

从《宪法》在我国立法中的适用看 我国现行《宪法》实施的状况

莫纪宏

(中国社会科学院法学研究所 北京 100720)

内容提要:评价宪法实施状况必须要建立在科学合理的评估机制基础之上,而对宪法实施性质的正确把握以及对宪法实施作宏观和微观两个方面的考察都是正确认识宪法实施状况的有效手段。宪法实施状况主要在于考察宪法实施的监督、宪法适用以及违宪审查的状况,但是,在我国目前的法治状况下,只有宪法适用状况较为容易评估,特别是全国人大及其常委会制定的法律,因为有具体的法律文本可以进行实证性的评估。目前现行《宪法》文本中存在着结构性的实施状况不平衡问题。《宪法》序言、总纲和公民的基本权利部分相对于国家机构和国家象征部分实施状况要差一些。要全面改进我国《宪法》实施的总体状况关键是要树立“依宪治国”、“依宪执政”的法律意识,让政府和社会公众都来主动关注《宪法》作为根本法的应有权威和对人们行为的约束作用。

关键词:宪法实施 宪法实施的监督 宪法适用 依宪治国 依宪执政

今年是1982年《宪法》颁布实施三十周年。相对于1954年《宪法》、1975年《宪法》和1978年《宪法》而言,现行《宪法》颁布以来,除了在1988年、1993年、1999年和2004年进行了四次修改,产生了31个修正案之外,迄今为止没有在全方位修改意义上作过大的变动,呈现出相对的“稳定性”。解释现行《宪法》仍然有效的方法很多,可以从政治稳定、经济发展和社会繁荣、人民安居乐业、国际环境相对和平等等诸多方面来剖析现行《宪法》获得相对稳定发展期的主客观因素,但从《宪法》本身实施状况来评价现行《宪法》的稳定性特征是一个非常重要和有效的角度。如果《宪法》没有得到实施,现行《宪法》只是停留在“纸上的宪法”,那么,这种形式的稳定可以说没有太大意义,实际上等于否定了宪法存在的意义;如果《宪法》实施状况比较好,说明现行《宪法》的各项规定基本符合社会实际的要求,不需要在文本上做太大的修改就可以有效地生存

下去。因此,对现行《宪法》实施的状况在学术上应当有一个比较令人信服的解释,并且这种解释应当获得理论层面和实践层面有效数据的支持。

在中国宪法学研究会2012年年会上,来自全国各地的宪法学者从不同角度对现行《宪法》颁布三十年来实施的状况做了全面和系统的分析与评估,形成了共识。总的来说,基本肯定的声音占据主流和主导的位置,但也有一些学者提出了比较偏激的看法。在对现行《宪法》颁布三十年实施状况持基本肯定态度的学者中,大多数也只是从某个角度来看待宪法实施的问题,很少有人从方法论和整体意义上探讨现行《宪法》实施状况,就《宪法》实施状况产生的有价值的学术成果和认识结论确实不多,迄今为止尚未产生有说服力的分析宪法实施状况的理论观点和学术成果。

本文旨在从澄清与宪法实施相关的几个理论问题出发,通过构建评价宪法实施状况的评估机

作者简介:莫纪宏(1965-),男,汉族,江苏靖江人,中国社会科学院法学研究所研究员。

制,通过对现行《宪法》在立法中的适用状况的分析,对现行《宪法》的实施状况做出一个实证性的考察,将宪法实施状况的宏观把握与具体细察有机地结合起来,既可以反映对于现行《宪法》实施状况的一定程度的价值认知倾向,同时也可以从更加客观和实证的角度来掌握现行《宪法》的具体条款在实际生活中的“实施程度”,可以在学术上起到正本清源、弘扬实证之风的作用。

一、评价宪法实施状况的几个视角

要对我国现行《宪法》的实施状况有一个比较清晰的判断,最有效的路径分析方法就是先弄清楚谁有宪法实施的职责,这个问题如果清晰了,那么,只要在技术上对每一个有职责实施宪法的主体实施宪法的状况进行分类考证,不难得出宪法实施状况的可靠结论。在此,现行《宪法》序言最后一个自然段的规定是考察《宪法》实施状况的一个非常好的入题点。

我国现行《宪法》序言最后一个自然段规定:“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。全国各族人民、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,都必须以宪法为根本的活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。”根据这一规定不难看出,“全国各族人民、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”都有“保证宪法实施的职责”。从逻辑上来看,对《宪法》实施状况的考察完全可以从上述主体是否正确地履行了宪法实施的职责角度入手。然而,现行《宪法》序言所列举的“宪法实施”的“职责主体”本身是比较抽象的,是“集体主体”与“个人主体”双重主体的结合体,这些混合型主体在保证宪法实施方面的职责,也并非是以严格的法律意义上的宪法义务的形式存在的,而是一种政治学意义上的宣誓。要从法律上来有效地确定宪法实施的职责主体就必须明确现行《宪法》所规定的各项具体宪法义务的担当者如何来有效地履行宪法义务。与此同时,《宪法》作为根本法并不仅仅是一种义务法、职责法或责任法,它还担负着保障公民基本权利的使命,《宪法》中所规定的公民的基本权利是否得到了实施,如何对实施状况加以准确的评估和认定,这些问题都是比较复杂的,必须要依托一

定的法律事实和法律关系才能建立起科学合理的评估机制。从宏观上来看,宪法实施实际上包含了两类活动,一类是宪法遵守;一类是宪法适用。

所谓宪法遵守,就是宪法中凡是涉及到相关主体行为的规定,相关主体都有义务予以遵守。但是,相关主体是否遵守了宪法的规定,遵守到什么程度,如何在法律制度上能够证明相关主体已经遵守了宪法,这些都是很复杂的宪法实施评估问题。这里必然会产生一个关于宪法遵守的核心概念,即“不违反即遵守”。因为在实际生活中,人们的行为都是自发地和大量地、反复出现的,遵守宪法的行为也是如此。在法律评价机制上无法对所有具有遵守宪法义务的主体行为建立一种可靠和有效的跟踪评估机制,只能采取逻辑上的“排除法”,也就是说,只要是没有出现“违反宪法”的情形,即意味着宪法得到了“遵守”。而“违反宪法”的行为是有限的,而且可以通过制度化的手段来加以确认,并且形成肯定性的认识结论。当然,如果在性质上属于“违反宪法”的行为,但在实践中没有被有权认定违宪行为的专门机构加以确认,那么这样的“违反宪法”的行为在法律性质上仍然属于遵守宪法的范畴。对于可能存在的“违反宪法”得不到确认和有效处理的行为,只能从制度上建立起“监督”机制,通过各种途径来尽可能多地发现违反宪法的行为,或对违反宪法的行为予以及时制止,从而保证宪法的各项规定得到有效的遵守。

所谓宪法适用,就其实质来说,也是一种形式的宪法遵守,只不过相对于一般性的宪法遵守行为来说,宪法适用行为需要服从特定的宪法程序的约束,并且在法律评估机制上非常容易判断宪法适用行为是否构成了违反宪法的行为。例如,根据现行《宪法》第67条的规定,全国人大常委会有权解释宪法,如果国务院颁布一个具有正式解释宪法效力的文件,那么就非常容易判断国务院解释宪法的行为构成了违宪,因为现行《宪法》并没有赋予国务院解释宪法的职权,国务院显然是超越《宪法》规定的职权来解释宪法。当然,对于全国人大常委会来说,如果其长期不行使宪法解释权,或者是在其他国家机构提请解释宪法后仍然拒绝解释宪法的,这种行为便构成了“宪法适用不作为”,也应视为“消极意义上的违反宪法”。故相对于一般公民和社会组织是否遵守宪法的法律评价机制来说,对于依据

宪法受特定宪法程序约束必须运用宪法来解决实际生活中存在的具体宪法问题的国家机关是否依据宪法来有效地“适用宪法”,是完全可以法律评价机制上做出准确的评估结论的。而且为了保证宪法实施的效果,对于宪法适用行为可以建立起更加直接有效的监督制度来保证宪法适用行为符合宪法实施的各项要求。

由此可见,在对待宪法实施状况问题上,几个比较重要的事项是值得关注的,一是宪法实施的监督机制是否健全;二是宪法适用机制是否有效地建立;三是违反宪法的行为是否得到有效处理。可以说,目前的主流宪法学理论在评价宪法实施状况时主要考察上述三个方面的问题。但是,也应当看到,宪法实施本身毕竟是一个独立的宪法现象,它的核心价值要求是宪法规定在实际生活中的实现,因此,相对于宪法实施的监督来说,宪法实施本身更重要。宪法实施的监督只是保证宪法实施的一项重要的制度机制,本身并不能代替宪法实施,加强宪法实施的工作也不能只抓对宪法实施活动的监督。宪法适用是一种特殊形式的宪法实施,因为受到比较明确的宪法程序的约束,所以,宪法实施状况通常比较容易判断,但是,具有宪法职权的国家机关长期怠政,也会影响宪法实施的效果,故在国外宪法制度中,大多数确立了国家机关宪法适用不作为的控制制度。一个国家的宪法实施状况与负有宪法实施职责的主体的违宪状况紧密相连。在一个法治社会中,由于人们的行为完全纳入到法治评价体系中,故违宪行为越多越频繁,意味着宪法实施的效果和状况就越不佳;相反,违宪行为很少,则意味着宪法实施的总体状况良好。但是,违宪行为的出现以及对违宪行为的处理还涉及到各种非“法治”因素的影响。事实上,在很多人治社会中,由于缺少必要的违宪审查机制,大量的违宪行为无法被有效地发现,所以,尽管通过制度机制发现和加以处理的违宪行为很少,但不能因此就简单地断定这个国家宪法实施的状况很好。

综上所述,宪法实施的监督、宪法适用和违宪审查是三项评估宪法实施状况的重要制度机制。只有对上述三项评估宪法实施状况的制度机制运行状况进行科学合理的评估,才能从宏观意义上对

一个国家宪法实施的总体状况作出有意义的评价结论。

二、现行《宪法》在我国立法中的适用状况评估

宪法实施状况的评价属于一项专门性的法律评价活动,既有主观性,又有客观性。主观性来自于评价主体的多元和评价方法和标准的多元,客观性来自于宪法实施状况必须针对一些具体的被评价对象。根据上述分析宪法实施的三项重要评估机制来看待我国现行宪法的实施状况,其中有一些评估机制无法有效地启动,如违宪审查机制;有些则因为评估的对象不具有确定性而暂时无法纳入科学评估的范畴,如宪法实施的监督。尽管我国现行《宪法》和《立法法》已经明确规定全国人大常委会可以对行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例是否违宪进行审查,但是,迄今为止,全国人大常委会并没有依据《立法法》第90条、第91条的规定对行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例是否违反了宪法作出过一次审查,故目前无法从“违宪行为”的状况来评估宪法实施的状况,可以入手的评估机制只有“宪法实施的监督”与“宪法适用”两项评估机制。但考察“宪法实施的监督”的状况,如果根据现行《宪法》第62条和第67条的规定,存在着“全国人大监督宪法实施”与“全国人大常委会监督宪法实施”两个方面的宪法实施监督问题,在全国人大及其常委会对“监督对象”存在“宪法”与“法律”混合体的制度背景下,很难就某一具体的监督措施作出是否属于“宪法实施的监督”抑或是“法律实施的监督”的定性,故目前从“宪法实施的监督”角度来考察宪法实施的状况也存在诸多无法克服的逻辑矛盾和理论困境。本文仅就现行《宪法》在我国立法中适用的基本状况来分析我国现行《宪法》实施状况,这是目前在学术上通过数量统计进行整体分析后可以得出一般性结论的唯一的实证路径,也是当下评估宪法实施真实状况的能够达成若干共识的认识平台。

宪法作为根本法,是其他法律形式赖以产生的法律依据。在现代法治社会中,没有宪法的授权,一切立法机关的立法行为都不具有正当性。“对法律的合宪性控制作为一项现代宪法的基本原则是如此之重要,以至于可以说,没有对法律的合宪性

审查就没有宪法,就没有法治,就没有宪政。”^①我国现行《宪法》也明确规定了“依宪立法”原则。其中相关的条文涉及到以下几个方面:第5条第3款规定:一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。第89条第(一)项规定“国务院行使下列职权:根据宪法和法律,规定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令。”第100条还规定“省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规,报全国人民代表大会常务委员会备案。”《宪法》的上述规定都表明了“依宪立法”这一重要原则,特别是全国人大及其常委会制定的基本法律和基本法律以外的其他法律、国务院制定的行政法规、地方人大及其常委会制定的地方性法规都需要“依据宪法”。本文仅以全国人大及其常委会制定的法律为例,通过考察宪法概念在法律文本中的表现形态来分析最高立法机关“依宪立法”的状况以及存在的问题,试图就最高国家立法机关如何增强法律的“合宪性”和加强宪法在立法中的“适用性”提出一些学术建议。

(一) 分析对象及分析方法

本文的分析对象仅限于全国人大及其常委会制定和发布的基本法律以及基本法律以外的其他法律和相当于法律的决定。由于迄今为止作为最高国家立法机关的全国人大常委会并没有实时公布法律制定的精确数据,故本文只能依据《中国特色社会主义法律体系》白皮书(2011年)、^②中国法学会颁布的《中国法治建设年度报告(2011)》^③以及《中国的法治建设》白皮书(2008年)^④关于现行立法的数量统计,确定共计244部法律(包括《宪法》在内)。本文的分析方法主要是类型学意义上的统计分析,也就是说根据预设的统计目标来统计相关数值的分布情况,^⑤最终来显示在最高国家立法机关所制定的法律中如何体现“宪法”的要求,从而从宏观上来把握最高立法机关“依宪立法”的状况以及宪法对法律的实际约束力。

(二) 宪法概念在现行立法中的分布状况

在总共244件分析样品中,“宪法”一词总共出现过240次,平均每部出现率为98.36%;其中,出现宪法概念的法律文件为149部,占整个分析样本244部的59.02%,没有出现宪法字样的为40.98%;第1条明确规定“根据宪法,制定本法”的共计81部,占全部样品总量的33.196%,其中规定“根据宪法和其他法律制定本法”的有16部,占全部样品的6.557%,占“根据宪法,制定本法”类别的19.753%。其中全国人大制定的基本法律有32部,占全部样品总量的13.114%,而由全国人大制定的基本法律,有5个没有在第1条规定是“根据宪法,制定本法”。

在立法中出现的宪法概念,涉及到“不得与宪法相抵触”的有26处,“依照宪法行使职权”的有32处,“依照宪法保障权利”的有14处,“保障宪法的有效执行”的有8处,“遵守宪法”(包括拥护、忠于)的共35处,“不得违反宪法”的有7处,“监督宪法实施”的有2处,“解释宪法”的有10处,“修改宪法”的有4处;涉及到宪法原则的有10处,涉及到宪法具体条文章节的有10处。

(三) 我国立法中宪法适用的特征

根据对244个样品的分析,超过一半的法律第1条都表明了是“依据宪法、制定本法”的“依宪立法”态度,这说明最高国家立法机关在制定新法律时对于法律是否具有宪法上的依据有一定的立法上的自觉,宪法对立法机关的立法活动具有一定的约束力。宪法在立法中的适用和实施意识还是比较理想的。但是,如果进一步分析法律如何“依据宪法”的文本规定,也可以发现以下几个方面的特点:

1. 笼统规定“依据宪法”的占据绝大多数,宪法与具体法律之间的法律联系不很清晰。根据样本分析,第1条明确规定“根据宪法,制定本法”的共计81部,其中只是简单规定“依据宪法”的共计65部,而在第1条明确指出是根据《宪法》中某个具体条文制定的只有一部《中华人民共和国兵役法》。该法第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

① 周叶中、江国华《82宪法与中国宪政》载《法学评论》2002年第6期。

② 参见 <http://politics.people.com.cn/GB/101380/17427549.html>, 访问日期:2012年9月8日。

③ 参见 http://www.legaldaily.com.cn/index_article/content/2012-07/17/content_3716784.htm?node=6148, 访问日期:2012年9月8日。

④ 参见 <http://www.iolaw.org.cn/showNews.asp?id=29465>, 访问日期:2012年9月8日。

⑤ 本文的所统计的宪法在法律中的分布状况数值由中国社会科学院图书馆法学分馆金玉珍助理研究员提供,在此表示衷心感谢。

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。”由于《中华人民共和国兵役法》明确指出其立法的依据是《宪法》的第55条,因此,相对于其他法律“依据宪法”的立法态度来说,《中华人民共和国兵役法》的“宪法”依据似乎显得更加厚实和清晰。从宪法实施的角度来看,《宪法》第55条的规定因为《中华人民共和国兵役法》的直接援引而得到了明显的“实施”,现行《宪法》其他条款在立法中的“实施”状况则显得相对模糊不清。

2. 区分宪法规范与宪法原则的情形很少,只有个别法律有意识地强调了“宪法原则”的地位。宪法规定是否包括了宪法原则和宪法规范两类性质的行为准则,从样本的总体状况来看,并没有明确的法律态度,只有少量的立法中强调了“宪法原则”的重要性,例如,《中华人民共和国集会游行示威法》第4条规定“公民在行使集会、游行、示威的权利的时候,必须遵守宪法和法律,不得反对宪法所确定的基本原则,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”

3. 有少量的法律文本中涉及到具体落实《宪法》某个具体条款的事项,表明了法律作为宪法的具体化的“立法倾向”。法律是宪法的具体化是传统宪法学理论认可的一个权威性观点,但是具体到法律文本中怎样显示出“宪法具体化”的精神,却很少有论著进行研究。目前在法律文本中涉及到宪法具体条文落实的有《中华人民共和国国务院组织法》第3条规定国务院行使《宪法》第89条规定的职权,《中华人民共和国民族区域自治法》第4条规定民族自治地方的自治机关行使《宪法》第三章第五节规定的地方国家机关的职权,同时依照宪法和本法以及其他法律规定的权限行使自治权,根据本地方的实际情况贯彻执行国家的法律、政策,《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第11条规定根据《中华人民共和国宪法》第31条,香港特别行政区的制度和政策,包括社会、经济制度,有关保障居民的基本权利和自由的制度,行政管理、立法和司法方面的制度,以及有关政策,均以本法的规定为依据,《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》第11条也规定,根据《中华人民共和国宪法》第31条,澳门特别行政区的制度和政策,包括社会、经

济制度,有关保障居民的基本权利和自由的制度,行政管理、立法和司法方面制度,以及有关政策,均以本法的规定为依据。此外,还有《中华人民共和国立法法》第56条第2款规定的“行政法规可就下列事项做出规定:……宪法第八十九条规定的国务院行政管理职权的事项”;第88条第(一)项规定全国人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定的不适当的法律,有权撤销全国人民代表大会常务委员会批准的违背宪法和本法第66条第2款规定的自治条例和单行条例;第88条第(二)项也规定全国人民代表大会常务委员会有权撤销同宪法和法律相抵触的行政法规,有权撤销同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规,有权撤销省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准的违背宪法和本法第66条第2款规定的自治条例和单行条例。

4. 全国人大及其常委会制定基本法律和基本法律以外的其他法律的参照依据存在效力欠缺的问题。从分析样本来看,全国人大制定的基本法律有32部,占全部样品总量的13.114%,而由全国人大制定的基本法律,有5个没有在第1条规定是“根据宪法,制定本法”。在这5个由全国人大制定的法律中,由于没有在立法渊源上与《宪法》直接联结在一起,故在法理上产生了全国人大制定的法律是否可以不遵守《宪法》的疑问。其中最典型的例子就是《中华人民共和国合同法》,即《中华人民共和国合同法》的宪法依据是什么?再如,全国人大常委会也制定和发布了根据《宪法》和全国人大或其常委会制定的法律来进行的立法。例如,《中华人民共和国军官军衔条例》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。”这一规定包含了两个立法依据,一是《宪法》,另一个就是1984年5月31日第六届全国人民代表大会第二次会议通过、1984年5月31日中华人民共和国主席令第14号公布,根据1998年12月29日第九届全国人民代表大会常务委员会第六次会议《关于修改〈中华人民共和国兵役法〉的决定》第一次修正,根据2009年8月27日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十次会议《关于修改部分法律的决定》第二次修正,根据2011年10月29日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议《关于修改〈中华人民共

和国兵役法)的决定》第三次修正的《中华人民共和国兵役法》。再如,《中华人民共和国驻外外交人员法》第1条规定“为了建设高素质的驻外外交人员队伍,保证驻外外交机构依法履行职责,规范驻外外交人员的管理,保障驻外外交人员的合法权益,根据宪法和公务员法,制定本法。”这两个样本的“立法依据”都属于同时依据“宪法”和其他“法律”,但略有不同的是《中华人民共和国军官军衔条例》的“立法依据”是《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国兵役法》,《中华人民共和国驻外外交人员法》的立法依据是《宪法》和《公务员法》。《兵役法》是全国人大制定的,而《公务员法》是全国人大常委会通过的。

由此可以分析,虽然加入了同时依据其他法律的因素,但是由此也会造成立法权限划分不清的问题。《中华人民共和国军官军衔条例》是全国人大常委会制定的,其“立法依据”是《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。由于《宪法》及《兵役法》都是全国人大制定的,故作为下位的全国人大常委会应当以《宪法》和全国人大制定的基本法律作为依据。但《中华人民共和国驻外外交人员法》规定的“根据宪法和公务员法,制定本法”其中“公务员法”是由全国人大常委会制定的,这里就产生了一个非常明显的逻辑问题,也就是说,全国人大常委会是否可以将《宪法》和自身先前制定的基本法律以外的其他法律作为立法依据?如果全国人大常委会制定的法律可以作为自身制定另外一个法律的依据,由上分析可知,《中华人民共和国军官军衔条例》和《中华人民共和国驻外外交人员法》的制定是否仅仅属于宪法实施的结果,确实在法理上很难做出明确无误的判断。

5. 无法确定法律文本中的“依据宪法”的根据和出处,使得下一个层次的立法缺少科学性和合理性,即虽然在法律文本中明确了“依据宪法”制定某个特定法律形式的内涵,但是,认真对照《宪法》文本却发现很难加以有效的证明。最典型的例子是《中华人民共和国立法法》第93条规定的“中央军事委员会根据宪法和法律,制定军事法规”。但是,对照现行《宪法》文本却很难找到“中央军事委员会制定军事法规”的条文规定,也很难通过精细的宪

法解释方法来加以证明。类似的还有《中华人民共和国立法法》第56条规定“国务院根据宪法和法律,制定行政法规。”就国务院“根据宪法和法律”制定行政法规的依据而言,“根据宪法和法律”是应当解读为“根据宪法”和“根据法律”,还是应当理解为既“根据宪法”,同时又根据“法律”,这些问题从现行《宪法》文本中根本无法得到有效解决。

6. 仍然存在无法解释的立法依据现象。从样本分析来看,目前个别生效的法律中还在以1954年宪法的相关规定作为自身的立法依据。例如,1957年《全国人民代表大会常务委员会批准国务院关于劳动教养问题的决定的决议》规定“根据中华人民共和国宪法第一百条的规定,为了把游手好闲、违反法纪、不务正业的有劳动力的人,改造成为自食其力的新人;为了进一步维护公共秩序,有利于社会主义建设,对于劳动教养问题,作如下决定。”《全国人民代表大会常务委员会批准国务院关于劳动教养问题的决定的决议》至今仍然生效,但其以1954年《宪法》第100条作为自身存在的“宪法依据”这一现象的存在严重影响了1954年《宪法》与1982年《宪法》之间法律联系的主流判断结论。^⑥从宪法实施的角度来看,从法理上无法否认1954年《宪法》的第100条目前仍然处于实施状态,但作为一个整体,1954年《宪法》是否在实践中仍然有效,这个无论从理论上还是在实践中,都是被刻意回避和遗忘了的问题。

7. 存在着明显缩减《宪法》文本内涵的立法规定。1997年《刑法》在第54条第(二)项规定,剥夺政治权利包括“言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利”,而“言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利”是现行《宪法》第35条所规定的公民的基本权利。但从宪法学理论上来看,“言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利”并不仅仅是政治权利,这些权利首先是一般的民事权利,只有在这些权利行使中负有政治性的内涵时才能称之为“政治权利”。很显然,1997年《刑法》在贯彻落实现行《宪法》第54条规定的过程中,对现行《宪法》所规定的公民的基本权利的内涵作了不恰当的限制,给宪法解释制度的建立带来不少法理上的障碍。

⑥ 莫纪宏《从宪法第100条看宪法适用理论的缺失》,载《社会科学战线》2009年第9期。

(四)我国《宪法》在立法中适用状况的几点评价

总结本文对244个“法律”样本做出的简单分析,就目前《宪法》在立法中的适用情况可以做出以下几个评价:

1. 从被分析的244个样本情况来看,作为最高国家立法机关的全国人大及其常委会在制定基本法律和基本法律以外的其他法律时,在立法观念上对《宪法》还是比较尊重的,不自觉地会为新制定的法律寻求“依据宪法”的合法性依据。

2. 目前法律中的“依据宪法”基本还是“宣誓”意义上的,绝大多数法律并没有指出依据现行《宪法》的哪一条款来制定,所以,立法的“宪法依据”过于抽象。

3. 已有的出现在法律文本中的“宪法”字样基本上都是象征意义上的,特别是作为立法依据的“依据宪法”,在与其他立法依据之间关系不清晰的情况下,就作为立法依据加以并列,很显然无法产生真正意义上的宪法对立法活动的约束力。

4. 宪法概念和术语在244个样本中出现,基本上也都是宣誓性质的,没有放到一个具体的社会关系中来确立宪法对人们行为对错的指导和判断指引作用。

5. 目前出现在法律文本中的“宪法”两字,主要在第1条的立法目的和立法依据的条款中,《宪法》作为立法的依据基本上是“政治表态”意义上的,这一方面可以树立国家最高立法机关尊重宪法权威的特点,另一方面也反映了宪法还没有对法律的具体内涵产生具体的“约束力”。宪法目前还只是在立法文本中有所体现,但缺少权威和法律效力,宪法只是在立法过程中得到了“形式”上的“实施”,还没有在严格的制度意义上通过建立具体的实施机制来保证宪法的实施。

三、关于现行《宪法》实施状况的若干结论及建议

总结1982年现行《宪法》颁布三十年来的宪法实施状况,至少有以下几个方面的结论是值得关注的:

1. 现行《宪法》颁布三十年来,最引人注目的“宪法事件”就是现行《宪法》的四次修改,即1988年、1993年、1999年和2004年的四次修宪活动以及作为这四次修宪活动结果的31条修正案。从严格意义上来说,四次宪法修改活动都是基于现行《宪法》第62条第(一)项规定的全国人大“有权修改宪法”以及第64条第1款规定的“宪法的修改,由全国人民代表大会常务委员会或者五分之一以上的全国人民代表大会代表提议,并由全国人民代表大会以全体代表的三分之二以上的多数通过”的相关依据进行的,所以,这四次修改宪法的活动可以视为对现行《宪法》第62条第(一)项和第64条第1款的“实施”。这些是能看得见的“宪法实施”。

2. 从1982年五届人大五次会议通过现行《宪法》开始,总共召开了六届全国人大,而每一届全国人大从全国人大代表的选举到全国人大会议的召开,再到全国人大常委会的组成以及根据全国人大及其常委会的选举或任命产生中华人民共和国主席、国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院等国家机构及其领导人,这些具体的国家机构组成活动都是基于现行《宪法》的相关规定进行的,应当说,包括地方国家机构在内的组成活动,都属于现行《宪法》中实施得比较“规范”、具有一定“规律”可循的宪法规范。

3. 相对于其他国家机关履行宪法实施职责的行为的明确性来说,只有全国人大及其常委会在制定基本法律和基本法律以外的其他法律时,对现行《宪法》的“关注”最明显,产生了大量的可以重复检验的“宪法实施”的证据,尽管其他国家机关实施宪法的活动也曾经产生过一定的社会影响,例如,最高人民法院在2001年就“齐玉苓案”作出的“8·13批复”涉及到“宪法”问题,^⑦但总体上来看,国家行政机关、国家审判机关和国家检察机关等其他性质的国家机构在日常工作中,主动采取措施来突出自身在宪法实施方面的职责和作用的事例很少,故只有全国人大及其常委会的立法工作相对来说可以进行宪法实施状况的实证评估。

4. 现行《宪法》共计四章138条,从结构上来看

^⑦ 最高人民法院2008年12月18日发布公告:该院审判委员会第1457次会议于2008年12月8日通过了《关于废止2007年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定》,其中包括以“已停止适用”为理由,废止了《最高人民法院关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》(即“法释〔2001〕25号”),该决定自2008年12月24日起施行。至此,困扰着宪法学界达7年之久的齐玉苓案“批复”在制度层面的争议暂告一个段落。

实施的状况不太平衡。《宪法》序言、总纲的实施状况无法进行科学合理的评估,国家机构部分相对来说实施状况比较到位,国旗、国徽、国歌和首都部分是完全得到实施的,但第二章公民的基本权利部分“实施”状况相对较差,^⑧还没有建立起有效的基本权利的法律救济机制。

针对现行《宪法》实施状况的上述分析,《宪法》在最高立法机关制定的法律中获得的“权威性”相对较“高”,或者可以说是《宪法》在立法领域实施状况较好,在其他领域相对较差。《宪法》在国家机构的组成与活动方面落实得比较到位,但在保障公民的基本权利方面还存在许多不足。《宪法》实施的监督与违宪审查机制还没有真正有效地建立起来,导致“宪法实施”的效果不突出,对政府和社会公众的影响力不大,甚至产生很多负面评价。

要解决当前我国宪法实施中的问题,法理上的思路在于要突出“依宪治国”、“依宪执政”的理念,只有在国家机关、社会组织和公民个人的日常行为中自觉地养成以维护宪法权威、履行宪法职责为己任的习惯,宪法才能真正地走进人们的日常生活,宪法作为根本法也才能成为“必要之法”。此外,加强对宪法实施的监督以及建立起及时和准确反映宪法实施效果的违宪审查机制,才能真正地将宪法实施问题的重要性突出出来,只有对违反《宪法》的行为形成制度上的“不容忍”,宪法实施状况的好坏才能引起社会各界的高度关注和有效重视。因此,摒弃各种非理性和情绪化的贬损我国现行《宪法》实施状况的言论,必须要从启动违宪审查机制这些非常基础性的制度建设入手,才能从根本上扭转在宪法实施问题上存在的模棱两可和举步维艰。

Scrutinizing the State of Implementing the Current Constitution in Perspective of Constitutional Application in Legislation

Mo Jihong

Abstract: Evaluating the state of constitutional implementation should be based on scientific and reasonable appraising mechanism. Correct understanding of the trait of constitutional implementation and macro - and minor - inspecting of constitutional implementation can be seen as the effective methods for recognizing the state of constitutional implementation correctly. The state of constitutional implementation mainly focuses on the circumstance of supervision of constitutional implementation, constitutional application and constitutional review, however, at present, the state of constitutional application in legislation is only easily evaluated, particularly in the aspect of laws made by the NPC and its Standing Committee because there are concrete clauses which can be appraised effectively. At present, there exists the imbalance of constitutional implementation amongst different parts of the Constitution. The parts concerning the preface, general principle and fundamental rights of citizens have been enforced worse than those of state organs and state symbols. The key issues with regard to improving and perfecting the gross state of constitutional implementation ought to be put attention to promoting the consciousness of ruling the state and exercising powers according to constitutional law in order that governments and the public would attach importance on the authority of constitutional law as the fundamental law in a country and the role of controlling the people's behaviors.

Keywords: constitutional implementation supervision of constitutional implementation constitutional application ruling the state according to constitutional law exercising powers according to constitutional law

(责任编辑:李辉)

^⑧ 特别是2004年现行《宪法》第四次修改将“国家尊重和保障人权”写入了现行《宪法》第二章第33条,但迄今为止根据《宪法》有权解释《宪法》的全国人大常委会并没有对“人权”与“基本权利”之间的法律关系作出任何具有权威性的正式的宪法解释,故此种状况的延续从体制上就约束了现行《宪法》第二章“公民的基本权利”的有效实施。