

# 部门宪法的构建方法与功能意义： 德国经验与中国问题

赵 宏\*

---

## 目次

### 引言

#### 一、部门宪法在德国法上的发展演变与意涵功能

##### (一) 部门宪法的理论发端与研究现状

##### (二) 部门宪法的功能意义

#### 二、部门宪法纳入我国宪法研究的意义

##### (一) 反向促进宪法教义学提升的新方法

##### (二) 建立宪法与社会功能领域实质性关联的新思路

#### 三、部门宪法构建的宪法基础：国家对社会的作用与国家目标条款

#### 四、部门宪法生成的法技术手段：基本权的双重属性与制度性保障

##### (一) 基本权的双重属性与多维功能作为部门宪法的构架基础

##### (二) 基本权的制度性保障作为部门宪法的拓展平台

#### 五、部门的划分与界定

#### 六、从部门行政法到部门宪法：部门宪法的既有基础和未来趋向

#### 七、结语

**摘要** 作为宪法研究的重要方法,规范宪法迄今在我国已获得相当发展,但由于缺乏违宪审查制度的配合,我国的规范宪法成果目前只能停留于思想启蒙和学者自道。而规范宪法的僵局同样映射出宪法实施的僵局。如何在制度阙如的背景下克服宪法实施的困境,便成为规范宪法学者必须面对的难题。源自德国的部门宪法对此提供了重大启发。德国法对于部门宪法的研究主要在于借由“宪法分则”的确立,发挥宪法规范对于各个社会功能领域的辐射和渗透作用,但对于我国而言,部门宪法的引入或许能够为无法与制度实践衔接的宪法释义学提供试炼的场域,并最终反向促进宪法基本权释义学的提升,以及宪法的现实落实。

**关键词** 部门宪法 规范宪法 国家目标条款 基本权利

---

\* 中国政法大学比较法学研究院教授、法学博士。

## 引 言

作为宪法研究的重要方法,规范宪法的引入不仅使我国宪法长期被“政治性”遮蔽的“规范性”开始显露,同样也为我国理解和吸纳域外宪法教义学成果提供重要的方法论基础。但遗憾的是,发展至今,我国的规范宪法成果仍旧只停留于思想启蒙和学者自道。规范宪法的进一步展开需要与宪法的规范领域建立连接,并通过某种稳定的、制度化的连接通道,获得试练磨砺的场域和体系化建构的平台。但违宪审查制度的阙如却使规范宪法以及宪法教义学的发展面临重大障碍。制度的阙如无法迅即获得解决,如何在夹缝中寻求宪法教义学的发展空间便成为规范宪法研究必须直面的难题。而在探求解决方法的过程中,源自德国的部门宪法带给我们相当启发。部门宪法最初在德国的提出,主要是为了强调宪法规范对于社会功能领域的影响和渗透,并通过“宪法分则”的确立,来弥补囿于宪法内部的教义学发展所导致的,宪法规范与社会现实之间差距渐大的弊端。但部门宪法所包含的,从实存秩序和部门角度切入,将社会事实纳入规范意涵的内容,却为我们克服规范宪法的困境带来全新思路。通过部门宪法研究的引入,我们或许能够为宪法规范作用于社会生活领域提供稳定的渠道,并使规范宪法和宪法教义学彻底摆脱思想启蒙和学者自道,获得真正意义上的提升。

若说本文对德国部门宪法的构建及其方法予以分析讨论的首要目的,在于经由部门宪法研究的引入,在宪法规范和社会现实之间建立制度性关联;那么激发本文写作的另一动因则在于,伴随宪法“规范性”的回复和宪法教义学的拓展,宪法与部门法的关系也开始由此前的彼此区隔转变得日渐亲近。宪法学者尝试从部门法中收集法解释的素材,而部门法学者同样开始突破本部门窠臼,通过回溯宪法规范或是宪法教义去探求部门法规范的合宪性解释。这种交流与互动尽管刚刚起步,却宣示出宪法与部门法交互影响的开始。从宪法角度而言,强化宪法与部门法的关联其功能主要有二:1. 实现宪法对部门法的“价值辐射”,从而构建起整体法秩序的融贯统一;2. 通过对部门法新素材的参酌,弥补或是缩减宪法教义学可能产生的规范与现实之间的距离。但通过这种方式展开的宪法与部门法的交流,其有效性却受制于宪法与部门法教义学程度各异、规范体系相对自足封闭、鲜有学者同时精通宪法和部门法的话语符码等诸多因素。事实上,要建立宪法规范与生活事实之间的联结,实现宪法对整体法秩序的价值辐射,并非只能借助于宪法与部门法之间的对话互动,在德国法中被作为“宪法分则”发展出的部门宪法同样能够成为实现上述功能的全新思路。

基于上述思考,本文尝试对部门宪法在德国法上的发展演变、意涵要素、构建方法、功能作用等问题进行相对系统的评介,并在取鉴德国经验的基础上,对部门宪法能够被纳入我国宪法研究,成为除规范宪法之外的另一种宪法学研究方法的可能与价值进行分析。

### 一、部门宪法在德国法上的发展演变与意涵功能

部门宪法观念的提出,在热衷制造理论和概念的德国,已经有相当长的历史。德国宪法学界早在魏玛宪法时代就开始了*对经济宪法(Wirtschaftsverfassung)*和*劳动宪法(Arbeitsverfassung)*的讨论;而*财政宪法(Finanzverfassung)*和*军事宪法(Wehrverfassung)*出现的时间则更早。之后,社会宪法(*Sozialverfassung*)、文化宪法(*Kulturverfassung*)以及传播宪法(*Kommunikationsverfassung*)的概念依次被提出并获得广泛讨论;“环境宪法”(Umweltsverfassung)以及科技宪法(*Techniksverfassung*)的论

题则在新近相当盛行。<sup>〔1〕</sup>

#### (一) 部门宪法的理论发端与研究现状

部门宪法在德国法上的诞生,源于“国家宪法”和“社会宪法”的区分。而这一区分的提出又立足于魏玛宪法中大量有关经济和社会生活的规定。相较于“国家宪法”将重心放置于基本权防御功能的落实,“社会宪法”的重点在于课以国家积极的作为义务,以弥补社会本身的功能欠缺。<sup>〔2〕</sup>社会宪法的提出,不仅宣示出国家在各个社会功能领域的政策纲领,也为国家介入社会功能领域提供了正当性支持,宪法规范的影响因此合逻辑地辐射至各个社会功能领域。正因如此,在部门宪法的门类中,作为“国家对社会作用”的典型,经济宪法产生时间较早,也激发起学者最多的讨论。受德国法影响,瑞士的宪法研究中同样包含“经济宪法”的专题,<sup>〔3〕</sup>而在以经济统合为基础发展出的欧盟,欧洲的“经济宪法”同样是热议的主题。<sup>〔4〕</sup>

为避免魏玛宪法中包含的“绝对国家”趋向,战后的德国《基本法》放弃了对社会经济生活的细致规定,而将对各个领域政策纲领的形成自由交由立法者裁量处理。尽管不再昭示国家对各个社会领域的政策纲领,但德国法上有关基本权利客观属性的提出以及对“基本权利作为客观价值决定”的普遍确信,仍旧使宪法的影响力成功地跨越根本法和一般法的秩序藩篱。在此认识下的基本权是宪法价值决定的表现,也是国家整体制度的价值基础,其作用力辐射至所有的国家权力领域和法律秩序的整体。<sup>〔5〕</sup>经由这一理论的铺垫,基本权利的客观属性和客观效力嗣后同样成为德国各个“部门宪法”发展的基础。以在德国法上发展历程较长,也较为成熟的经济宪法和教育宪法为例:德国的经济宪法除阐释一般的经济原则和经济制度外,其主要篇幅都集中于对个体和企业在经济领域中的基本权利及其具体实现的讨论。这些基本权利包括《基本法》中的一般人格权,包括结社自由、职业自由、财产自由、经营场所的保护以及经济领域中的平等权等。上述讨论一方面旨在挖掘上述基本权利的经济因素,另一方面也尝试通过刻画这些经济基本权的主客观内涵,来探讨基本权利如何在经济生活领域获得落实。<sup>〔6〕</sup>与经济宪法一样,教育宪法同样以教育基本权为线索,探讨教育基本权的主客观面向及其实现机制。这些教育基本权包括:学生的一般人格权、父母的教育权、教师的教学自由以及在教育领域作为制度性保障的学术自由。上述权利从其主观权利属性出发,会衍生出对国家的具体要求,从其客观规则属性出发,同样会提取出国家的特定义务。<sup>〔7〕</sup>从这个意义上说,无论是经济宪法还是教育宪法,都是以宪法中的基本权利规定作为依据,以基本权利的主客观面向作为框架线索,其内容也基本上是基本权在特定生活领域的具体实现(Grundrechtskonkretisierung),以及国家为促进上述基本权的实现而实施的具体措施。

尽管德国部门宪法的门类繁多,上文列举的诸多部门宪法迄今也都已历经相当长的历史,但

〔1〕 Vogel, Klaus., Grundzuege des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: Isensee/ Kirthhof (hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, 1990, 5, Fn. 7; Tschierschky, S., Wirtschaftsverfassung, 1928; Basedow, Von der deutschen zur europaischen Wirtschaftsverfassung, 1992; Petersmann, E. U., Thesen zur Wirtschaftsverfassung der EG, EuZW 1993, 593 ff. 转引自苏永钦:《部门宪法——宪法教义学的新路径?》,载苏永钦主编:《部门宪法》,台北元照出版社 2006 年版,第 11 页。

〔2〕 前注〔1〕,苏永钦书,第 11 页。

〔3〕 F. Gygi, Die Schweizerische Wirtschaftsverfassung, ZSR 89 II, 1970.

〔4〕 Petersmann, E. U., Thesen zur Wirtschaftsverfassung der EG, EuZW 1993.

〔5〕 Sachs, Grundgesetz Kommentar, Verlag C. H. Beck, 1999, S. 88.

〔6〕 [德] 罗尔夫·施托贝尔:《经济宪法与经济行政法》,谢立斌译,商务印书馆 2008 年版,第 107~259 页。

〔7〕 Peter Fauser, Schule und Recht: Schulverfassung. Wege und Umwege zum demokratischen Zusammenwirken in der Schule, RdJB 1987, S. 337 ff.

部门宪法作为一种研究方法,在德国却始终未居宪法研究的主流。各个部门宪法的构建基本各自进行,分别展开,尽管在建构方法和思维方式上存在诸多相似之处,但对其核心方法和基本要素进行抽象归纳,并予以体系化建构的却少之又少。在这当中,首次对“部门宪法”的功能属性予以明确界定的当属赫伯特·克吕格(Herbert Krueger),他在1976年发表的专题论文中将部门宪法描述为“次级结构的宪法”(subkonstitutionelle Verfassungen)<sup>〔8〕</sup>,这种意义上的宪法相当于宪法的分则,其功能主要是通过建立宪法规范和各个社会功能领域之间的实质性连接,来完成宪法原则和精神对社会各个领域的引导和渗透。之后从宪法整体秩序和社会部分秩序的角度来论述宪法规范的放射效果,并以此为部门宪法做理论铺垫的代表作品,当属齐佩里乌斯与毛尔恩茨所著的《国家法》。该书在体例编排上特意将“基本权利、基本义务与秩序(Ordnung)”并置,并强调《基本法》中有关家庭、学校以及宗教事务方面的基本权规范并非仅属于公民的主观权利,宪法同样希望借助上述条文型塑出一个“相对封闭而又统一的文化秩序”(Kulturordnung)<sup>〔9〕</sup>。与此相应,尽管《基本法》对于国家的经济政策“保持中立”(wirtschaftspolitischen Neutralitaet),但该书作者同样认为,中立并不意味着这一领域就属于“宪法的空场”(verfassungsfreier Raum),《基本法》中的“国家目标条款”(Grundentscheidungen)以及相关的基本权利规定仍旧描摹出了经济生活领域的基本框架秩序。<sup>〔10〕</sup>上述论述都主要从国家对社会作用的角度出发,强调宪法规范对于社会功能领域的影响和渗透,而基于这一思考发展出的部门宪法也更近于宪法在各个社会领域的具体映照。

上述学者对部门宪法的构建进行了初步的理论铺垫,这些总结虽然揭示出部门宪法的功能价值,同时也预设了部门宪法可能的构建方法,却与要素确定、方法明晰、架构合理、逻辑自洽的体系化教义整体相距甚远。部门宪法的基础理论和意涵要素迄今都缺乏确定的法教义学内涵,其首要原因在于,德国部门宪法的生成基本上都是“自然自发的过程”,它们虽在构建线索、讨论主题、价值趋向上表现出概略的相似性,但各自的细部内容却强烈地受制于所讨论“部门”的特殊性,从这个意义上说,各个部门的分殊构成了对部门宪法进行学理归整和抽象总结的最大障碍。除此之外,学者对部门宪法可能会导致“宪法膨胀”的担忧同样在相当程度上抑制了部门宪法的发展。部门宪法尝试将宪法的效力放射至各个社会功能领域,以实现整体法秩序的融贯统一,但这一努力却在德国被认为有导致“宪法膨胀”(Inflationierung)之虞。<sup>〔11〕</sup>对于宪法和部门法的关系,德国传统共识认为,宪法只有在其他部门法无法借助自身的法教义系统解决问题时才能发挥作用,否则部门法体系的自足和独立就可能被消解。依据这一经验,部门宪法的过度扩张同样会造成宪法与部门法的边界模糊,以及部门法功能的式微。除可能挤压部门法的发展空间外,部门宪法的发展亦有可能损害宪法本身的内容确定和体系周延:如果人们承认宪法并不仅限于形式意义上的宪法文本,部门宪法同样是宪法的固定组成,那么原本层级分明、理路井然的法律位阶次序,以及由这一位阶次序所决定的宪法的最高性都会被彻底打破。而过度扩张宪法的范围界限同样会使严苛的修宪程序被规避,因为即使不启动修宪程序,人们也能够通过修改部门宪法而使宪法内容发生变化,民主的多数决也会因此陷入危机。

## (二) 部门宪法的功能意义

部门宪法的法教义归整因受制于部门的分殊而遭遇困难,部门宪法的发展扩张也的确有造成“宪法膨胀”之虞,但作为另一种宪法研究路径,部门宪法的重要价值却不容忽视。

〔8〕 Herbert Krueger, Subkonstitutionelle Verfassungen, DOEV 1976, S. 613 ff.

〔9〕 Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 30. Aufl. C. H. Beck, 1998, S. 222.

〔10〕 Ibid., at 237.

〔11〕 Krueger, Subkonstitutionelle Verfassungen, DOEV 1976, S. 613. ff.

作为宪法分则的部门宪法,其首要功能在于通过建立宪法规范和各个社会功能领域之间的实质性连接,来完成宪法原则和精神对社会各个领域的引导和渗透。在存在成文宪法的国家,宪法的最高性往往被作为框定法律位阶次序的首要法则,在它之后才有法律的优先性。<sup>[12]</sup> 强调宪法对于其他法规范的约束性,强调上位法对于下位法的约束性,其目的首先在于构建一个层次分明、理路井然、互无矛盾的法秩序整体。但形式上的互不矛盾并不足够。作为国家整体法秩序哲学立场的集中表达,宪法中所包含的精神观念和价值要素,是促成一个国家能够整体存续和持续整合的核心“价值要素”。从这个意义上说,强调宪法精神对于各个生活领域的影响和渗透,不仅是在追求一个形式上无矛盾的客观法秩序,同样也是在追求一个实质内容上融贯统一、品格属性上彼此同质的法秩序整体。在德国,宪法的最高性和拘束力首先通过违宪审查制度获得保障;其次则有赖于德国公法上有关“基本权作为客观价值决定”的认知,这一认知使宪法的法效性跨越了宪法领域,而扩散至整体法秩序。但无论是违宪审查还是基本权的客观效果,都侧重对违反宪法原则的国家作用的防御和纠偏,并非依照宪法精神对社会生活领域的积极塑造。从这个意义上说,通过发展和丰富作为宪法分则的部门宪法,宪法得以完成对各个生活领域的能动塑造。

除在具体社会功能领域践行宪法原则外,德国法的实践还证明,部门宪法还能够“从部门角度切入”,“借助对部门事实的分析”,来弥补囿于宪法内部的教义学发展所导致的,宪法规范与社会现实之间差距渐大,进而出现“异化”的弊端。<sup>[13]</sup> 传统宪法学主要依赖于宪法教义学本身的拓展与调试,来缩短宪法规范与所规范事实之间的距离。但宪法实践却证明,仅依赖这种方法并无法彻底避免宪法规范因社会生活事实的疾速变化而趋向封闭和滞后的危险。也正是在这一意义上,部门宪法提供了有效提升宪法规范“社会性”与“回应性”的另一可能。通过从社会部门的切入以及参酌功能领域中鲜活的生活事实,部门宪法为宪法规范注入新的意涵,并因此使其成为“活的宪法”。正因如此,部门宪法的倡行者们在尝试将宪法的效力延伸至社会各领域的同时,也都尝试提炼出社会各领域的核心规则和规范体系,并使之“成为宪法教义学的体系化载体”<sup>[14]</sup>。部门宪法上述功效的发挥,也在于它并非像传统宪法教义学一样,是从宪法文本和宪法规范出发,而是“从实存的秩序切入,去认识和整理该秩序中基本性、最高性以及结构性规范”。也藉由这种方式,部门宪法将新的社会事实有效地注入宪法的规范意涵中。此外,部门宪法还能够更好地反映现代多元社会的分殊,凸显各个部门独立存在的意义以及在结构运作上的特点。<sup>[15]</sup> 作为宪法的重要构成,这些部门宪法对于社会现实的反映、吸纳、诠释和整合,同样使作为整体的宪法具有了更客观理性地因应社会生活事实的可能。

## 二、部门宪法纳入我国宪法研究的意义

德国法的实践证明,作为宪法研究和宪法发展的另一路径,部门宪法不仅能够建立宪法与各个社会功能领域的实质性连接,实现宪法原则和宪法精神对社会生活的积极影响和广泛渗透,还能够通过参酌各部门鲜活生动的事实,提升宪法教义学的内涵容量和因应能力,克服因局限于宪法内部所导致的宪法教义学封闭滞后,逐渐与社会事实异化的弊端。

尽管宪法发展的阶段各异,宪法研究的重点不同,但部门宪法作为德国的有益经验,同样能够

[12] Hartmut Maurer, Allgemeines Staatsrecht, Verlag C. H. Beck.

[13] Kloenne u. a., Lebendige Verfassung das Grundgesetz in Perspektive, 1981, S. 77.

[14] 张嘉尹:《宪法、宪法变迁与宪法教义学:对部门宪法论述的方法论考察》,载前注[1],苏永钦书,第35页。

[15] 前注[1],苏永钦书,第19页。

为我国所纳入并发挥积极作用。就现阶段而言,部门宪法作为宪法研究新路径的纳入至少会在以下两个方面产生积极影响:首先,克服因违宪审查制度阙如而导致的规范宪法研究困境,反向促进宪法教义学的提升;其次,强化宪法对各个社会功能领域的影响,在强调宪法与部门法的关联之外,为宪法影响社会生活和功能领域提供另一方式。

#### (一) 反向促进宪法教义学提升的新方法

受法律移植和对外国法继受的影响,在20世纪的宪法学世界中各据一隅、激烈交锋的规范宪法和政治宪法,同样并行发展为当今我国宪法研究方法的两大主流。相较政治宪法,规范宪法在我国出现得更早,也更多地表现出宪法学者在方法论上的成熟和自觉。规范宪法的展开“使中国宪法学得以确立法教义学意义上的学科属性,落实其作为规范科学和实践科学所应承担的基本功能”<sup>[16]</sup>。发展至今,我国宪法学者在“宪法解释学”“规范宪法学”等学术进路上已取得丰硕成果,这些成果既包含以典型个案为基础的延伸讨论,也包含对我国宪法具体条文的法教义学处理。但上述成果虽然丰富了我国宪法的理论仓储,却因为大多由典型个案所促动,而不是由稳定的违宪审查机制所产出,因此迄今仍旧是单薄粗放的观念集合,并没有拓展为体系化的教义学整体。

规范宪法的进一步展开需要与宪法的规范领域建立连接,并通过某种稳定的、制度化的连接通道,获得试练磨砺的场域和体系化建构的平台。但违宪审查制度的阙如,却对规范宪法和宪法教义学的进一步拓展形成障碍。因为这一障碍的阻隔,规范宪法学者对宪法教义学的累积和拓展被局限为通过“临摹”域外宪法教义学成果,对中国宪法文本进行简单生发,而无法顺畅地建立循环于宪法文本、教义学与规范领域之间的完整诠释过程,规范宪法研究也因此很容易就沦为学者的脑力激荡和外国法观点的相互逐力。

制度的阙如无法迅即获得解决,我们却仍需在夹缝中寻求宪法教义学发展的制度土壤。事实上,如果我们以开放的态度考察各国的宪法研究和宪法实施就会发现,违宪审查制度的阙如,虽然会造成宪法教义学进一步发展改进的困难,却不会使宪法教义学与现实之间的连接通道全部封闭。我们同样可以发掘其他的方法将宪法规范与社会事实相互关联,并使之持续地产生交互影响。也正是基于这一思考,我们得以从德国部门宪法的发展实践中获得如下重要启发:作为宪法教义与社会事实之间彼此连接、交互影响的重要方式,部门宪法在德国主要是为了弥补宪法教义学因局限于宪法规范内部,所导致的与社会现实之间差距渐大的弊端;但对于当下的中国而言,部门宪法的引入或许能够为无法与制度实践衔接的宪法教义学提供试练的场域,并最终反向促进宪法基本权教义学的提升。换言之,如果我们不是将规范宪法的提升仅仅寄望于违宪审查机制的建立,就会发现,即使缺少违宪审查机制,我们同样能够通过其他方式,搭建起宪法规范与社会生活事实之间的链接通道,并因此有效展开宪法文本、教义学以及规范领域之间的完整的循环诠释。

事实上,通过部门法来推动中国宪政革新的观念并不新鲜。早在1989年我国行政诉讼法颁行后,陈端洪教授就曾撰文《对峙——从行政诉讼看中国宪政的出路》<sup>[17]</sup>,指出在宪政缺乏内在发展动因时,部门法或许能够成为宪政发展走出僵局的出路。而行政诉讼的嗣后发展,也的确如陈教授所言,成为宪法重新引发关注,并在部分程度上被激活的导引。众多在行政法领域发生的轰动案件,例如安徽的“乙肝歧视案”,陕西的“夫妻看黄碟案”等,最终都被回溯至宪法领域,而宪法学者也以此为契机为荒置已久的宪法文本注入了鲜活的现实意涵。但值得注意的是,上述的反向推动与部门宪法的逻辑机理并不相同。行政诉讼对中国宪政的促动,更多的是通过在具体个案中

[16] 张翔:《宪法教义学:原理·技术·实践》,法律出版社2013年版,序言。

[17] 陈端洪:《对峙——从行政诉讼看中国宪政的出路》,载《中外法学》1995年第4期。

实践宪法有关“限制公权,保障私权”的核心理念。其成果并非是以宪法教义学为指导,也并未总结体系化的宪法教义学成果。也正因如此,尽管部门法的发展的确为宪政发展提供了出路和可能,却并未实现宪法规范和社会生活事实的有效对接。与此相反,部门宪法的逻辑是首先承认宪法对各个社会领域的导引作用,再从社会现实出发,抽象出各个领域基本的结构性规范,并经由规范与规范领域的相互指涉和循环诠释,而最终形成有关这一领域的秩序基础。而以此逻辑发展出的部门宪法也会使宪法教义学本身获得丰富和拓展。

## (二) 建立宪法与社会功能领域实质性关联的新思路

如果说在相当长的时间内,我国宪法与部门法之间相互隔膜,宪法并无法发挥对部门法的有效影响,是因为宪法教义自身发展的羸弱,是因为宪法与意识形态和政治话语过度捆绑所导致的规范性不足,那么伴随规范宪法的引入,伴随宪法规范性的回复,影响宪法与部门法之间彼此亲近的障碍已经渐渐消解。迄今,宪法与部门法之间密切关联,宪法应发挥对部门法的影响和导引,这些观念已不再只是宪法学者的一厢情愿,而渐渐成为宪法学者和部门法学者的普遍共识。

在部门法与宪法彼此亲近的过程中,首先与宪法进行碰撞对接的是民法。“齐玉苓”案件激发了学者对于宪法如何在私法领域内适用的讨论,<sup>[18]</sup>也正是在这一过程中,德国法上的“基本权第三人效力”(Drittwirkungen der Grundrechte)、国家对基本权的保护义务(Schutzpflicht)等理论开始为我国学者所熟悉,并渐次被纳入宪法教义学中。其后,《物权法》的制定再次为宪法与民法的对话交锋提供平台。在这次交锋中,宪法学者和民法学者围绕《物权法》是否应根据宪法制定、《物权法》对公有财产和私有财产的平等保护是否合宪等进行论证。尽管这场对话呈现的主要是交锋激辩而非妥协共识,但却成功地将民法的合宪性解释,宪法与民法的关系等话题,同时引入宪法学者和民法学者的研究视野,也成功地催生出大量剖析宪法与部门法关系的学术作品。<sup>[19]</sup>

伴随宪法教义学的成果累积,宪法学者开始更纯熟自信地运用宪法原理对部门法制度进行解释评析,而部门法学者同样开始自觉回溯到宪法寻求合宪性的答案,这一过程也将宪法与部门法的对话同样引入其他领域。当下最具代表性的互动往来发生在刑法领域。二者的互动关联首先表现为,除认为宪法对于刑事立法和刑事政策会产生宏观影响外,宪法学者开始更多地运用宪法教义对刑法中的具体各罪及其构成要件,例如聚众淫乱罪、传播淫秽物品罪等进行重新审视和剖析,并尝试运用宪法原理对传统的刑法认识予以纠偏。在此过程中,宪法学者不仅收获宪法教义的更多素材,更将“合宪性解释”的观念深植入部门法中。相应的,刑法学者也开始突破部门法的思考窠臼,同样将宪法影响和宪法原理纳入对刑事规范和刑事政策的考察视野。刑法学者在此过程中提出的较具代表性的观点包括:第一,在刑法不断趋于实质化和政策化的背景下,宪法必须对其发挥影响,刑法规范的合宪性解释,能够成为克服刑法实质化可能带来的恣意风险的外在控制机制;<sup>[20]</sup>第二,在宪法与刑法的关系中,不仅宪法是解释刑法规范的基础与界限,刑法同样能够对宪法规范的内涵确定产生积极影响,宪法与部门法之间的诠释循环,最终的目标是建构宪法与刑法之间的“动态调试”。<sup>[21]</sup>

[18] 参阅王磊:《宪法实施的新探索:齐玉苓案的几个宪法问题》,载《中国社会科学》2003年第2期;马岭:《对“齐玉苓”案相关问题的法律思考》,载《中国青年政治学院学报》2004年第4期。

[19] 参阅林来梵、朱玉霞:《错位与暗合——试论我国当下宪法与民法关系的四种思维倾向》,载《浙江社会科学》2007年第1期;童之伟:《宪法民法关系之实像与幻影:民法根本说的法理评析》,载《中国法学》2006年第6期;秦前红、涂四益:《“物权法之争”与宪法解释——兼与童之伟教授商榷》,载《法学评论》2007年第2期。

[20] 劳东燕:《刑法中目的解释的方法论反思》,载《政法论坛》2014年第3期。

[21] 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》,载《法学家》2015年第2期。

宪法学者希望强化宪法与部门法的关联,其意义首先在于,实现宪法对部门法的“价值辐射”,从而构建起整体法秩序的融贯统一。其次,在违宪审查制度阙如的背景下,强调宪法与部门法的关联还包含了宪法学者尝试将宪法影响渗入部门法中,并由此寻找宪法影响司法适用的另外路径的考虑。<sup>[22]</sup>而上文所描述的宪法与部门法之间彼此亲近的过程的确践行了上述功能,对提升宪法和改进部门法也都产生了相当积极的影响。但值得注意的是,通过这种方式展开的宪法与部门法的交流,其有效性和交流深度却受制于宪法与部门法教义学程度发展各异、现代法律的高成熟度导致各自的规则体系相对封闭、鲜有学者同时精通宪法和部门法的话语符码等诸多不利因素。事实上,建立起宪法与部门法之间的关联,本质上是构建起宪法规范与部门法背后所代表的社会事实与功能领域之间的关联,通过对这些事实材料的参酌和萃取,提升宪法教义学本身的“社会性”,并由此克服囿于法规范内部所导致的规范逐渐异化于社会现实的弊端。但要建立宪法规范与生活事实之间的联结、实现宪法对整体法秩序的价值辐射,并非只能借助于宪法与部门法之间的对话互动。在德国法中被作为“宪法分则”发展出的部门宪法同样可以作为实现上述功能的全新思路。

如上文所述,部门宪法的基本逻辑就在于,从社会功能领域出发,从实存的社会秩序出发,以宪法原则和基本权规定为线索,总结和归纳出该领域基本性、最高性以及机构性的规范,并使之成为宪法在具体生活领域的“投射”。而且,与宪法影响部门法不同,部门宪法是将宪法与社会功能领域直接相连,换言之,宪法对于社会生活的影响和渗透不再是通过部门法进行“合宪性解释”这种方式间接进行,而是直接作用于生活事实本身。此外,以德国经验来看,部门宪法中“部门”的区隔界分与部门法本身绝非一致,部门法的划分虽然从根源上也反映出社会功能领域的分化,但发展至今更多是基于法学科门类自身的时代流变和历史承继,而部门宪法的典型门类,例如经济宪法、劳动宪法、文化宪法、教育宪法、环境宪法、科技宪法等都是直接根源于社会功能领域的分野,这些分类清晰地反映出现代社会的多元分殊和各个领域的结构性特质,也反映出对这些功能领域进行直接宪法规制的必要。从这个意义说,部门宪法所具有的直接将宪法作用于生活事实的功能,并不能为部门法所替代,相反,它们却能够互相配合,共同实现宪法对于整体法秩序的渗透和影响。

### 三、部门宪法构建的宪法基础：国家对 社会的作用与国家目标条款

部门宪法的构建首先建立在承认国家可以甚至应当对社会发挥作用的基础上。如果说互相区隔、两不相涉是自由治国时代人们对于国家与社会间关系的基本构想的话,这一构想早已伴随经济危机的频发以及社会机构的变化而破灭。在现代国家之下,人们已经普遍接受国家应积极介入社会,承担更多职能与任务的新观念,也正是这一观念逐渐形塑出德国《基本法》中“社会国”(Sozialstaat)的基本轮廓。“社会国”目标要求国家对社会正义、公共福祉与社会安全负有广泛的责任,国家应扶助弱者,致力于每个人合尊严的生存保障,并根据正义原则分配经济资源,相应的,社会也已不再是绝对的自治,在社会中生活的个体也并非作为独立原子的个体,而是作为共同体的组成部分,对共同体和他人承担责任。<sup>[23]</sup>

在德国,社会国原则的作用范畴覆盖社会形成(Sozialgestaltung),社会安全(Sozialsicherheit)以及社会正义(Sozialgerechtigkeit)三个方面,具体内涵则包括国家应积极主动地介入社会和经济

[22] 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》,载《中国法学》2008年第3期,第112页。

[23] Peter Badura, Staatsrecht, C. H. Beck, Muenchen, 1996, S. 77.



领域,通过持续性的经济干预和对弱势群体的辅助,来完成社会塑造的功能;国家在公民面临年老、疾病、残障、失业等困境时,必须提供积极帮助,以保障公民享有合乎人性尊严的生存条件;国家还需努力调和因权力分配、贫穷、教育程度、性别等差异所产生的对立与矛盾,并竭力谋求社会平等。<sup>[24]</sup>但值得注意的是,德国社会国虽然强调国家对社会的作用,但为避免国家因此滑向极权国家的反面,同样要求国家在介入社会领域时谨守法治的界限。换言之,社会国尽管强调国家的积极作为,但并不能与主张对现有秩序予以维护的法治国彼此撕扯,相互悖反,两者应当有机地共存于宪法的整体秩序之下。而这也正是德国《基本法》将“社会”作为“法治国”的修饰语,创设出“社会法治国”一词的真义:“国家社会任务和目标的实现应与法治紧密相连。国家的给付功能与社会形成都应严守法律的形式和拘束。”<sup>[25]</sup>也是藉由这一核心要素,现代的社会法治国与绝对主义时期的福利国家(Wohlfahrtsstaat)得以相互区别。

部门宪法尝试从各个社会功能领域切入,藉由宪法教义学的方法,重新认识和整理此功能领域最基本的结构性规范,并对其予以体系化整理,其最终目标是实现宪法原则对于各个社会功能领域的覆盖,并由此来完成国家整体法秩序的统合。而上述目标的达成又必须建立在承认国家可以甚至应当对社会发挥作用,承认宪法不仅具有基本权保障以及分权的政治功能,还兼具要求国家积极作为,以弥补社会自治不足的社会功能的基础上。德国《基本法》通过“社会国”原则的规定,扫清了国家介入社会的制度障碍;又藉由“法治国”的限定,使国家对社会的介入,国家对各个社会功能领域的塑造形成,维系在法律的既定框架之内,统合于宪法的整体秩序之下。经由部门宪法规整的各个社会功能领域也因此与宪法的整体秩序保持“同质”,而不至因为复杂分殊而导致整个法体系的分崩离析。我国宪法虽然并未抽象出如“社会国”一样的宪法原则,但国家应对社会积极作用,却一直是宪法不否认的基调。这一点从我国宪法从未放弃对经济制度的规定即可获得证明。尽管经济领域的疾速发展使宪法规范与经济现实之间冲突频现,但我国却并未通过在宪法文本中对经济政策保持“中立”的方式来应对上述问题,而是通过不断对有关经济制度的宪法规范予以修改来弥合规范与现实的鸿沟,这些修改和相关的语词表述无一例外都仍旧依循国家应对经济领域积极作为的思路。<sup>[26]</sup>

除在整体上确认国家对于社会的积极作用外,我国宪法文本中还包含了诸多有关国家在经济制度、分配制度、教育制度、医疗卫生制度、环境制度、少数民族制度等方面的“基本国策”。这些规定的功能非常类似于德国《基本法》中的“国家目标条款”(Staatszielbestimmung)<sup>[27]</sup>。依照德国国家法,“国家目标条款”可定义为,“具有法拘束力的宪法规范,其内容是要求国家必须持续地遵守

[24] Hartmut Maurer, Staatsrech I, Verlag C. H. Beck, Muenchen (2003), S. 248.

[25] Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. Verlag C. H. Beck, S. 17.

[26] 1982年《中华人民共和国宪法》第6条规定,“中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制。社会主义公有制消灭人剥削人的制度,实行各尽所能,按劳分配的原则”。1988年在修宪时增加,“国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法权利和利益,对私营经济实行引导、监督和管理”。1993年修宪时又在宪法序言中补充,“国家实行社会主义市场经济,国家加强经济立法、完善宏观调控”;1999年确定我国“坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度,坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度”,2004年修宪时又取消基本经济制度的规定,改为规定“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理”。

[27] Peter Badura, Arten der Verfassungsrechtssätze, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, S. 41.

或履行该规范中所描述和确定的特定实质性任务”<sup>〔28〕</sup>。这些国家目标条款表明,立宪者并非对社会各领域的政策纲领不做任何宣示,相反已对国家的未来发展和各领域的秩序构成勾勒出大致蓝图。作为宪法的有机组成,它们具有如同国家机构和基本权利一样的法效性,对由立法、行政和司法组成的国家公权力均具有拘束力,是国家公权力必须持续实现的目标指针。德国公法学者将这些条款总结为国家机构和基本权之外“宪法的第三重结构”。而这些条款又能够成为架构我国部门宪法的平台和依据。从规范方式看,这些条款均采取施与国家某种作为义务的样式,例如宪法第19条“国家发展社会主义的教育事业,提高全国人民的科学文化水平”,第20条“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水平发明”,第21条“国家发展医疗卫生事业,发展现代医药和我国传统医药”,第26条“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”等,这就意味着,“国家应持续地遵守或履行该规定所描述的特定实质义务”<sup>〔29〕</sup>,应通过立法、行政和司法等诸项作用方式促成这些宪法目标在社会各领域的落实。事实上,改革开放后的快速而富有成效的立法活动,已经使我国在上述领域形成了一定的架构、体系和秩序,但遗憾的是,这些秩序规则的形成却从未与宪法基本权利以及国家机构进行有效衔接以及功能化整合,因此也就无法清晰说明它们与宪法之间的结构关联,更无法生成德国学者所说的“次级结构宪法”(subkonstitutionelle Verfassungen)。因此,要以宪法中的上述“国家目标条款”为起点,发展出类似德国法中的部门宪法,还须重新在部门的选择与分类,各个部门规范与社会现实之间如何互相指涉,如何对“部门的基本秩序”进行建构等诸多方面进行法教义学的处理,对各个部门“独特的结构原则以及规律生态”,从宪法角度进行整体观察和体系整合。<sup>〔30〕</sup>

#### 四、部门宪法生成的法技术手段： 基本权的双重属性与制度性保障

我国宪法中的诸项“基本国策”作为国家目标条款,宣示出国家对于社会各个功能领域的目标和任务,也因此成为未来构建部门宪法的平台基础。但要在宪法与部门宪法之间确立类似总则与分则的关系,并确保它们之间的体系融贯,还须相应的法技术手段和法教义学方法。而在这之中,依何种线索塑成各个部门法的核心内容,以何种要素框定各个部门法的基本构架,更是部门宪法生成的关键问题。而从部门宪法内部而言,与宪法一样,各个社会功能领域的部门宪法同样应满足体系化、整体性的基本要求,这又同样需借助相对稳定的宪法教义学元素,这一元素必须将部门宪法的各种零散知识予以有机组合,并能够清晰揭示作为体系组成的部门宪法各项内容间的意旨关联和整体的价值指向。

在这一问题的解决上,德国部门宪法的发展实践同样为我们提供有益启发。德国部门宪法虽然发展历史各有不同,发展阶段也互有差异,但在法技术处理上,基本都选取基本权利为思考主轴,通过基本权利的法教义学原理对部门宪法的基本素材进行筛检、提炼、概括和规整。作为德国宪法教义学的精华,基本权教义学发展的高成熟度,为在各个社会功能领域构建概念清晰、逻辑自洽、并无漏洞的规范宪法体系,提供了稳定的结构要素和秩序基础。从外部而言,以基本权利为思

〔28〕 Peter Badura, Arten der Verfassungsrechtssätze, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, S. 41.

〔29〕 Ibid.

〔30〕 前注〔14〕,张嘉尹文,第56页。

考主线,同样能够有效化解各个部门宪法的分殊性和可能的内在冲突,使它们都在一定程度上与宪法保持相当的“同质性”(homogenitaet),而依此线索构建起的部门宪法也得以成为宪法人权保障谱系在各个社会功能领域的延伸。

#### (一) 基本权的双重属性与多维功能作为部门宪法的构架基础

德国基本权教义学成果中最具价值的部分即“基本权利的双重属性以及基本权利作为客观价值决定”。这一结论一直被赞誉为“德国二战后公法领域最具轰动效应的发现”<sup>[31]</sup>。德国的部门宪法也基本都从基本权利的双重属性出发,勾勒出各项部门宪法的基本轮廓。德国法首先确认基本权利作为主观权利的属性,此外,基本权利在德国法上还包含客观价值决定的意涵。德国《基本法》第1条第3款引人注目地宣称,“所有基本权都应作为直接有效的法,而约束所有的国家权力”。德国学者由此出发,发展出基本权作为客观价值决定的学说,而这一观点之后又获得德国联邦宪法法院肯定,并最终落实于著名的吕特案判决中。

作为主观权利的基本权利,使基本权首先发挥着公民用以对抗国家干预的防御权功能。它首先在各个社会功能领域,对私人领域和国家作用予以清晰划界,在划定的私人领域内,个人享有充分的、不受干扰的“人格开展自由”,国家的干涉被排除在外,或只在具备宪法规定的合法性理由时才被允许。除防御功能外,基本权利作为主观权利还可推导出作为“共享权”(Teilhabeanspruch)<sup>[32]</sup>的给付请求权功能。共享权的内涵在于,若国家已经为公民提供某种给付,那些未得到给付的人,便可根据平等原则,向国家主张要求共享这种给付。而“基本权利作为客观价值决定”,则使宪法跨越了根本法和一般法的秩序藩篱,而“对所有的法律领域都发生效力,并成为立法、行政与司法的指向和推动力”<sup>[33]</sup>。据此,基本权保障“不仅是宪法整体秩序的评价和解释基础,同样也是其他法秩序的建设性要素,是这些秩序领域未来发展的方向和指针”<sup>[34]</sup>。基本权作为客观价值,使基本权又延伸出国家保护义务以及通过机构和程序保障而实现基本权的功能。国家保护义务(staatliche Schutzpflichtung),是指国家不仅不能自己侵犯公民的基本权,在公民基本权受到第三方侵犯或侵犯威胁时,国家还负有义务为其提供保护;<sup>[35]</sup>而通过机构和程序的保障(Garantie durch Organisation und Verfahren),则指国家应通过实定法为基本权的实现提供相应的机构与程序保障。<sup>[36]</sup>

基本权利作为主观权利和客观价值的双重属性以及在此属性下搭建起的多维功能架构,是诸多部门宪法德国构建的基础。以教育宪法(Bildungsverfassungsrecht)为例,德国教育宪法的讨论,正是从宪法所规定的教育基本权展开,这些权利包括父母教育权(Elternrecht)、私立学校设立自由(Privatschulfreiheit)、职业训练自由(Berufsausbildungsfreiheit)以及学术自由(Wissenschaftsfreiheit)。上述基本权的主客观面向以及多维功能共同形塑出宪法在教育领域的基本要求,这些要求也是宪法在教育领域获得有效实施的应然状态,而教育宪法的讨论接下来则聚焦于宪法应然与实然的落差,基于上述落差提出宪法变迁(Verfassungswandel)的特定构想。<sup>[37]</sup>

#### (二) 基本权的制度性保障作为部门宪法的拓展平台

与基本权利的客观属性相关的,同样在部门宪法的构建构成中发挥效用的还有基本权利的制

[31] Zippelius/Wuertenberger, Deutsches Staatsrecht, 31. Auflag, Verlag C. H. Beck, S. 161.

[32] Hartmut Maurer, *supra* note [24], at 277.

[33] BVerfGE 39, 1, 41.

[34] 许育典:《宪法》,台北元照出版社2008年版,第113页。

[35] Hartmut Maurer, *supra* note [24], at 274.

[36] BVerfGE 63, 69, 71.

[37] Ingo Richter, *Bildungsverfassungsrecht*, Stuttgart, 1973.

度性保障理论(Institutsgarantien)。该理论认为,某些基本权不仅是公民的主观权利,同样应作为制度性保障,而对某些特定的生活和规范领域提供保护。<sup>[38]</sup>例如:德国《基本法》第6条不仅是对个体的婚姻家庭权利,同样是对婚姻家庭制度的保护,第14条不仅是个体财产权的宪法依据,同样也是对私有财产及财产继承制度的保护。制度保障所针对的是立法者,这一理论的内涵在于,某些私法上或公法上的制度,对社会生活具有特别的重要性,宪法应对其特别加以保障,禁止立法者将这些制度完全废弃,或是通过对核心内容加以改变而将其掏空。<sup>[39]</sup>

制度保障的理论可追溯至德国魏玛宪法时代,它的提出主要是针对当时认为基本权只拘束行政权的通说,学者期望藉由制度保障,使立法者同样受基本权内容的约束。<sup>[40]</sup>但二战后的德国《基本法》已经确认,基本权作为“直接有效的法”约束所有的国家权力,立法者当然包含在内。由此,基本权作为国家整体法秩序的客观价值属性,已经吸收了上述制度保障的功能,而传统的制度保障理论也因此逐渐被客观价值理论所替代。<sup>[41]</sup>但如果我们认为制度性保障并非只是消极地保障既有的制度,在某些对基本权和宪法重要法益的实现的制度应当存在,但并不存在时,立法者还负有形成这些制度的义务的话,那么基本权的制度保障功能同样能够与部门宪法的构建发生关联,并对其产生积极导引。

同样以教育宪法为例,教育基本权作为制度性保障的功能体现于,为促进个人通过教育获得自我确定和自我开展,不仅是国家或社会已形成的有利于学生人格自由开展的制度,在宪法上受到特别保护,立法者不能侵犯或排除该项制度;立法者在这些制度缺失时,还负有持续地形成这些制度,并将其予以具体化的义务。这些制度在德国法上表现为,国家对学校教育的监督;为保障教育的多元化和开放性,而给予私立学校的发展空间;为使大学能够真正成为思想自由、人类进步的孵化器,而对大学自治和学术自由的制度性保障等。<sup>[42]</sup>

综上,以基本权利构建各个部门宪法的基本框架,并依这一线索形塑出各个部门宪法的核心内容,不仅使单个部门宪法成为逻辑严密、均质发展的体系化整体;同样将宪法中的“人权保障”目标辐射和作用至各个社会功能领域,部门宪法也最终能够成为倡行者所言的“宪法教义学的体系化载体”<sup>[43]</sup>。

## 五、部门的划分与界定

在有关部门宪法基础理论的讨论中,最具难度的即部门的区隔与划分。事实上,即便是作为部门宪法源发地的德国,既有的部门宪法,例如军事宪法、经济宪法、教育宪法、劳动宪法、社会宪法以及文化宪法的构建和发展,也几乎都是历史作用的产物。它们的生成要么是为规范领域外的客观环境和历史原因所促动;要么是由学者的研究偏好和学术传统所造就,总之,部门的界定和形成事先并未经过宪法理论的周密设计和逻辑推演。正因如此,要从德国既有的部门宪法中揣摩其界定标准和区分规律,无疑是件难事,而部门宪法虽然发达,但有关部门宪法基础理论的讨论却零

[38] Hartmut Maurer, *supra* note [24], at 271.

[39] Sachs, Grundgesetz Kommentar, Verlag C. H. Beck, 1999, S. 388.

[40] Hartmut Maurer, *supra* note [24], at 272.

[41] Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965, S. 59.

[42] Ingo Richter, *Bildungsverfassungsrecht*, Stuttgart, 1973.

[43] 苏永钦:《“横看成岭侧成峰”——从个别社会部门整合宪法人权体系》,载前注[1],苏永钦书,第152页。

星分散的德国,学者也鲜少涉及部门如何划分与界定的问题。

相比德国的部门宪法的划分和生成的“自然过程”,尝试吸纳德国经验建构本地区部门宪法的我国台湾地区学者,更愿意在部门宪法的基础理论中探讨部门的划分与界定。台湾学者对于部门的区隔与界定主要有两种方法:第一种是着眼于宪法规范,主张以宪法中有关“国家目标条款”为依据生发出宪法的门类 and 部门宪法。适用这一方法的代表即陈新民教授,他根据我国台湾地区“宪法”中有关基本国策的规定,分出六类部门宪法:国防宪法、外交宪法、经济宪法、社会宪法、文化宪法及少数民族宪法。<sup>[44]</sup>这一分类虽然使部门宪法的生成与宪法文本紧密相连,但这一分类中仍旧存在标准不一、逻辑不延的弊病。如果说国防宪法、外交宪法、经济宪法、社会宪法和文化宪法的划分是以宪法所作用的功能领域为基准,那么少数民族宪法显然是以作用人群为区辨对象。鉴于此,另有学者主张突破宪法规范的形式体例窠臼,以“实存秩序”和“社会需求”为基础来切割宪法部门。持这一观点的代表即我国台湾地区部门宪法最重要的倡行者苏永钦教授。在他看来,部门宪法既然“是从实存秩序切入,去认识和整理该秩序的基本、最高与结构规范,而不是从规范本身切入,去作体系化的整理”,那么部门的区隔就“不能囿于规范面的体例”<sup>[45]</sup>。用这种方法区分出的部门,“反映社会的需求,社会的需求则反映大环境的变迁”<sup>[46]</sup>。这种不以宪法规范为基准的部门划分如何进行,苏教授在其论文中并无过多阐释,而主要寄望于社会学方法的援助。<sup>[47]</sup>但对社会学方法的援用,虽然可以使部门宪法的生成和发展摆脱宪法教义学的僵化窠臼,却也隐藏着可能脱逸出宪法整体框架的危险。

我国台湾地区学者的上述努力为我们展示了切割宪法部门的可能方案,但上述方案所包含的弊端也再度提示对宪法部门予以学理界分的困难。有鉴于德国部门宪法的自然生成过程,笔者更愿意在部门宪法研究尚未充分展开的我国,并不对部门划分进行细致的学理界分,这种界分无疑类似于对尚在蹒跚学步的孩童的未来进行预先规划。预先规划或许能够为未来发展提供指针,但也包含着抑制嗣后发展的可能。相比探求更周密严苛的划分标准,现阶段只是根据宪法规范文本和既有研究成果,对可能的部门进行粗略分类,之后便交由部门宪法的研究学者进一步填充、修正甚至补强似乎更为妥当适宜。

## 六、从部门行政法到部门宪法:部门宪法的既有基础和未来趋向

相比部门宪法研究在我国尚处于起步阶段,部门行政法的研究迄今为止倒已累积了相当成果。鉴于行政法与宪法之间的绝对亲缘性,这些既有的部门行政法成果和素材或许也能够有效转化为未来部门宪法的研究基础。

我国行政法的基本骨架结构仍旧是以德国法为蓝本。德国现代行政法的开端发展又历经了从零散的行政法各论至逻辑一致、相对自治的行政法总论,再分散出繁茂的部门行政法枝蔓的过程。在德国现代行政法肇始之初,奥托·迈耶摒弃了以行政法各论为对象撰写行政法教科书的风气,利用概念法学的进路,从纷繁复杂的各论行政法中归纳出行政法的一般原理和核心概念,并使用法教义学的处

[44] 陈新民:《军事宪法论》,1994年版,转引自前注[1],苏永钦书,第14页。

[45] 前注[1],苏永钦书,第22页。

[46] 前注[1],苏永钦书,第22页。

[47] 前注[1],苏永钦书,第161页。

理方法,将其统合为体系化的行政法总论。之后的德国行政法总论则表现为由“依法行政原则”为价值内核,以“行为方式的法教义学”为其核心内容的,以提供“行政合法性基准”为主要目标的独立学科。<sup>[48]</sup> 面对嗣后新兴行政的急剧发展和管制任务的日渐扩张,德国行政法又以行政法总论作为“秩序理念”(Ordnungsidee),在行政权重点作用的各个关联领域(Referenzgebiete)拓展出同样体系化的部门行政法,例如环境行政法、社会行政法、经济行政法、教育行政法等。<sup>[49]</sup> 这些部门行政法不仅将注重法律解释、体系整合的行政法总论与社会功能领域以及现实管制任务紧密相连,还具有作为具体的“试金石”,通过行政现实来检视总论原理,弥补总论缺陷,进而“反哺”行政法总论的功能。我国行政法总论的体系建构始自1989年《中华人民共和国行政诉讼法》颁布之后,尽管这一总论体系与具有较高成熟度的德国模板相比,尚存在粗放乖戾之处,但它已经能够为所有的行政活动和各单个领域的行政规制提供概略性的指引。以行政法总论为基础,近年来我国行政法学者同样在警察法、都市规划法、教育法、社会保障法、食品安全卫生法、能源法、药品管理法等诸多部门法领域都取得了一定进展。如果说最初中国部门行政法的研究或者只是行政法总论在特别行政法领域的简单翻版,或者只是对特定规制问题的建言献策,那么发展至今,已经有越来越多的部门行政法的研究者尝试借助总论的定位,对具体领域内繁复芜杂的规范、制度进行逻辑统合,并在此基础上形成体系化的部门行政法。在以现实素材为基础整合部门行政法的过程中,贯彻行政合法性原则,提供行政合法性基准,具体化国家的作用界限,保障公民权利已经慢慢成为学者的研究自觉。这就使得很多部门行政法的既有成果当然能够成为部门宪法未来生成和发展的有效资源。

当然,从部门行政法并非就能简单迅捷地过渡至部门宪法,且不论我国的部门行政法尚显粗糙,即便在体系化和成熟度都较高的德国,部门行政法与部门宪法之间尽管存在亲缘性,但两者之间在素材选取、构建线索以及基石概念上均存在一定殊分。相比部门行政法侧重于抽象出行政权在特定功能领域的作用方式以及合法基准,部门宪法显然更具有“结构法”的性格,它的功能目的也更趋向于通过归纳出国家在各个社会功能领域的作用义务和作用界限,通过总结出各个社会功能领域的一般性、结构性原则,来实现宪法的人权保障目标在各个社会功能领域的渗透。从这个意义上说,部门行政法学者的工作为部门宪法的开展提供了基础,但部门宪法的未来生成仍旧需要宪法学者对于现有素材进行宪法学处理和归纳。

## 七、结 语

德国部门宪法的实践为因违宪审查制度阙如而陷入僵局的规范宪法以及宪法教义学发展带来新启示,部门宪法通过发掘各个社会功能领域的宪法规则的做法,也成为我们在宪法教义学缺乏试练场域的前提下,通过将宪法首先作用于各个社会功能领域,为无法与制度实践衔接的宪法教义学提供磨砺机会,由此来反向促进宪法实施的新思路。但鉴于我国目前关于部门宪法的研究尚处于起步阶段,不仅基础理论问题亟待廓清澄明,各个单行部门宪法也急需充分开展,而这都需要一个学术集体的集体合力。本文所提出的部门宪法或许能够反向促进宪法实施和规范宪法发展的观点,也当然只能通过嗣后的持续研究获得检视。

(责任编辑:蒋红珍)

[48] 参见赵宏:《行政法学的体系化建构与均衡》,载《法学家》2013年第5期。

[49] Eberhard Schmidt-Assmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2004, S. 12.