑法部门的罪刑法定原则为例，《德国基本法》于司法一章的第103条规定定罪科刑需要以行为之前的法律规定为限度，在宪法层面确认了罪刑法定原则，以便于刑法的具体展开。而在我国，这一原则虽然是建构整个刑事法律部门的最核心原则，却没有在宪法中获得基本确认。现行宪法中虽然存在与之关联的条款，却在事项与限定条件上具有片面性。其第37条第一、二款规定了公民的人身自由不受侵犯及其克减条件，但是，在主体上只限定了法院决定或检察院批准、公安机关执行，事项上仅针对逮捕行为，只涵盖了罪刑法定内容的小部分。该缺漏有可能造成的后果是：刑法为维护社会秩序以威吓公民基本权利为手段，刑事立法滥用刑罚；刑事政策融入规范刑法时易于失当；立法机关裁量权缺乏外控<sup>④</sup>。此外，在刑事司法解释中，罪刑法定原则的应然表

① 郑少华：《社会法：团体社会之规则》，载《法学》，2004（5）：9。

② 余少祥：《社会法“法域”定位的偏失与理性回归》，载《政法论坛》，2015（6）：30-31。

③ 郑贤君：《社会宪法与社会法——公私法融合之一箭双雕》，载《浙江学刊》，2008（2）：27。

④ 张翔：《刑法体系的合宪性调控——以“李斯特鸿沟”为视角》，载《法学研究》，2016（4）：59-60。

述为,司法机关对刑法条文的解释应当限于形式解释,不能超越文本意义的射程范围。<sup>①</sup>但在实践中,刑事司法解释存在广泛的变相行使立法权之情状,如扩大原有罪名的犯罪主体要素、增加行为模式要素,通过解释实质增设刑事罪名。如是种种,皆可能造成刑事法律部门的“过剩犯罪化”现象,对实现刑法谦抑主义的立场和贯彻宪法人权保障的价值均产生了阻碍。<sup>②</sup>

(2) 宪法保留的缺失使部门公法在国家机关结构、公民基本权利保障方面整体成为宪法的“全权代言人”,宪法在部门公法中的实施成为形式实施。在规范的保留方面,我国已存在“法律保留”的长足理论与实践经验,主要集中于“其他机构权力(主要是行政权)不得侵入”的要求,依“立法”与“执行”的层次分化为宪法意义上的法律保留与行政法意义上的法律保留。<sup>③</sup>有学者指出,宪法意义上的法律保留应当保持绝对和具体,且在客观上虽会限制其他类型权力,但本质须以限制立法权为目标,强调宪法的专有性,即:某些事项除宪法外,其他形式规范均无权创设规制。因此,当前宪法中对基本权利限制的概括性规制,如目的指向要求、程序主体要求等,实质上并不构成真正的宪法保留。<sup>④</sup>在改革过程中,一些有超脱宪法框架的举措甚至不是通过法律,而是通过决定、决议的形式完成,即为此问题的实证表现。我国的宪法文本中没有明确的宪法保留事项,特别是在基本权利的保障方面,造成的结果是普通法律被赋予极大的空间和权力,且在形式上亦不会产生违宪问题。<sup>⑤</sup>

(3) 宪法和部门公法在主次分明前提下互相发展的互动结构异化,部门公法在某些场合实质上完成了解释宪法甚至修改宪法的工作。宪法和部门公法的健全互动方式应当是:宪法居于主导地位,赋予部门公法具体化抽象条文的任务,并划定不同部门公法所涉的价值与事务的边界。在宪法的框架内,部门公法又存在一定的自由形成空间。在此过程中,社会变迁的要素自下而上地注入该系统结构中,更具灵活性的部门法能够率先感应并予以反馈——在合宪性的空间内通过立法裁量实现对变更情势的囊括,在宪法词义的范围实现内实现对宪法条文意义的适当补正,这就是所谓的非解释性变迁。而当变迁程度超越部门法调整的权限范围时,就需要宪法通过规范程序进行解释或者修改。上述互动结构是一种“互文”<sup>⑥</sup>关系,但由于我国宪法解释程序的模糊、主体功能的客观限制,宪法解释实践面临诸种阻碍,部门法在互文关系中逐渐占据主动地位,甚至存在越权之嫌。例如,现行《刑法》第54条将剥夺政治权利解释为包括现行《宪法》第34条选举权与被选举权、第35条六项自由、担任国家机关职务等在内的一种惩罚,同宪法本身的规定有一定出入。宪法对于选举权与被选举权做出了“依照法律被剥夺政治权利的人除外”的但书,然而,对于言论、出版、集会、结社、游行、示威则没有特别说明。该条款最初于1997年《刑法》中出现,虽然有学者提出该条款存在不当限制公民基本权利内涵的疑虑<sup>⑦</sup>,但至今依然保留。由此产生的学理上的问题是:《刑法》似乎以法律的形式对宪法文本的内涵做出了解释,并且这种解释客观上限缩了宪法所保护的公民基本权利的范围,无论是程序上还是实质上都是不合时宜的。

其次,法律部门的划分标准正在经历理论变革,是否保留传统划分格局存在争议,部分法律的性质存在疑虑(如铁路法、旅游法),宪法对公法诸部门法的规制方式显得有些模糊不清。当某部具体法律的性质游移在不同法律部门之间时,它如何具体承接宪法的实施就需要再行商榷。这种理

① 詹红星:《刑事司法解释的宪法审视》,载《政治与法律》,2013(4):60。

② 关于刑事立法与宪法的关系,可以参阅姜涛:《在契约与功能之间:刑法体系的合宪性控制》,载《比较法研究》,2018(2);姜涛:《刑事立法的宪法边界》,载《国家检察官学院学报》,2019(6)。

③ 门中敬:《论宪法与行政法意义上的法律保留之区分——以我国行政保留理论的构建为取向》,载《法学杂志》,2015(12):27-28。

④ 蒋清华:《基本权利宪法保留的规范与价值》,载《政治与法律》,2011(3):60-62。

⑤ 沈寿文:《宪法保留:对基本自由权利限制的限制原则》,载《北方法学》,2010(3):25-26。

⑥ 相关表述可参见石佳友:《民法典与社会转型》,195页,中国人民大学出版社,2018。

⑦ 莫纪宏:《从〈宪法〉在我国立法中的适用看我国现行〈宪法〉实施的状况》,载《法学杂志》,2012(12):6。

论上的尴尬集中体现于新兴类型的法律之中。2011年《中国特色社会主义法律体系》白皮书虽然将我国法律体系的部门大致划分为宪法相关法、民商法、行政法、经济法、刑法、诉讼与非诉讼程序法几个类别，但由于没有明确其分类标准，且仅属于一种现状描述而缺乏目的指向性，因此，同理论上的划分方式以及不同法律部门的范围依然存在较大差异，这在学理上是一项颇具争议的话题，主要表现在社会法的范围、内容、属性等多方面的讨论中。该白皮书将我国社会法的范围界定为包含劳动关系保障、社会保障、特殊弱势群体保障在内的规范体系。学界对此存在不同观点：（1）社会法指向的是那些传统公私法之外或交融而生之“第三法域”，社会法域和第三法域可以等同；（2）社会法仅仅是隶属于广泛第三法域的一部分，此外还存在其他类型的第三法域法。<sup>①</sup>但在该立场内部，关于社会法所指向的究竟是哪些第三法域法，依然存有不同见解。由此可见，社会法与相关法的界限实际上是非常容易混混的。该种理论现状导向的结果是，不同观点下宪法的实施样态差异过大、面临不同的瓶颈。若主张社会法是第三法域的总和，则须解决的问题包括：第三法域同公私法的关系需要明确；第三法域内部数种法规彼此之间的关系与共性需要明确。如果第三法域或者社会法本身仅仅是公私交融的部分，抑或是传统公私法域不能容纳的“杂质”的堆砌，那么宪法对其的统合就是混乱无序、失却价值导向的。若主张社会法只是第三法域中的一个部分，则须解决的问题包括：社会法何以区别于其他非社会法规范，宪法在社会法中的实施如何兼顾公权力部门与社会私主体力量；其他“非社会法的第三法域法”，如部分学者主张独立自成部门的《环境保护法》等如何实施宪法。上述种种理论问题均处于学理储备不足但实证规范已然制定的状态，导致社会法立法技术粗放，许多条文有重复宪法之嫌，政策化表述较为频繁，同其他部门法之间衔接不畅。最终，宪法在社会法等新兴部门中表面上具有了实施、统合的形式外观，实质上隐含了诸多空缺断层。

#### 四、宪法在部门法中实施路径的完善

当前，宪法在部门法中实施存在的诸种问题，是由法域分化时期划分标准的变迁冲突、作为顶点的宪法制度结构性不均衡以及部门法彼此之间衔接不顺畅所共同造成的。完善宪法在部门法中的实施路径，需针对上述问题，以部门立法为着眼基点，辐射执法、司法活动。

##### （一）明确法律部门划分的逻辑

目前，我国学界在有关法律部门的划分形式与逻辑方面存在理论困局，前文所指宪法规制方式不清而造成的部门法自专现象，其根源即是法律部门的划分正面临多重争议，主要包含：（1）中国特色社会主义法律体系下，坚持传统公私法的划分是否依然有意义；（2）新兴的部门法类型化逻辑是否能够明确，如何接受宪法原则的引导。针对上述两个层次的争议，笔者的基本立场是：

第一，继续保持公法法律部门与私法法律部门的划分具有理论意义和现实价值，当前急于将二者融合，形成公私法域不分前提下直接的小类划分，不利于宪法通过部门法的实施。目前，公私法划分的必要性面临的主要质疑是：市民社会和政治国家的对立状态日益消解，两者之间的界限不再泾渭分明；同时，我国的公私划分本身就属于后期立法理论的有意框定而非早期的自然分化。因此，在现代本土法治环境下，公法私法化与私法公法化频繁发生，秉持传统僵化的公私划分视角无甚必要。笔者认为，首先，公私法划分的结构作为法律部门划分的第一层次，依然具有稳定性。从产生根源来看，传统纯粹的私法自治是建立在“完全竞争的市场经济”“民事主体平等性和角色互换性”“个人利益与社会利益的统一性”三大假设的基础上的，但此三大假设早已被证明是难以完全实现的<sup>②</sup>，市民社会的维持必须以公权力的适度介入为前提。现代私法与公法的产生在实

<sup>①</sup> 郑尚元：《社会法的定位和未来》，载《中国法学》，2003（5）：130。

<sup>②</sup> 钟瑞栋：《“私法公法化”的反思与超越——兼论公法与私法接轨的规范配置》，载《法商研究》，2013（4）：117。

证意义上就已有互相掺杂的要素,因此,公私域边界的部分交融并不能成为断然否认二者相对区分的依据。从立法逻辑角度分析,公法和私法的区分是法律规范的内在逻辑。只要权力与权利的性质结构依然保持着非同一性,立法就依然受到两者内在逻辑的影响,产生公与私的分化。在部门法立法时,立法者只要采取如上规制思路,那么实质上就依然遵循了公私法划分的基本架构,在形式上取消公私法的说法毫无意义。其次,公私法划分方式的存续与否将直接影响宪法的规制方式。从表面上看,这种划分似乎与宪法无涉,甚至有学者主张,宪法本身就是公私融合法的典范,是“诸法合一的法律规范”<sup>①</sup>,宪法依然可以以一种概括性涵盖诸多领域的根本性规范统合其下诸种规则。但实际上,宪法对不同法律部门的规制方式存在区别。一方面,宪法在公私法中的价值侧重和调整路径表现不同。在公法中,宪法的价值取向侧重表现为围绕权力展开规定,为平衡公共管理与公共服务需求授予权力,并赋予其适度优先的级别,如行政行为的公定力、司法裁判的既判力等。在私法中,宪法的价值取向则侧重表现为围绕权利展开规定,形式也多为任意性、非授权性规范。通过规定私主体之间广泛的意定空间,为权力设定一个相对需要更加审慎才可渗入的领域。如果随意混同公私法的划界,反而会造成宪法对不同社会关系、对权力与权利的统合失去重点,而私人关系将更容易为公权力所介入,同宪法本身的原则背道而驰。因此,我们需要摒弃的是传统对立思维下的公私绝对二元论,正视公权力与私权利在部分场合的交融与合作。当前学界颇有上升之势的领域法学依然不适宜结构性取代部门法学。

第二,在坚持公私法划分前提下,厘定新兴部门法的角色定位,以疏通宪法同社会法之间的关系。广义上的社会法可被认定为指向通过对团体行为的一致约束,最终指向通过实现集体权益实现、促进个体权利的目的。广义上的社会法属于“公法和私法的融合,但这种融合不是简单的社会法中既有公法又有私法,而是社会通过一种公的手段实现了私的利益”<sup>②</sup>。狭义的社会法则专指保障由于年龄、性别、客观社会地位等因素处于弱势地位的社会群体的相关法律法规。在该意义上,我国的社会法应当仅包括劳动法相关法律,以及包括未成年人、妇女、老年人、残疾人在内的群体权益保障法。这些领域的新兴部门法接受宪法的规制,应当遵循如下逻辑:就狭义的社会法而言,其相对于其他第三法域法具有更加成熟的体系、较为明确的范围和更加集中的立法目标。宪法中有关提供国家与人民自我发展的条件与空间的要求,在传统部门法中更多地作为一种反射利益予以实现,例如通过依法行政、刑事规范调控确保安全、健康和富有秩序的社会环境,以增加上述权利实现的可能性。而社会法是直接依托宪法的相关规定,广泛地将宪法要求转化为部门法上的具体义务,其指向的对象不仅包含代表国家的公权力机关,还包含代表社会的集体力量,在形式上目前主要表现为确认性规范,在内容上则集中体现了《宪法》第33条“公民在法律面前一律平等”原则和第二章下不同基本权利相结合的机会平等理念。在立法技术上,狭义的社会法规范尤其需注重横向同其他部门法的贯通、纵向同具体细则的贯通。目前,我国有关弱势群体保障的法规,多数在规范结构上具有概括性、宣示性和综合性的特点,对相关主体提出了较多非确定性的义务要求,期待执行中依据客观条件的最优化满足。这就需要通过行政法规、地方性法规、规章乃至规范性文件的制定将相关义务进一步具体化,其中不免涉及诸多有关行政服务关系、民事婚姻家庭关系等传统公私法关系,需要向其他部门法广泛寻求规范支撑。否则,社会法将沦为宪法条款的扩写,宪法也不能在社会法中获得真正实施的效果。

① 徐孟洲、徐阳光:《论公法私法融合与公私融合法——兼论〈十一五规划纲要〉中的公法私法融合现象》,载《法学杂志》,2007(1):55。

② 沈建峰:《社会法、第三法域与现代社会法——从基尔克、辛茨海默、拉德布鲁赫到〈社会法典〉》,载《华东政法大学学报》,2019(4):44。

第三法域的其他法律应当广泛地包含环境法、教育法、经济法等。这些法律，首先形式意义上应当在总则中列明“根据宪法，制定本法”，在指明立法权来源与依据的同时，外观上确立其实施宪法的功能，避免新兴第三法域的相关法律不自觉地成为传统公私法领域强势法律部门的“附属法”或“衍生法”。在整体的第三法域中，宪法的价值取向是对权力与类权力的社会力量综合展开规定，框定“集体利公行动”的规范内容。<sup>①</sup>因此，笔者并不赞同简单地将经济法归入作为纯粹私法的民法或民商法，或者将环境法、教育法等归入作为纯粹公法的行政法这样的类型化方式。其次，在实质意义上，其内容的主要来源应当包含两个方面：一是宪法的直接规定，如总纲中的政策性规定、关于公民社会经济文化权利的规定，如有关社会主义市场经济体制的要求、有关公民接受教育的要求、有关自由进行科学文化活动的要求等；二是由宪法规范与宪法原则所凝练的宪法内在精神，如结合《宪法》第26条改善生活生态环境规定与第33条尊重保护人权规定，衍生出宪法保障以人类整体发展为核心的关乎和平、安全、环境等要素的第三代人权的内在取向，为第三法域的立法提供内容导向。这一点虽然同狭义的社会法具有同构性，但非狭义社会法的其他第三法域法并不必然承担通过倾斜保护以尽可能向群体提供均等机会的职能。

## （二）确保宪法和部门法及部门法体系之间的衔接沟通

从宪法端点考察宪法和部门法之间的衔接问题时，须先行挖掘宪法制度结构性失衡的节点，解决立法实施结构同宪法结构之间的脱节。其中，解决宪法制度不均衡主要应从如下两个方面进行：

第一，加入并充实宪法保留的内容。由于缺乏足够的宪法保留，部门法基于对自身立法目的、治理效率的追求，不断地侵蚀和挤压宪法的规范空间。要想避免这种现象的滋生和蔓延，必须在宪法中框定必要的宪法保留制度，以求既能够给部门法立法预留出足够的空间，同时也尽量避免或者适度压制部门法立法的恣意和过度膨胀。从宪治的角度来说，这应当是其所追求之“多数决的安全阀”与“有限政府”的题中应有之义。前述立场在实践层面的先例在世界其他国家其实已然存在，主要表现样态则包括：从标准上，由宪法排他性规定限制基本权利的条件和限度，法律无法对此进行变更；从内容上，列举不能做出限制的负面清单。在我国，虽然宪法文本没有做出明文保留的规定，但是在默示惯例的角度，宪法实际上存在着绝对保留领域。例如，有关国家建构的基础制度的事项，仅能由宪法进行规定，且无法通过宪法上的授权将此权力移交于法律。有关我国国体、政体的规定，以及我国基本政治和经济制度的性质规定等事项，均属于此类。我国《宪法》第51条为限制基本权利提供了间接、概括的条件，即维护“国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”的需要，但并未形成严格的保留，使部门法各自立法裁量的空间偏大。在此基础上，可比照行政法意义上的法律保留，审慎地扩展宪法相对保留的领域，将立法限定于在宪法授权的基础上进行。有关不得限制及克减的公民基本权利，在宪法没有先行规制的情形下，法律不得径行做出创制性规定。其变更应当通过修宪方式，在法律需要先行做出规定或部分地区需要先行试点时，须由全国人民代表大会发布具有明确授权表示的规范性文件。

第二，对于特别重要的部门法原则，如有上升为宪法层面的必要，应当通过宪法文本予以确认。目前的学界研究中，产生“载入宪法”呼声的部门法原则集中于公法中，主要包含行政法中的行政公开原则、刑法中的罪刑法定原则以及刑事诉讼法中的无罪推定原则。但是，如果不加思辨地将部门法原则统统纳入宪法规范甚至宪法原则的范畴，将导致宪法的内容过于烦冗，事项失去其根本性。因此，对主要的部门法原则作为宪法内容的考察，本质是考察由该原则发展出的相关制度是否具备足够的宪法基础。具体而言，应当从如下角度进行确认：（1）该部门法原则是否能够通过宪法文本相对直接、完整地推导而出。一些部门法原则虽然未在宪法文本中明文规定，却能通过宪法

<sup>①</sup> 赵红梅：《第三法域社会法理论之再勃兴》，载《中外法学》，2009（3）：437。

条款直接引申出,便无须增添新的条款予以总结、重复。反之,如果该部门法原则仅能通过宪法条款推引出其一部分内涵,那么完整意义上的该原则就只能依托于立法约束司法权、行政权,而难以调控立法权的活跃。(2)该部门法原则是否同宪法文本中的其他条款具有明确的逻辑关系。例如罪刑法定原则,既能够成为《宪法》第33条人权保障概括性规定的内涵子项,也能够从中演绎出《宪法》第37条人身自由不受侵犯的具体要求。此外,由于定罪量刑可能涉及多项基本权利的克减与限制,其所指向的法益保障要求类同于第二章多数基本权利的概括综合,同既存宪法条款之间具有高度相容性。如果经过上述筛查,认为某一部门法原则确有必要通过宪法条款进一步夯实稳固,应当及时通过修宪程序予以补强。依据前述确认规则,刑法中的罪刑法定原则、刑法中的无罪推定原则应当考虑提升为宪法原则。承载民法之私法自治精神的契约自由、物权法定、平等原则等也应当考虑提升为宪法原则,以此为社会主义制度下宪法与民法关系的协调提供宪法基础。

需特别注意的是,宪法制度结构性不均衡问题的直接解决策略是从宪法本身入手,以宪法文本的调适为基础手段。但是,不能过当地依靠通过宪法修改的方式解决前述问题,其原因在于,过于频繁的宪法修改将损害宪法作为根本法应有的稳定性。与此同时,宪法解释与合宪性审查制度在我国尚处于建构初期,存在立法回应不足、程序不完备、性质难以界定、易于同其他既存机制混同等问题。因此,从实践的角度来看,前述设想难以在短期内通过规范的制度性变迁方式实现。相关宪法制度亟须完善,必要时应当选取过渡性手段。在宪法修改、宪法解释、合宪性审查难以立即进行的情况下,可以考虑通过有权机关的合宪性解释、全国人大在基本法律与非基本法律制定过程中的授权与立法解释等既有制度填补相关空缺。在当前制度安排下,立法过程中的合宪性控制是相对稳妥的路径。它在主体、权限、目的、效力方面区别于事前的合宪性审查,而是隶属于立法权行使环节。相较于程序规定、制度供给尚不全面的宪法监督,合宪性控制似乎具有更加成熟的运作经验。它能够在部门立法尚未颁布实施前,最大程度消解其中可能存在的大部分形式合宪性与实质合宪性问题。依据我国既有的立法实践,直接与宪法关联的控制样态主要体现于宪法作为立法依据的补充和具体条款的增减、修改。在法律草案的讨论过程中,立法机关对前文问题的探讨,将间接地反映宪法进入立法的尺度。例如在公法和私法中,“依据宪法”的添加与其法域精神如何兼容、私法是否有必要拒斥依据性条款,宪法中相关内容依其重要性与抽象程度,是否有必要在部门立法中再行重述,部门立法如何具体展开宪法原则,等等。上述种种,虽不直接涉及某部规范合宪与否的判断,却也将逐渐成为立法活动中法律草案形成、审议阶段对宪法实施应然程度的取向性标准。

除了着眼于以宪法为中心的纵向辐射体系外,宪法立法实施内部结构混乱造成的横向衔接体系同样需要加以完善。相较于宪法与部门法之间的衔接来说,部门法之间的衔接是完善宪法立法实施的重要补充。部门法彼此之间的对接主要表现为两个层次:公法与私法乃至社会法的跨法域衔接;同一法域内部不同具体部门法的衔接。同一法域内不同具体部门法的衔接,其问题相对零散、琐碎,但在调整方式上,基本能够通过部门法自身的法律适用纠纷技术性解决路径缓和、通过司法权在适当范围内的能动解释补足以及通过立法权的自我平衡与修正解决,大多无须上升至宪法层面。

跨法域的衔接主要集中于公法和私法两大传统部门的贯通。这一贯通主要表现为以下几个维度:其一,内涵精神上的渗透,即公法中出现了具有传统私法意涵的内容、受到了传统私法精神的影响,私法中渗入了具有传统公法特征的价值取向。例如,公法中逐渐出现协商性、互动性的规制方式,私法中对于实质具备更强大力量的社会团体提出了与公权力主体近似的要求。其二,规制模式的镜鉴,即后发的公法部门可能会从民法中汲取相应的概念与制度。例如,在民事主体概念的基础上衍生出了行政主体,在民法诚实信用原则的基础上衍生出了行政法中的信赖保护原则,在民事合同的基础上衍生出了行政协议的概念,等等。其三,制度技术上的接续,即某些私法法律关系的成立、变更、消灭须以特定公法法律关系为基础或者受到公法规范的影响。例如,《合同法》第52

条第五项规定，民事合同违反法律、行政法规的强制性规定的，无效。上述层次的贯通是公法与私法发展中不可避免互动方式，在具体展开时，（1）应当认可两者贯通渗透的必然性，并削减不同体系之间制度衔接的空缺。当私法内容不断充实、细化产生新的关系类型分野后，公法的规制若不能及时跟进，则可能在解释、认定方面产生分歧，最终导致权利救济方面的不周延，反之亦然。（2）应当充分发挥宪法的整合和垂直控制机能，通过合宪性控制的逻辑确保私法与公法的互渗不超过必要的限度，并导引新兴社会法的发展。（3）在具体技术上，应当从范围、事项角度控制公私法互相渗透的界限，确保各自体系的相对完整、独立。概括来说，公法对私法的渗透应当遵循特定目的原则，如维护平等、保障秩序、实现公共用途等。而私法对公法的渗透也需要限定在自治理念、契约精神、诚信原则、法律关系平等理念、纠纷调控与权利救济思路、程序正义等特定领域和事项，且在程度上需为适当渗入而非结构性替代。从直观层面来看，公法与私法之间的衔接似乎并不直接涉及宪法在部门法中的实施，但实际情况并非如此，其原因在于：一方面，公法与私法之间的衔接对于确保法律体系的一体化发展非常重要；另一方面，公法与私法之间的衔接本身其实也是在宪法的价值统合下实现的。

总体而言，在宪法同部门法的交互日益复杂、部门法自身不断推出新领域与新理论的背景下，既不能以宪法条款机械、同一地规制部门法，也不能过分放任部门法的“自由生长”、自给自足。在公私法的传统分野依然具有现实意义的今天，须以宏观的结构性视角归纳宪法在不同法域部门法中的实施，注重整体宪法秩序下不同法律部门特殊性的立法任务。

## On the Implementation and Perfection of Constitution in Legislation

LIU Zhigang<sup>1</sup>, WAN Qianhui<sup>2</sup>

(1. Law of school, Fudan University; 2. Law of school, Southeast University)

**Abstract:** Legislation is important for the implementation of constitution. The implementations of constitution in public and private laws are different. The implementation of constitution in the departmental law is required not only to ensure the integration of values of the constitution, but also to maintain and respect the integrity of departmental laws and the appropriateness between departmental laws, especially between departments of different scopes. The current implementation of constitution in departmental laws is not without problems. For example, there are flaws regarding the connection between the constitution and civil laws, the impact of departmental laws on the constitution's efficacy in the fields of public and social laws, and the problem of the constitution's integrating the laws that have not been clearly defined. These problems are associated with the conflicts in the changes of standards for division, the structural imbalance of the constitutional system, and the inadequate connection among departmental laws. To improve the implementation of our constitution in departmental laws, it is necessary to take legislation of departmental laws as a starting point, to clarify the logic of categorizing legal departments, and to ensure the connection and communication between the constitution and departmental laws as well as the system of departmental laws.

**Key words:** Constitutional enforcement; Legislative implementation; Public law; Private law; Legal branch

(责任编辑 李 理)