

“根据宪法,制定本法”的规范蕴涵与立法表达

张 震

【摘 要】党的十八大以来,在法律制定与修改活动非常频繁的背景下,为了更好地坚持“科学立法”,实现“依宪立法”,探讨如何“根据宪法,制定本法”是一项基础性工作。在对现有法律中明确规定“根据宪法,制定本法”的基本样态进行分类梳理分析的基础上,确定立法中到底什么时候该写入以及如何写“根据宪法,制定本法”,首先,需要明晰其规范意涵,既要整体性地体现宪法精神,也应以具体的规范为依据;其次,确立其入法标准,即以基本法律必须规定为原则,以基本法律以外的法律规定为例外,而且须存在规定的必要;最后,应该规范其立法表述,既包括立法依据、立法理由,也包括表述的文字及标点符号。在梳理和检视现有立法基本样态的基础上,通过上述几个方面的研究,可以为进一步规范完善“根据宪法,制定法律”提供学理上的系统思考和参考。

【关键词】宪法;法律;依宪立法;“根据宪法,制定本法”

【作者简介】张震,西南政法大学行政法学院教授、博士生导师(重庆 401120)。

【原文出处】《政治与法律》(沪),2022.3.108~119

【基金项目】本文系国家社会科学基金规划课题“生态文明入宪研究”(项目编号:2019BFX158)的阶段性成果。

根据全国人民代表大会官网公布的数据,截至2021年10月23日十三届全国人大常委会第三十一次会议闭幕,我国现行有效法律的数量达到288件。^①梳理全部288件法律可发现,自党的十八大以来,制定了63件法律,修改了226件法律。其中,2018年修宪以来,制定了37件,修改了97件。这充分说明,自党的十八大以来特别是2018年修宪以来,我国的立法活动,包括法律的制定与修改,呈现出相当频繁的态势。^②近年来,在加强立法活动的同时,科学立法、依宪立法的要求也在强化。2020年11月召开的中央全面依法治国工作会议明确了习近平法治思想在全面依法治国工作中的指导地位,“科学立法”是习近平法治思想的核心要义之一。“科学立法”,必然要求“依宪立法”。依宪立法,是坚持依宪治国的基本路径和重要内容。学者们主张将依宪立法原则作为最高国家立法机关立法行为的基本准则。^③《全国人大常委会2021年度立法工作计划》明确指出:“坚持以宪法为依据,确保每一项立法都符合宪法精

神。”^④“根据宪法,制定本法”无疑是依宪立法、坚持以宪法为依据、体现宪法精神的最直接体现。

党的十八大以来,开展高强度的制定和修改法律的活动,以及在立法活动中严格根据宪法立法,无疑已经成为近年来备受关注的立法现象。而这种立法现象如何成为规范法学研究的重要命题呢?笔者认为,从该立法现象到规范命题,中间存在一条明显的逻辑线索。从规范宪法学的基本立场和理论上,所谓宪法学,就是以宪法现象为研究对象的一门法律科学。而所谓“宪法现象的逻辑结构”,主要包括了四大要素,即宪法规范、宪法意识、宪法制度以及宪法关系。其中宪法规范主要包括宪法典、宪法性文件等。^⑤因此,在规范宪法学的研究中,宪法规范属于第一位的逻辑要素,而宪法规范又体现在宪法典以及依据宪法制定的法律文件中。因而,规范宪法学的研究必然要关注宪法规范如何体现在宪法典以及依宪制定的法律文件中。那么,如何“根据宪法,制定法律”就构成了围绕宪法规范研究的诸多重

要课题中的基础性环节。一则,研究如何“根据宪法,制定本法”是落实依宪立法的基础环节。二则,研究如何“根据宪法,制定本法”是健全和保证宪法全面实施的体制机制中的重要内容。推进宪法的全面实施,既包括探索宪法自身的内部意义上的实施,也包括重视通过立法活动和法律执行对宪法的外部意义上的实施。正如有学者所言,依宪立法不仅是立法原则,而且是宪法实施行为,由立法机关依据宪法进行立法是宪法实施中一种非常重要的常态化方式。^⑥三则,研究如何“根据宪法,制定本法”是完善合宪性审查制度的前提性条件。

一、法律中明确规定“根据宪法,制定本法”的基本样态及问题

“根据宪法,制定本法”的拘束对象是包括全国人大在内的所有立法者。它要求,关于普通法律中

是否写入“根据宪法,制定本法”的任何讨论,均应当在实定法体系中展开。^⑦截至2021年10月23日,全国人大公布的纳入官网统计数据的有效的全部288件法律中,共有97件明确了根据宪法而制定。

表1中的数据概括展现了明确规定“根据宪法,制定本法”的法律数量及其分布的基本情况。^⑧那么,应该依照什么样的标准去评判这种法律样态,现有的法律样态是否存在问题,且存在哪些问题,又该如何观察思考它呢?在笔者看来,至少需要从以下三个方面展开。

其一,哪些法律该写入,即“根据宪法,制定本法”的入法标准问题。

现有明确规定“根据宪法,制定本法”的法律类别涉及多个部门,既有宪法相关法,也有行政法,还有民法商法、经济法、社会法、刑法以及诉讼与非诉

表1 法律中明确规定“根据宪法,制定本法”的统计(截至2021年10月23日)

法律类别	法律名称	件数
宪法相关法 (49件)	《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》《人民法院组织法》《人民检察院组织法》《全国人民代表大会组织法》《国务院组织法》《民族区域自治法》《全国人民代表大会常务委员会会议事规则》《全国人民代表大会会议规则》《集会游行示威法》《城市居民委员会组织法》《香港特别行政区基本法》《国旗法》《缔结条约程序法》《国徽法》《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》《澳门特别行政区基本法》《国家赔偿法》《法官法》《检察官法》《戒严法》《中国人民解放军选举全国人民代表大会和县级以上地方各级人民代表大会代表的办法》《香港特别行政区驻军法》《国防法》《村民委员会组织法》《澳门特别行政区驻军法》《立法法》《反分裂国家法》《各级人民代表大会常务委员会监督法》《国家安全法》《国家勋章和国家荣誉称号法》《国歌法》《监察法》《英雄烈士保护法》《香港特别行政区维护国家安全法》《反外国制裁法》《监察官法》《陆地国界法》	37
民法商法 (23件)	《民法典》《全民所有制工业企业法》《著作权法》《个人独资企业法》《农村土地承包法》	5
行政法(96件)	《文物保护法》《兵役法》《义务教育法》《土地管理法》《中国人民解放军军官军衔条例》《军事设施保护法》《人民警察警衔条例》《科学技术进步法》《监狱法》《人民警察法》《教育法》《预备役军官法》《体育法》《行政处罚法》《高等教育法》《行政复议法》《国家通用语言文字法》《人口与计划生育法》《科学技术普及法》《民办教育促进法》《海关关衔条例》《行政许可法》《公务员法》《驻外外交人员法》《国防动员法》《行政强制法》《反间谍法》《反恐怖主义法》《国家情报法》《消防救援衔条例》《基本医疗卫生与健康促进法》《社区矫正法》《反食品浪费法》《军人地位和权益保障法》	34
经济法(80件)	《矿产资源法》《预算法》《审计法》《外商投资法》《个人信息保护法》	5
社会法(27件)	《归侨侨眷权益保护法》《残疾人保障法》《未成年人保护法》《工会法》《妇女权益保障法》《劳动法》《母婴保健法》《老年人权益保障法》《职业病防治法》《社会保险法》《退役军人保障法》	11
刑法(1件)	《刑法》	1
诉讼与非诉讼 程序法(11件)	《刑事诉讼法》《行政诉讼法》《民事诉讼法》《人民调解法》	4

讼程序法,当然宪法相关法和行政法占的比重最大,共有71件,占据全部97件法律的70%以上,这就说明该两类法律在内容上与宪法关系更为密切。同时,根据宪法制定的法律涉及多个部门,表明宪法在多个领域对立法活动进行规制。需要指出的是,在典型的私法如《民法典》中第1条也明确规定了“根据宪法,制定本法”,说明宪法也可成为私法的直接立法依据,体现了宪法的根本法属性。当然,私法中写明“根据宪法,制定本法”的情形较少,主要与宪法文本中直接涉及私法的内容较少有直接关系。

然而,在宪法相关法中,同属国家标志的四部法律中,《国旗法》《国徽法》《国歌法》均明确了根据宪法制定,《国籍法》则没有明确;民法商法中,《个人独资企业法》明确了根据宪法制定,《合伙企业法》则没有明确;行政法中,《义务教育法》《教育法》《高等教育法》《民办教育促进法》明确了根据宪法制定,《职业教育法》《国防教育法》则没有明确;经济法中,《矿产资源法》明确了根据宪法制定,而同样规范宪法上属于国家所有的水资源的《水法》则没有明确,等等。

以上为数不少的事例显示,有些法律明确规定了根据宪法制定,而有些同性质或同类型的法律又没有规定,那么,究竟哪些法律应该写“根据宪法,制定本法”,即入法标准,需要专门探讨。

其二,由谁制定,即“根据宪法,制定本法”的立法主体问题。

在上述97件法律中,由全国人大制定的法律有28件,分别是宪法相关法中的14件,即《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》《人民法院组织法》《人民检察院组织法》《全国人民代表大会组织法》《国务院组织法》《民族区域自治法》《全国人民代表大会会议事规则》《香港特别行政区基本法》《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》《澳门特别行政区基本法》《国防法》《立法法》《反分裂国家法》《监察法》;民法商法中的2件,即《民法典》《全民所有制工业企业法》;行政法中的4件,即《兵役法》《义务教育法》《教育法》《行政处罚法》;经济法中的2件,即《预算法》《外商投资法》;社会法中的2件,即《工会法》和《妇女权益保障法》;程序法中的3件,即《刑事诉讼法》《行政诉讼法》《民事诉讼法》;此外还

有《刑法》。其他69件明确规定“根据宪法,制定本法”的法律,均由全国人大常委会制定。

明确规定“根据宪法,制定本法”的法律的立法主体应该是谁,或者说,此类法律是否均需要全国人大制定呢?我国《宪法》第62条明确规定,全国人大可制定基本法律。有学者指出,“根据宪法”制定的法律与基本法律并非同一概念。^⑨“根据宪法,制定本法”强调的是一部法律在内容上的宪法依据性,而对立法主体并没有特殊要求,只要享有国家立法权即可。依据《宪法》第58条的规定,全国人大和全国人大常委会享有国家立法权。因此,从理论上讲,全国人大和全国人大常委会均有权根据宪法制定法律。

其三,该怎么写,即“根据宪法,制定本法”的规范性表述问题。

首先,从立法理由上看。在上述97件法律中,只规定“根据宪法,制定本法”,而没有具体规定制定法律的目的、理由等其他事项的有5件,分别是《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》《国务院组织法》《民族区域自治法》《缔结条约程序法》《戒严法》。另外,《民事诉讼法》的表述比较特别,其第1条规定:“中华人民共和国民事诉讼法以宪法为根据,结合我国民事审判工作的经验和实际情况制定。”虽然该表述与上述四部法律不同,但事实上,这一条款除了规定立法依据,也没有写明立法目的和理由等其他事项。除上述几件法律以外,其他所有的法律,不仅在第1条规定了“根据宪法,制定本法”,还明确规定了与该法名称相一致的具体的立法目的和理由。

立法理由表明一部法律为什么制定以及要达到什么目的,在法律中只规定根据宪法制定能否构成足够的立法理由,能否达到立法目的呢?这涉及对“根据宪法,制定本法”内涵的理解问题。

其次,从立法依据上看。在上述97件法律中,既规定了根据宪法,也规定了还要同时根据其他法律的,有14件。可分类列举如下:(1)职权类、选举类法律,包括《全国人民代表大会常务委员会议事规则》《全国人民代表大会会议事规则》《中国人民解放军选举全国人民代表大会和县级以上地方各级人民代表

大会代表的办法》《驻外外交人员法》《监察官法》；(2)关于特别行政区的法律，包括《香港特别行政区驻军法》《澳门特别行政区驻军法》《香港特别行政区维护国家安全法》；(3)军人类法律，包括《中国人民解放军军官军衔条例》《预备役军官法》；(4)教育类、科技类法律，包括《义务教育法》《高等教育法》《民办教育促进法》《科学技术普及法》。

一部法律的立法依据，能否既规定根据宪法，又规定根据法律呢？这涉及宪法和法律的关系以及法律内部的位阶问题。

最后，从立法时间上看。在上述97件法律中，有6件法律原本没有规定“根据宪法，制定本法”，后经过修改才予以规定。(1)《全国人民代表大会组织法》于2021年3月11日经第十三届全国人民代表大会第四次会议修正后，增加规定；(2)《人民法院组织法》《人民检察院组织法》均于2018年10月26日经第十三届全国人民代表大会常务委员会第六次会议修订后，增加规定；(3)《文物保护法》于2002年10月28日经第九届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议修订后，增加规定；(4)《土地管理法》于1998年8月29日经第九届全国人民代表大会常务委员会第四次会议修订后，增加规定；(5)《中国人民解放军选举全国人民代表大会和县级以上地方各级人民代表大会代表的办法》于1996年10月29日经第八届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议修订后，增加规定。

在法律制定的时候，没有明确规定“根据宪法，制定本法”，修改的时候补充写入，是否符合立法原意，是否更体现宪法精神呢？这涉及“根据宪法，制定本法”对依宪立法的程序与技术要求，以及法律对宪法精神的体现程度等问题。

二、“根据宪法，制定本法”的规范意涵

分析并解决“根据宪法，制定本法”的法律样态中存在的问题，首先需要明确“根据宪法，制定本法”的规范意涵。

其一，“根据宪法，制定本法”表明了一部法律在法律体系中的地位及其与宪法的关系。

所谓根据，一般是指依据，作为根据，以之为基础。^⑩法律是一门科学，有自身的体系，上下和左右

之间，特别是与宪法不能抵触。^⑪尽管从理论上讲，宪法是所有法律的立法依据，但事实上，并非所有的法律都直接根据宪法制定。一部法律明确规定“根据宪法，制定本法”，表明了其在法律体系中属于重要的法律，或者至少具有特殊的意义，与宪法有比较直接密切的关系。从立法学的基本原理看，宪法优位与宪法保留是基本原则。所谓宪法优位，就是强调宪法的最高地位、效力，以及作为法律的最高依据。所谓宪法保留，就是强调国家带有根本性的问题只能由宪法规定。依照此原理，一部法律明确规定了根据宪法制定，即表明了其在内容上、地位上的特殊性以及与宪法的紧密关系。

其二，“根据宪法，制定本法”要求对宪法精神、价值等予以整体性体现。

《全国人大常委会2021年度立法工作计划》要求：“坚持以宪法为依据，确保每一项立法都符合宪法精神。”^⑫斯蒙德教授曾经指出，宪法具有统一性，宪法代表了一种统一的价值。^⑬根据宪法制定法律，本质上就是要求每部法律整体上体现宪法的精神。所谓宪法精神，其核心内涵在于通过对实现国家发展目标的主要手段即国家权力的建构与规范，满足对人的美好生活蕴含的人权与基本权利的保障，具体体现在宪法指导思想、基本原则以及其他宪法规范形成的整体性价值中。一则，宪法指导思想既是指导宪法制定、修改和实施的思想原则和理论体系，同时也能指导普通法律的制定、修改和实施。宪法指导思想相对于法律的宪法根据是抽象的、宏观的，既直接规制立法活动，也往往需要与具体宪法规范和制度体系共同发生作用。二则，宪法基本原则即为宪法在调整社会关系时所采取的基本立场和准则。宪法基本原则是宪法指导思想的重要体现，它把制定和修改宪法的目标追求、价值取向具体化为宪法调整不同社会关系的基本立场和准则，从而在制度层面和创制宪法规范层面保证宪法所调整的社会关系整体的和谐有序。三则，宪法全部的规范体系形成了一种整体性价值，其核心内容在于对人民的美好生活的满足和国家的发展目标的实现，终极价值在于通过国家发展促进人权保障。这就要求法律的制定及制度安排，必须以整体性价值为基本

标准。

其三,“根据宪法,制定本法”往往以宪法文本中所表述的某些规范与制度体系为具体依据。

宪法规范是调整宪法关系并具有最高法律效力的法律规范的总和,是依据特定的价值次序编排的、由宪法典规定的、诠释宪法价值与宪法原则的行为规则。政治性、最高性、原则性、组织性和限制性是宪法规范的基本特点。^⑩宪法规范主要包括权利义务规范、国家机构规范和国家制度规范。作为更加直接的具有宪法制度意蕴的立法依据,其与宪法规范的政治性、法律性、最高性、原则性之间的平衡和实质内涵有必要予以精准把握,具体包括以下四种情形。

一是宪法权利、义务的法律具体化。当宪法上的公民基本权利与义务在宪法中没有足够具体化,且宪法解释难以明确做出的情形下,应该根据宪法制定法律。自近现代意义上的宪法产生以来,人一直是宪法最关注的对象,也是宪法关系中的第一主体。^⑪公民基本权利是彰显人的主体性价值的最主要体现。我国宪法共明确列举了包括平等权在内的至少28项公民基本权利。现行宪法中的权利条款,大量使用了类似“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由”的表述,即只是列举了权利本身,但某项权利的具体规范要素和内涵等均没有明确。当一项权利写进宪法和法律,就成了宪法权利和法律权利,我们不能再以其系自然权利、不言自明等理由来认为,这些权利的内涵一定是确定而明确的。事实上,基于种种原因,同样的权利名称在不同国家宪法中的内涵、侧重等可能是不同的。因此,根据宪法制定法律是对宪法中的基本权利内涵具体化最常用的一种方式。

此外,我国现行宪法中除了明确列举的权利,还有类似其第33条等规定的抽象的人权条款,以及除了宪法关于公民权利和义务一章以外的其他章节条款中所蕴含的权利内涵,也会成为法律制定中权利部分的宪法依据。与权利条款一样,宪法中的义务条款虽然有明确的宪法规定,但是对于公民的行为要求等需要具体明确其内涵,因而构成法律制定中关于义务规定的宪法依据。

二是宪法中有关国家机构的组织、职权的法律具体化。现行宪法规定的国家机构主要包括全国人民代表大会、中华人民共和国主席、国务院、中央军委、地方各级人民代表大会和地方各级人民政府、民族自治地方的自治机关、监察委员会、人民法院和人民检察院等。上述大量的职权条款构成法律中关于国家机构组织、职权等规范的宪法依据。以全国人民代表大会的职权为例,《宪法》第62条规定了十六项之多,比如对中央国家机关负责人的选举决定等的规定,成为相对应的各种组织法等直接立法依据。

三是宪法中国家制度的法律具体化。宪法中的国家制度条款集中体现在宪法的第一章“总纲”中。自2018年修宪以后,我国宪法上的国家基本制度体系,由原有的经济制度、政治制度、文化制度、社会制度发展为包括经济、政治、文化、社会、生态在内的五大制度体系。^⑫上述五大国家基本制度体系是经济、政治、文化、社会、生态领域立法的宪法依据。如《宪法》第26条规定:“国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害。”那么就会产生生活环境和生态环境是什么关系,宪法上的环境是否就等同于生活环境加生态环境,“公害”概念在中国法的制度安排上和日本法有何不同等问题。上述问题的答案构成相对应的环境和生态类立法的依据。

四是宪法序言中规范内容的法律具体化。我国宪法的序言,不管是从内容上看,还是从效力上以及功能上看,均是非常特殊的。笔者赞成宪法序言全部具有法律效力说,宪法序言中记载历史事实的部分是新制度建立和实行的基础及根据。^⑬宪法序言,以特殊的历史叙事和政治叙事的方式,描述了我国政权的性质、党的领导等非常宏大的命题,同时强调了宪法的最高法律效力,还叙述了台湾的地位问题,这些内容不仅仅属于政治命题,也可以通过宪法表述成为重大的基本的宪法命题,特别在一些具体的内容上,会成为我国基于特殊需要立法的直接依据。

三、“根据宪法,制定本法”的入法标准

明确了“根据宪法,制定本法”的规范意涵之后,应该确定到底哪些法律以及在何种情形下应写入该表述,即所谓“根据宪法,制定本法”的入法标准。笔

者主要从以下几个方面展开讨论。

其一,确实存在明确规定“根据宪法,制定本法”的必要。

一方面,从宪法角度而言,基于宪法规范的原则性、抽象性,包括公民权利义务、国家机构等,几乎无法完全通过宪法规范自身予以直接实施。因此,宪法中需要具体予以制度化实施的内容,就存在以宪法为直接依据,制定法律的必要。以宪法上的经济制度为例,其无疑是法律体系中最活跃的制度之一。虽然现行宪法对经济制度的规定涉及了经济制度的基础、分配制度的原则、国有经济的地位、集体经济的形态、自然资源及土地的所有、财产的保障、市场经济的政策等多个方面,但均属原则性的规定。因此,宪法上的经济制度若要在法治实践中发挥实际的规范作用,就需要制定大量的民事立法和经济立法。

另一方面,从法律角度而言,一部法律明确规定“根据宪法,制定本法”,不仅仅是为了彰显其自身的重要性,更是为了表明其对宪法规范的具体制度化,在国家法律制度体系中的重要性以及可以成为其他更加具体的法律的立法依据。以民法典为例,对其进行编纂是对以1982年宪法为基础的改革开放的成就的法律确认。在这个过程中,宪法能提供最重要的指引,从而使得立法者在编纂民法典时对各种法律、法规和司法解释进行有效整合,以建立真正符合宪法精神的民法典规范体系。因此,在民法典中写入“根据宪法,制定本法”,也强调了民法典应符合宪法的精神。^⑧再以环境法体系为例,目前涉及环境保护的法律中,没有一件明确规定“根据宪法,制定本法”,这是相当不合理的现象。从学理上看,不管是重要的自然资源管理制度还是有关环境保护的制度,均属于总纲中应由“基本法律”予以规范的事项。^⑨从实证法上看,环境法体系中没有一件“根据宪法”制定,导致其无法承担新时代以来生态文明建设的法律功能,无法起到环境保护基本法的作用,甚至也不利于环境法体系自身的发展。^⑩

其二,所有的基本法律均应该明确“根据宪法,制定本法”。

以宪法为核心的法律体系,是我国法律体系在

官方及学理上最基本的表述。^⑪根据宪法第62条和第67条的规定,在我国宪法关于法律的描述中,存在基本法律和基本法律以外的法律的区分。基本法律包括,涉及民事、刑事、国家机构以及其他可成为基本法律的法律。基本法律以外的法律,可称为非基本法律。学术界对基本法律的概念、内涵、效力等进行了专门研究。^⑫依据法律效力理论,存在以宪法为最高法律和核心的法律效力的不同梯级。基本法律被普遍认为仅次于宪法的法律效力等级的“第二层次”或“二级大法”。^⑬居于“第二层次”或“二级大法”的效力等级,意味着基本法律在法律体系中直接与宪法发生紧密联系。也就是说,基本法律的内容可以直接依据宪法,因此,基本法律均应该明确规定“根据宪法,制定本法”。除了民事、刑事、国家机构的法律自带基本法律属性,其他可以成为基本法律的法律的判断标准,就是内容上具备宪法问题属性。所谓宪法问题属性,就是指制度本身具有重要性,在某一领域获得基础性地位,涉及国家发展重大目标以及公民权利的保障和义务的履行等内容。以生态文明为例,党的十八大将其提升为五位一体建设总体布局的重要一环,党的十九大将其定性为实现中华民族永续发展的千年大计,其国家发展重大目标属性非常突出,随着2018年修宪,生态文明被写进宪法,建设生态文明成为宪法上确认的国家发展的目标,生态文明制度随之也成为宪法上国家制度体系的重要组成部分。^⑭因此,以宪法上的生态文明为核心价值和直接依据而编纂的“环境法典”当然就具有基本法律属性。^⑮

其三,基本法律以外的法律,在内容上确有直接宪法依据的情形下,也可以明确规定“根据宪法,制定本法”。

一部法律能够明确规定根据宪法制定,其基本要求就是内容在宪法上确实能找到依据,而且是直接依据。因为所谓间接依据,实际上依据的不是宪法,而是依据宪法制定的法律。一般而言,基本法律以外的法律,不能写“根据宪法,制定本法”。但是,如果基本法律以外的法律,确实有明确的宪法依据,而且有特殊的需要,在特定情形下,也可以明确规定“根据宪法,制定本法”。所谓宪法上的依据,是指宪

法明确规定的內容,既包括宪法明确列举的事项,也包括宪法概括规定的事项;既包括宪法指导思想、基本原则,也包括规范与制度体系;既包括宪法的权利义务规范,也包括国家制度以及国家机构规范等。

其四,只要存在足够理由,一部法律在制定之初,就应该明确规定“根据宪法,制定本法”。

立法者在立法的时候,应该确定清楚,一部法律是否应该明确规定“根据宪法,制定本法”。笔者认为,只要具有前文所述的几种情形,即构成了明确规定“根据宪法,制定本法”的充分理由。在此前提下,基于立法本身的科学性、准确性、严谨性的要求,以及为了更好地确立一部法律在以宪法为核心的法律体系中的地位,均应该在其制定之时,即明确规定“根据宪法,制定本法”。

四、“根据宪法,制定本法”的规范表达

如何在法律中具体表述“根据宪法,制定本法”,是落实“根据宪法,制定本法”这一重要规范命题在形式上的必然要求。其可从以下几个方面展开探讨。

其一,一部法律的立法根据,不宜既写宪法,又写法律。

学理上及官方最权威、最普遍的表述,即“以宪法为核心的法律体系”,意味着宪法在一国的法律体系中具有最高的法律地位,宪法和法律处于不同的法律效力的位阶,宪法和法律混同出现在一部法律中,共同作为立法根据,是不合适的。事实上,不管是现行宪法条文本身,还是在我国领导人讲话以及官方的正式文件中,宪法和法律从来是分开表述的。《宪法》第5条明确宣告:“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”习近平总书记于2012年12月4日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强调:“任何组织或者个人,都不得有超越宪法和法律的特权。一切违反宪法和法律的行为,都必须予以追究。”^②全国人大常委会2021年的工作报告中也使用了“全面担负起宪法法律赋予的各项职责”和“把宪法法律赋予的职责履行好”等将宪法和法律分

开使用的表述。^③

如前文所述,在97件“根据宪法”制定的法律中,有的既写了根据宪法,也写了根据其他法律,在笔者看来,这种表述混淆了宪法和法律的不同位阶关系,而且结合具体的情形看,也确无必要。择其要者如下。第一,《全国人民代表大会常务委员会会议事规则》《全国人民代表大会会议事规则》《中国人民解放军选举全国人民代表大会和县级以上地方各级人民代表大会代表的办法》《中国人民解放军军官军衔条例》《预备役军官法》《监察官法》这六部法律,没有必要写“根据宪法”,它们在内容上没有直接的宪法依据,其直接依据分别是《全国人民代表大会组织法》《选举法》《兵役法》《监察法》。第二,《义务教育法》《高等教育法》《民办教育促进法》的立法根据,无须既写宪法又写《教育法》。依据宪法第19条第1款“国家发展社会主义的教育事业”的规定,宪法可直接构成有关教育事业发展的立法依据,同时根据该条第2款“国家举办各种学校,普及初等义务教育,发展中等教育、职业教育和高等教育,并且发展学前教育”的表述,也可直接作为《义务教育法》《高等教育法》的立法根据。但是从逻辑上看,教育事项自然包括义务教育、高等教育、民办教育等,而且宪法、教育法、具体事项的教育法构成了一个明确的逻辑关系链,即宪法涵盖教育法,教育法涵盖具体事项的教育法,因此在《教育法》已经明确规定了有关义务教育、高等教育、民办教育等事项的前提下,《义务教育法》《高等教育法》《民办教育促进法》的立法根据只写《教育法》即可。第三,《科学技术普及法》的立法根据用“根据宪法和有关法律”也不妥。依据《宪法》第20条规定:“国家发展自然科学和社会科学事业,普及科学和技术知识,奖励科学研究成果和技术发明创造。”宪法已构成对《科学技术普及法》直接的、明确的、足够的根据,而再在其立法依据中增加“有关法律”的表述,既没必要,也不精确。

其二,一部法律的立法根据,既可以只写宪法,也可以增加“根据实际经验”等表述。

就第一种情形而言,如前文所述,“根据宪法,制定本法”已经具备了比较明确的内涵,因此,一部法律的第一条在表述立法依据时,只写“根据宪法,制

定本法”是妥当的。就第二种情形而言,任何一部法律,根据宪法制定的同时,明确具体的立法事项或理由,再根据一定的实际情况或者经验等进行表述,既合理也较常见。彭真曾经指出,立法需要两个根据,一是实际情况,二是宪法。^⑧事实上,在“根据宪法”制定的97件法律里面,为数不少属于此种情形。如《妇女权益保障法》第1条规定:“为了保障妇女的合法权益,促进男女平等,充分发挥妇女在社会主义现代化建设中的作用,根据宪法和我国的实际情况,制定本法。”

其三,“根据宪法”中的宪法不宜具体化为某一条或某几条。

诚然,根据宪法制定的某部法律,往往是对宪法中某一项制度的具体化,但是宪法上的指导思想、基本原则是一个整体,宪法的具体条文之间也形成了一个有内在逻辑联系的规范体系,因此,具体写明根据宪法某一条或某几条制定某部法律,是无法真正体现宪法的整体性精神和价值的。以2021年修订以前的《兵役法》为例,其第1条规定:“根据中华人民共和国宪法第五十五条‘保卫祖国、抵抗侵略是中华人民共和国每一个公民的神圣职责。依照法律服兵役和参加民兵组织是中华人民共和国公民的光荣义务’和其他有关条款的规定,制定本法。”在笔者看来,这在立法技术上有瑕疵的。《兵役法》近70个条文,涉及的宪法制度或条款,绝对不仅只涉及宪法上的依法服兵役义务的条款。例如,其第5条规定:“中华人民共和国公民,不分民族、种族、职业、家庭出身、宗教信仰和教育程度,都有义务依照本法的规定服兵役。”这条实际上涉及《宪法》第33条的平等权条款。当然,该法在立法的时候可能也考虑到了,仅仅依据宪法上的服兵役条款不够,其第1条也明确了依据“其他有关条款”,但事实上,它所涉及的“其他有关条款”太多了,因此这样的立法术语,既不准确,也不精炼,更无必要。因此2021年全国人大常委会对《兵役法》进行了修订,将立法依据改为“根据宪法,制定本法”。

其四,“根据宪法,制定本法”的立法技术规范应该统一,既包括立法语言的规范,也包括其本身范式的一致。

“法律的用语明确,要使法律用语对每一个人都能唤起同样的观念。”^⑨从立法学上的要求看,严谨、表述统一等,是立法语言的基本要求。^⑩

一方面,“根据宪法”中的“宪法”的含义是确定的。如果没有特别说明,法律文件中出现的“宪法”指的就是中华人民共和国现行宪法,其前面没有必要再加定语或其他修饰语。在上述97件法律里面,有11件在宪法前面加了定语,在笔者看来,其实都是没有必要的,择其要者如下。(1)《缔结条约程序法》第1条规定:“根据中华人民共和国宪法,制定本法。”虽然缔结条约程序涉及对外关系,但仍然是全国人大及全国人大常委会等机构的职权,面向国内完全没有必要强调中华人民共和国,即便面向国外,也没必要,因为中华人民共和国政府是代表中国的唯一合法政府,这是国际社会公认的事实。《戒严法》第1条规定:“根据中华人民共和国宪法,制定本法。”戒严属于全国人大及其常委会和国务院等机构的职权,完全属于国内事务。《中国人民解放军军官军衔条例》第1条规定:“根据《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国兵役法》的有关规定,制定本条例。”解放军军官军衔制度,属于国内事务,也没有突出“中华人民共和国”的必要。(2)《香港特别行政区基本法》《澳门特别行政区基本法》《香港特别行政区维护国家安全法》等三部法律在首条,均使用了“中华人民共和国宪法”的表述。香港事务和澳门事务均属中国国内事务,《香港特别行政区基本法》《澳门特别行政区基本法》《香港特别行政区维护国家安全法》仍然属于国内法,目前中国现行有效宪法只有一部,因此就没必要在宪法前加“中华人民共和国”的字样。况且,《香港特别行政区驻军法》和《澳门特别行政区驻军法》并没有在宪法前加“中华人民共和国”的表述。(3)《全民所有制工业企业法》《矿产资源法》在宪法前加“中华人民共和国”的表述,也是没有必要的,且并没有特殊意义。

另一方面,“根据宪法,制定本法”这一表述在使用中,标点符号应该统一,这也是立法活动与立法语言严肃性、严谨性的要求。事实上,有的在宪法前加了书名号,如《全民所有制工业企业法》在其第1条使用了“根据《中华人民共和国宪法》”的表述,显得很

突兀,没有特殊意义;还有的在“根据宪法,制定本法”中间没有断句。如《著作权法》第1条规定:“为保护文学、艺术和科学作品作者的著作权,以及与著作权有关的权益,鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播,促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣,根据宪法制定本法。”这种没有断句的表述,既不符合阅读习惯,也不符合语法规则。有学者指出,尽管只是一个符号上的有与没有的问题,但是其却影响到“根据宪法,制定本法”作为一个范式的存在,同时从汉语修辞应有的用词习惯来看,两个并列的词组应当用逗号隔开,这样其才能表达双层涵义。^③

五、余论

“欲成法治,必用二术。一曰立法之术,二曰行法之术。”^④在法律中写入“根据宪法,制定本法”,不仅是立法者依宪立法的自我确证和事实陈述,而且是立法权法定原则的规范要求。^⑤依宪立法既是坚持依宪治国健全宪法全面实施的体制机制的基础环节与主要内容,也是完善以宪法为核心的法律体系的必然要求,还是启动合宪性审查的前置工作。近年来,立法活动越是活跃高频,就越是需要检视是否真正做到了依宪立法。“根据宪法,制定本法”既是依宪立法的应有之义,也是保障科学立法的最核心内容,更是保障法律体系质量的最关键环节。

在前文的论述之外,笔者还想补充说明,所谓根据宪法,是指以宪法为直接依据,在立法实践中可从以下几个方面具体要求。一是,针对“根据宪法”,既不能做过度扩张性理解或解释,也不能进行限缩性解释。进行扩张性理解或解释实际已构成了间接的宪法依据,事实上其立法依据是法律而非宪法;进行限缩性解释则又忽略了宪法规范的发展性。二是,官方针对根据宪法制定的法律所进行的分类是呈现我国法律体系及部门构成的基本样态,但并非意味着,宪法相关法必然要规定根据宪法制定,也并不意味着其他部门的法律与宪法关系较远,不必根据宪法制定。宪法作为国家的根本法是对经济、政治、文化、社会、生态等国家制度的总的原则性的规定,涉及方方面面的内容,因此不管是什么领域的法律,也不管是公法还是私法,只要存在依据宪法制定的理

由,就有必要写明“根据宪法,制定本法”。三是,“根据宪法,制定本法”也绝不意味着,根据宪法制定的法律全部都要在宪法找到直接的文字依据。以民法为例,许多民法规则可能只是一些技术性的规则,直接服务于交易关系。像善意取得、无权处分、登记公示等规则,虽然在抽象意义上都可以归入政治经济体制的范畴,但其本质上主要是一个纯技术性的问题,对这些规范的选择并不涉及违反宪法所确立的基本政治经济体制和公民基本权利,其应属于民法自身的范畴。如果将这些技术性规范全部诉诸宪法,要求从宪法规范中找到具体依据,会导致技术性民事法律问题的泛宪法化,可能降低宪法的地位,弱化宪法在国家和社会中的根本地位和作用。^⑥

总之,通过对“根据宪法,制定本法”的规范意涵、入法标准及技术要求等的研究,在梳理检视现有立法基本样态的基础上,为进一步规范、完善“根据宪法,制定法律”,提供学理上的思考和参考,既是宪法学的重要课题,也是立法学的一项任务。

注释:

①参见《现行有效法律目录(288件)》(截至2021年10月23日十三届全国人大常委会第三十一次会议闭幕,按法律部门分类),<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202110/73d80450e4324fcc918f83b4797ed917.shtml>,2021年11月1日访问。

②参见周旺生:《立法学教程》,法律出版社1995年版,第26页。在此需要说明的是,一般而言,立法是制定、认可、修改、补充和废止法的活动。本文也基本持这一观点,只是本文以“根据宪法,制定本法”为焦点分析观察,因此行文中基本以制定法律为主要线索。

③参见莫纪宏:《依宪立法是依宪治国的出发点》,载《检察日报》2015年1月26日,第3版;莫纪宏:《依宪立法原则与合宪性审查》,载《中国社会科学》2020年第11期;馨元:《依宪立法的思考》,载《华东政法学院学报》2002年第3期。

④《全国人大常委会2021年度立法工作计划》,<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202104/1968af4c85c246069ef3e8ab36f58d0c.shtml>,2021年11月5日访问。

⑤参见林来梵:《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2001年版,第1-2页。

⑥参见胡弘弘:《依宪立法的再思考:“由法律规定”之宪

法实施》，载《政法论丛》2021年第3期。

⑦参见叶海波：《“根据宪法，制定本法”的规范内涵》，载《法学家》2013年第5期。

⑧具体如何规定“根据宪法，制定本法”的相关内容与信息，可以依据表1中所列法律名称的线索获取。

⑨参见韩大元、刘松山：《宪法文本中“基本法律”的实证分析》，载《法学》2003年第4期。

⑩参见《现代汉语词典》(修订本)，商务印书馆1996年版，第428页。

⑪参见彭真：《论新中国的政法工作》，中央文献出版社1992年版，第396页。

⑫《全国人大常委会2021年度立法工作计划》，<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202104/1968af4c85c246069ef3e8ab36f58d0c.shtml>，2021年11月6日访问。

⑬ E. Stein, Staatsrecht 8th, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1982, pp. 50–251.

⑭参见马克思主义理论研究和建设工程重点教材《宪法学(第二版)》，高等教育出版社、人民出版社2020年版，第41–44页。

⑮参见韩大元：《论克隆技术的宪法界限》，载《学习与探索》2008年第2期；周叶中：《宪法(第五版)》，高等教育出版社2020年版，第131页；马克思主义理论研究和建设工程重点教材《宪法学(第二版)》，高等教育出版社、人民出版社2020年版，第39页。

⑯参见马克思主义理论研究和建设工程重点教材《宪法学(第二版)》，高等教育出版社、人民出版社2020年版，第180–184页。

⑰参见胡锦光：《中国宪法问题研究》，新华出版社1998年版，第77–82页。

⑱参见王利明：《何谓根据宪法制定民法？》，载《法治现代化研究》2017年第1期。

⑲参见韩大元、刘松山：《宪法文本中“基本法律”的实证分析》，载《法学》2003年第4期。

⑳参见张震：《环境法体系合宪性审查的原理与机制》，载《法学杂志》2021年第5期。

㉑参见沈宗灵主编：《法理学》，高等教育出版社1994年版，第324页；张文显主编：《法理学》，法律出版社1997年版，第96页。

㉒参见韩大元、刘松山：《宪法文本中“基本法律”的实证分析》，载《法学》2003年第4期；张震：《基本法律抑或宪法性法律——〈村民委员会组织法〉的宪法考量》，载《内蒙古社会

科学(汉文版)》2007年第5期；莫纪宏：《论宪法与基本法律的效力关系》，载《河南社会科学》2010年第5期；林彦：《再论全国人大常委会的基本法律修改权》，载《法学家》2011年第1期；李克杰：《我国基本法律的标准及范围扩张》，载《法制与社会发展》2012年第2期；沈寿文：《“基本法律”与“基本法律以外的其他法律”划分之反思》，载《北方法学》2013年第3期；李克杰：《中国“基本法律”概念的流变及其规范化》，载《甘肃政法学院学报》2014年第3期；易有禄：《全国人大常委会基本法律修改权行使的实证分析》，载《清华法学》2014年第5期；孔德王：《“基本法律”研究的现状与展望》，载《人大研究》2017年第11期；赵一单：《论基本法律的程序性判断机制》，载《政治与法律》2018年第1期；李店标：《论全国人大常委会的基本法律修改权》，载《政治与法律》2020年第9期。

㉓参见莫纪宏：《论宪法与基本法律的效力关系》，载《河南社会科学》2010年第5期；李克杰：《我国基本法律的标准及范围扩张》，载《法制与社会发展》2012年第2期。

㉔参见张震：《生态文明入宪及其体系性宪法功能》，载《当代法学》2018年第6期。

㉕参见张震：《环境法体系合宪性审查的原理与机制》，载《法学杂志》2021年第5期。

㉖全国人大常委会办公厅、中共中央文献研究室编：《人民代表大会制度重要文献选编(四)》，中国民主法制出版社、中央文献出版社2015年版，第1571页。

㉗参见习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社2020年版，第10–11页；《全国人民代表大会常务委员会工作报告》，<https://finance.sina.com.cn/tech/2021-03-15/doc-ikkntiam1498673.shtml>，2021年11月9日访问。

㉘参见彭真：《彭真文选》，人民出版社1991年版，第505页。

㉙[法]孟德斯鸠：《论法的精神(下册)》，张雁深译，商务印书馆1963年版，第300页。

㉚参见周旺生：《立法学教程》，法律出版社1995年版，第296页。

㉛参见胡峻：《“根据宪法，制定本法”作为立法技术的运用》，载《法治研究》2009年第7期。

㉜萧公权：《中国政治思想史》，新星出版社2005年版，第133页。

㉝参见叶海波：《“根据宪法，制定本法”的规范内涵》，载《法学家》2013年第5期。

㉞参见王利明：《何谓根据宪法制定民法？》，载《法治现代化研究》2017年第1期。