

备案审查中涉宪性判断的分析框架

李海平*

内容提要 备案审查中的涉宪性判断,是对备案审查案件所涉争议是否属于宪法问题予以判定的活动。涉宪性判断应当考量系争规定的法律位阶、法域归属和宪法外上位法规定类型三个因素,按照“正向确定→反向排除”的二阶层分析框架进行。在正向确定阶层,系争规定的法律位阶是涉宪性判断的考量因素。备案审查机关需在划定系争规定的宪法外上位法总体范围的基础上,按照法律形式、法律文件、法律规定先后顺序识别具体的宪法外上位法规定;不具备宪法外上位法规定的系争规定应当被判定为涉宪,具备宪法外上位法规定的系争规定是否涉宪留待反向排除阶层判定。在反向排除阶层,系争规定的法域归属和宪法外上位法规定类型均须纳入考量范围。属于私法的系争规定应当被判定为不涉宪,须以《民法典》等为依据对其进行合法性审查;属于公法、社会法的系争规定是否涉宪,须根据其宪法外上位法规定类型加以判定。当宪法外上位法规定为具体化规定时,应当认定案涉争议属于法律问题,对系争规定进行合法性审查;当宪法外上位法规定为解释性规定时,应当认定案涉争议属于宪法问题,对系争规定进行合宪性审查。

关键词 备案审查 合宪性审查 涉宪性判断 法律位阶 法域

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2026.02.015

目次

- 一、引言
- 二、涉宪性判断的理论逻辑
- 三、涉宪性的正向确定
- 四、涉宪性的反向排除
- 五、结语

* 上海交通大学凯原法学院教授。本文系 2023 年度教育部哲学社会科学研究重大专项项目“中国自主法学知识体系的概念体系研究”(项目批准号:2023JZDZ014)的阶段性成果。

一、引言

涉宪性判断是根据特定标准,判定案涉争议是否属于宪法问题、争议解决是否适用宪法的活动。2023年12月,《全国人民代表大会常务委员会关于完善和加强备案审查制度的决定》(以下简称《备案审查决定》)明确要求,备案审查机关“在备案审查工作中注重审查法规、司法解释等规范性文件是否存在不符合宪法规定、宪法原则、宪法精神的内容,认真研究涉宪性问题,及时督促纠正与宪法相抵触或者存在合宪性问题的规范性文件”,“涉宪性问题”被正式确立为法律概念。如何在法释义学层面阐释“涉宪性问题”的规范内涵,厘清“研究涉宪性问题”和涉宪性判断之间、涉宪性判断与合宪性判断之间的关系,设定涉宪性的标准和涉宪性判断的分析框架,成为法学界和备案审查实务界亟待完成的重要任务。

截至目前,我国法学界已经对涉宪性问题的规范内涵、涉宪性的标准、涉宪性判断的功能等问题进行了初步探讨,^①但尚未系统阐述涉宪性判断的理论逻辑和分析框架。在“通讯记录案”“涉罪人员近亲属权利限制案”“涉罪人员最低生活保障限制案”“涉罪人员从业限制案”等备案审查案件中,全国人大常委会法工委实质上作出了涉宪性判断,但简约的审查说理方式使得涉宪性判断的逻辑思路并未得到清晰明确的体现,更难以看出涉宪性判断按照何种方法和步骤展开。例如,在“涉罪人员最低生活保障限制案”中,全国人大常委会法工委认为系争规范性文件在宪法和行政法规层面均有上位法依据,并将其关联至宪法,但未说明在具有行政法规依据的情况下将案涉争议作为宪法问题处理的理由、方法和步骤。^②作为兼具程序与实体双重面向的复杂问题,备案审查中的涉宪性判断应遵循一定的分析框架,按照特定的标准和步骤进行,以使判断过程更加规范、缜密,判断结论更加客观、准确。涉宪性判断的分析框架是备案审查理论的重要组成部分,关乎涉宪性判断的有效实施,影响备案审查制度运行的效能,应被高度重视和深入研究。本文在解析备案审查中涉宪性判断理论逻辑的基础上,提出并阐释“正向确定→反向排除”的涉宪性判断二阶层分析框架,以期推动我国备案审查理论和实践的深入发展。

二、涉宪性判断的理论逻辑

涉宪性判断分析框架,是指涉宪性判断的基础要素及其关系结构的总和。厘定涉宪性判断的规范内涵,是建构涉宪性判断分析框架的基本前提;澄清涉宪性判断与合宪性

^① 参见郑磊、张峻通:《以“合宪性、涉宪性”为方法——从“连坐规定案”审查意见的方法逻辑切入》,载《人权法学》2024年第3期;石晶、李海平:《论备案审查中涉宪性判断的功能定位》,载《吉林大学社会科学学报》2024年第6期;莫纪宏:《论合宪性审查中“涉宪问题”的判断标准:理论、实践与平衡》,载《比较法研究》2025年第5期。

^② 参见沈春耀:《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2024年备案审查工作情况的报告》,2024年12月22日在第十四届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议上。

审查、合法性审查的关系,是建构分析框架的必然要求;提炼涉宪性判断的多重考量因素、设定考量因素的标准,是建构分析框架的核心内容;将考量因素组合为有序的阶层构造,是建构分析框架的关键步骤。从规范内涵、模式选择、考量因素、阶层构造四个方面阐明涉宪性判断的理论逻辑,是建构涉宪性判断分析框架的应有之义。

(一) 涉宪性判断的规范内涵

涉宪性判断是对《备案审查决定》第5条中“研究涉宪性问题”这一规范语词的理论概括,厘清涉宪性问题的含义对理解涉宪性判断的规范内涵具有决定性作用。在概念表述上,涉宪性问题是“涉及宪法的问题”的缩略表达,二者可以互换使用,《法规、司法解释备案审查工作办法》(以下简称《工作办法》)第20条便使用了“涉及宪法的问题”的概念。从文义上看,“涉宪性”与“涉宪”是两个不同的概念,涉宪性是指是否涉及宪法,涉宪是指确定涉及宪法。相应地,涉宪性问题有两种解释方案:第一,是否与宪法相关的问题;第二,是否属于宪法层面的问题。据此,研究涉宪性问题也存在两种解释方案:一是判断系争规定是否与宪法相关,二是判断案涉争议是否属于宪法层面的问题。“宪法调整所有的立法行为,从而与所有的法发生联系”,“根本不存在不涉及宪法的问题”。^③第一种解释方案似乎有一定合理性。可是,在法学方法论上,“对规范的解释原则上应确保它的适用领域不会被虚置。换言之,不能使规范沦为赘余之物”^④。如果按照第一种解释方案,涉宪性问题就会成为一个冗余的概念,涉宪性判断也丧失了存在的意义。因此,第一种解释方案应被排除。

就第二种解释方案而言,其不仅未超出涉宪性问题的语义射程,而且也可以获得比较法上的参照。遵循第二种解释方案,系争规定与宪法相关联并不意味着必然将案涉争议作为宪法问题处理,备案审查机关需就纳入合宪性审查的争议进行筛选识别。从比较法上看,尽管世界各国在形式上不一定具有涉宪性判断的法律概念或法学概念,但各国的合宪性审查制度体系一般都包含这一制度内容。在德国联邦宪法法院接受宪法诉愿的条件中,除“法律救济途径的用尽”外,还有诉愿能力、程序能力、诉愿标的、诉愿资格、权利保护必要等要件。^⑤美国联邦最高法院受理宪法案件,除贯彻“穷尽法律救济原则”外,还需符合案件性、原告适格、成熟性等要件,且不存在诉由消失、政治争议不受审查等事由。^⑥德国联邦宪法法院对是否符合诉愿能力、程序能力、诉愿标的、诉愿资格、权利保护必要等要件的判断,^⑦美国联邦最高法院对是否符合案件性、原告适格、成熟性等要件的判断,^⑧便是对案件在穷尽法律救济途径后是否作为宪法案件处理的判断,其中包含涉宪性判断的内容。与世界其他国家不同,备案审查是我国合宪性审查的重要制度载体,

^③ 参见王锴:《备案审查中的若干疑难问题》,载《法律科学》2025年第3期,第107页。

^④ [德]托马斯·M.J.默勒斯:《法学方法论》(第4版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第274页。

^⑤ 参见赵宏:《宪法诉愿的基本构造与核心问题——从德国经验谈起》,载《中国法律评论》2020年第1期,第61页。

^⑥ 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,第59-92页。

^⑦ 参见前注^⑤,赵宏文,第61页。

^⑧ 参见前注^⑥,林来梵主编书,第59-92页。

且备案审查同时包括合宪性审查和合法性审查,这更加凸显了涉宪性判断对合宪性审查功能发挥的关键作用。

综上所述,第二种解释方案更具合理性,应将涉宪性问题界定为是否属于宪法层面的问题,将涉宪性判断界定为对案涉争议是否属于宪法问题的判断。需要强调的是,在备案审查的概念体系中,涉宪性判断与“合宪性审查对象确定”“合宪性判断”高度相似并密切相关。为了准确理解涉宪性判断的规范内涵,还需解析涉宪性判断与合宪性审查对象确定、合宪性判断的关系,澄清这些概念之间的微妙差别。

在涉宪性判断和合宪性审查对象确定的关系上,合宪性审查对象确定是涉宪性判断的必要不充分条件。合宪性审查对象是“描述审查机关需要对‘什么’进行宪法判断的概念范畴”^⑨,合宪性审查对象确定的结论是某种法律形式是否应被纳入合宪性审查的范围。^⑩合宪性审查对象是一个更为宏观的概念,发挥确定合宪性审查“受案范围”的功能。从《工作办法》第20条中“对……涉及宪法的问题,……应当主动进行合宪性审查研究”的表述来看,涉宪性判断和合宪性审查对象确定均发挥筛选合宪性审查案件的功能。但从系争规定所属法律形式属于合宪性审查对象的判断中,无法推导出应对案涉争议进行合宪性审查的结论。在宏观层面确定哪些法律形式需被纳入合宪性审查后,备案审查机关还需在微观层面研究案涉争议是否应被作为宪法问题处理。若系争规定所属法律形式不属于合宪性审查对象,案涉争议便不属于宪法问题,无需对其进行涉宪性判断;系争规定所属法律形式属于合宪性审查对象,也不意味着案涉争议一定要被作为宪法问题处理,还需看其是否符合涉宪性标准。

在涉宪性判断和合宪性判断的关系上,涉宪性判断是合宪性判断的前判断。在《备案审查决定》第5条中,“审查法规、司法解释等规范性文件是否存在不符合宪法规定、宪法原则、宪法精神的内容”的表述,指向系争规定的合宪性问题和备案审查机关的合宪性判断;“研究涉宪性问题”的表述,指向系争规定的涉宪性问题和备案审查机关的涉宪性判断。该条关于合宪性判断和涉宪性判断的规定处于并列状态。在备案审查工作报告中,全国人大常委会法工委在强调加强宪法实施和监督时使用“合宪性、涉宪性问题”^⑪的表述,其中包含着将合宪性问题和涉宪性问题、合宪性判断和涉宪性判断加以区分的意蕴。可见,涉宪性问题和合宪性问题是具有不同内涵的两个概念,涉宪性判断和合宪性判断也是备案审查中两个具有实质差异的独立环节。在基本内涵上,涉宪性判断中的涉宪性问题并非指系争规定是否与宪法相关,而是指案涉争议是否应被作为宪法问题处理,与此相对应,涉宪性判断并非指对系争规定是否与宪法相关的判断,而是对案涉争议是否应作为宪法问题加以处理的判断;合宪性判断则是一个判断系争规定是否符合宪法的活动。在实施程序上,涉宪性判断是合宪性判断的前置程序,先于合宪性判断作

⑨ 万千慧:《我国合宪性审查对象研究》,知识产权出版社2022年版,第28页。

⑩ 参见朱学磊:《论合宪性审查对象的规范性标准》,载《中国人民大学学报》2025年第5期,第100-102页。

⑪ 前注②,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2024年备案审查工作情况的报告》。

出,只有经过涉宪性判断确定属于宪法争议后,才启动判断系争规定是否符合宪法的合宪性判断。

(二) 涉宪性判断的模式选择

备案审查本质上是以上位法为大前提,判断系争规定合宪性、合法性的法律适用活动。涉宪性判断的功能在于明确案涉争议究竟是法律问题抑或宪法问题,进而选择适用合法性审查或合宪性审查。根据备案审查中涉宪性判断与合宪性审查、合法性审查的关系,可以建构出三种涉宪性判断模式。第一种模式是合宪性审查优先于合法性审查,将所有争议都认定为宪法问题。^⑫此时,涉宪性判断无需设置考量因素。第二种模式是合法性审查优先于合宪性审查,对合法性审查无法解决的争议进行合宪性审查。^⑬在从合法性审查过渡到合宪性审查时,备案审查机关需将权利保护必要性、案件普遍重要性等因素纳入考量范围,^⑭从而将案涉争议确定为宪法问题。第三种模式是通过涉宪性判断分流合宪性审查和合法性审查,即不存在何种审查优先的问题,备案审查中选择合宪性审查还是合法性审查取决于涉宪性判断的结果。涉宪性判断是独立于合宪性审查和合法性审查的环节,通过涉宪性判断将宪法问题分流至合宪性审查,将法律问题分流至合法性审查。此种情形下考量因素的设置,不仅需将应作为宪法问题处理的争议囊括进来,还需将不应作为宪法问题处理的争议排除出去。

选择何种涉宪性判断模式,对涉宪性判断考量因素的设置具有决定性意义,在设置考量因素之前需对涉宪性判断模式作出选择。笔者认为,合宪性审查优先于合法性审查的模式会导致涉宪性问题和合宪性问题混同,不宜采纳,因此模式选择主要在后两种模式中进行。从备案审查的基本属性、制度目的和运行效果看,通过涉宪性判断分流合宪性审查和合法性审查的模式更为妥当。

首先,合法性审查优先于合宪性审查并非备案审查的必然要求。域外合宪性审查通常以具体审查为主,且合宪性审查和合法性审查在一定程度上分离。合法性审查优先模式要求具备穷尽法律救济的要件,符合域外合宪性审查制度的基本属性。而我国备案审查实行抽象审查,且同时包括合宪性审查和合法性审查,不存在必须优先进行合法性审查的制度条件。

其次,通过涉宪性判断进行分流的模式契合备案审查的制度目的。以备案审查推进合宪性审查是《备案审查决定》的目的之一,且《备案审查决定》明确规定“注重审查法规、司法解释等规范性文件是否存在不符合宪法规定、宪法原则、宪法精神的内容”。以穷尽法律救济为核心要求的合法性审查优先模式与域外合宪性审查制度较为匹配,但“不能准确反映和适应我国对于加强宪法监督、推进合宪性审查与备案审查的要求”^⑮,不

^⑫ 参见马洪伦:《我国合宪性审查衔接联动机制的构建》,载《当代法学》2023年第3期,第88页。

^⑬ 参见胡锦涛:《论法规备案审查与合宪性审查的关系》,载《华东政法大学学报》2018年第4期,第27页。

^⑭ 参见王锴、司楠楠:《论判断合宪性审查与合法性审查先后顺序的理论基础》,载《江苏行政学院学报》2024年第4期,第121-122页。

^⑮ 严冬峰:《2024年备案审查工作报告的解读与评述》,载《中国法律评论》2025年第1期,第188页。

符合《备案审查决定》的上述制度目的。

最后,通过涉宪性判断进行分流的模式可以克服合法性审查优先模式的弊端。在合法性审查优先模式中,无论系争规定是否具备宪法外上位法规定,备案审查机关均须对其进行合法性审查,这无形中增加了备案审查工作的成本;在通过涉宪性判断进行分流的模式中,当系争规定不具有宪法外上位法规定时,备案审查机关即可径行将其分流至合宪性审查,此种做法有利于简化流程、降低备案审查机关的工作负担。此外,合法性审查优先模式可能导致“阻滞、抵消或者替代合宪性审查”^{①⑥}的弊端,而通过涉宪性判断进行分流的模式能够有效避免合宪性审查与合法性审查的交织难分,充分发挥合宪性审查与合法性审查各自的制度功能。

(三) 涉宪性判断的考量因素

涉宪性判断需依照涉宪性的标准进行,但鉴于涉宪性问题的复杂性,备案审查机关往往难以依照单一标准得出结论,而需结合多重考量因素进行分析,涉宪性判断的多重考量因素就成为了涉宪性判断分析框架的基本构成元素。在不同涉宪性判断模式下,涉宪性判断的考量因素存在一定差异。若采纳通过涉宪性判断进行分流的模式,法律位阶、法域归属、宪法外上位法规定类型是判断案涉争议是否作为宪法问题处理的关键。涉宪性判断结论的作出须综合考量这三个因素。

第一,法律位阶因素。将法律位阶作为涉宪性判断考量因素的实质,是确定系争规定是否具有宪法外上位法规定,以及不存在违宪、违法疑虑的宪法外上位法规定是否中断系争规定与宪法规定的联系。这一考量因素的设定在理论上能够成立,在实践中也有所印证。一方面,宪法的框架秩序性质是宪法外上位法规定中断系争规定与宪法规定联系的理论依据。作为“一种框架性的规定”,宪法“仅仅划定了立法活动的外围界限,在框架的界限之内立法者得自由选择其所欲采取的措施”。^{①⑦}系争规定只要在制定权限和制定程序上符合宪法、在内容上不抵触宪法就具备合宪性。当系争规定不以宪法规定为直接制定依据时,宪法外上位法规定与系争规定的联系更为紧密,以宪法外上位法规定而非宪法作为审查依据,符合“不可作出不必要的宪法判断”^{①⑧}的法理。另一方面,以法律判断回避宪法判断的具体实践,为宪法外上位法规定中断系争规定与宪法规定联系提供了例证。美国联邦最高法院布兰代斯大法官在“阿什旺德诉田纳西河流域管理局案”判决的补充意见中指出:“除非对于案件裁决绝对必要,否则法院通常不会就宪法性质的问题作出裁判”,“即便宪法问题已被通过诉讼文件恰当地提起,但是,如果存在可以处理案件的宪法以外的其他依据,法院仍然会回避宪法判断”。^{①⑨}在我国备案审查实践中,全国人大常委会法工委法规备案审查室指出,“只有在没有上位法或者适用上位法的规

^{①⑥} 林来梵:《合宪性审查的宪法政策论思考》,载《法律科学》2018年第2期,第39页。

^{①⑦} 参见王鹏翔:《基本权作为最佳化命令与框架秩序——从原则理论初探立法余地(gesetzgeberische Spielräume)问题》,载《东吴法律学报》2007年第3期,第13页。

^{①⑧} 翟国强:《宪法判断的原理与方法:基于比较法的视角》,清华大学出版社2019年版,第17页。

^{①⑨} See Ashwander et al. v. Tennessee Valley Authority et al., 297 U.S. 288(1936).

定无法得出审查结论时,才需要直接以宪法为依据对规范性文件进行审查”^{②①}。由此可见,回避宪法判断已经在一定程度上获得备案审查机关的认同,成为备案审查工作的一项重要原则。

第二,法域归属因素。“法域是介于法体系和法部门之间的概念”^{②②},在理解和认识一个国家的法体系时,应先根据法律所调整社会关系的差异将法体系划分为法域,在法域划分的基础上再进一步划分法部门。一般而言,调整国家与私主体之间、国家机关之间关系的法域为公法法域,调整平等私主体之间关系的法域为私法法域,调整存在结构性不平等的私主体之间关系的法域为第三法域,也被称为社会法法域。^{②③}从制定权限看,无论公法、私法还是社会法,作为高级法的宪法均是其制定权限的最终来源。但是,“实质宪法,不仅可以决定立法的机关和程序,而且在某种程度上,还可以决定未来法律的内容”^{②④}。从规范内容的维度上考察,宪法规定了国家的根本制度和根本任务,是国家的根本法;从调整对象的维度上考察,宪法主要调整国家与私主体之间、国家机关之间的关系,可以被划入公法序列。宪法的公法属性决定了其与不同法域的法律规定在关联性方面存在程度差异,从而对系争规定是否涉宪的判定产生影响。私法从“社会内部生发和成长”,是“社会自身积淀的习惯、风俗、惯例等抽象规则长期进化的结晶”,^{②⑤}是国家对社会中私主体之间自然存在的权利义务关系的确认;社会法体现为国家对结构性不平等私主体关系的干预;宪法外的其他公法与宪法在法律关系结构上具有同构性。对私法而言,宪法主要发挥边界控制功能,与宪法不抵触是私法与宪法关系的基本样态。对公法和社会法来说,宪法同时发挥边界控制和内容形成功能。^{②⑥}因此,私法与宪法主要存在权限、程序关联,公法、社会法则既存在权限、程序关联,也存在内容关联。相较于公法、社会法,私法在涉宪性判断中获得肯定性结论的可能性相对较低。

第三,宪法外上位法规定类型因素。在备案审查中,系争规定有宪法外上位法规定,并不意味着必然以该宪法外上位法规定作为审查依据对系争规定进行合法性审查。作为备案审查的依据,宪法外上位法规定不仅需满足不存在违宪、违法疑虑的条件,还需满足能够独立解决案涉争议的条件。前者要求备案审查机关在识别出宪法外上位法规定后,对宪法外上位法规定进行初步的合宪性、合法性判断;后者要求备案审查机关将宪法外上位法规定类型纳入涉宪性判断的考量范围。依照不同标准,可对法律规定作出不同类型划分;不同的法律规定类型划分,服务于不同的法律论证目的。我国学界鲜有从法

②① 全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室:《〈法规、司法解释备案审查工作办法〉导读》,中国民主法制出版社2020年版,第99页。

②② 余少祥:《社会法“法域”定位的偏失与理性回归》,载《政法论坛》2015年第6期,第30页。

②③ 参见[德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健译,商务印书馆2013年版,第114页;赵红梅:《第三法域社会法理论之再勃兴》,载《中外法学》2009年第3期,第427页。

②④ [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1995年版,第143页。

②⑤ 参见赵万一:《从民法与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年第1期,第127页。

②⑥ 参见张翔:《立法中的宪法教义学——兼论与社科法学的沟通》,载《中国法律评论》2021年第4期,第102页。

律规定可否独立解决争议出发,以法律规定与宪法规定的关系为标准对法律规定进行类型划分,这在一定程度上影响了学界对涉宪性概念内涵的正确理解。为确定宪法外上位法规定能否独立解决争议、使涉宪性判断有效进行,需以宪法外上位法规定与宪法规定的关系为标准划分宪法外上位法规定类型。宪法规定具有显著的抽象性、原则性,需通过制定普通法律的形式实施,因而普通法律的制定是实施宪法的重要途径。在普通法律的制定过程中,制定机关在许多情况下需对宪法规定作出理解和阐释。此种理解和阐释,既可能是对宪法规定意义和内涵的明确,也可能是对宪法规定进行创造性填补。相应地,在前一种情况下产生的法律规定,可称为对宪法规定的解释性规定;在后一种情况下产生的法律规定,可称为对宪法规定的具体化规定。“‘解释’和‘具体化’是相对立的:‘解释’是确定规范的内容;而‘具体化’则是创造性地充实一些原则性的规定。”^{②6} 解释性规定和具体化规定是根据宪法外上位法规定与宪法规定的关系作出的基本类型划分,揭示了法律规定在内容形成空间上的大小差异。宪法外上位法规定属于解释性规定还是具体化规定,决定了其能否满足独立解决案涉争议的需要、能否中断系争规定与宪法规定的联系,以及备案审查机关如何援引法律适用大前提。因此,宪法外上位法规定类型因素应被纳入涉宪性判断的考量范围。

(四) 涉宪性判断的阶层构造

系争规定的法律位阶、法域归属和宪法外上位法规定类型,都是涉宪性判断的考量因素,如何将三者结合用于涉宪性判断是亟待解决的关键问题。阶层式分析框架在宪法争议处理中被广泛运用,其通常“在逻辑上呈现出一种递进关系”,各阶层“逐级展开,只有通过了上一个阶层的审查,才有必要进入下一个阶层的审查”。^{②7} 此种分析框架“有助于问题研讨的缜密和规范,也会有助于相关研究形成有效的学术积累”^{②8}。在基本权利限制的合宪性判断领域,已经形成了“基本权利保护范围→基本权利干预→基本权利干预的正当化”等成熟的阶层式分析框架。涉宪性判断与合宪性判断是不同性质的两种活动,涉宪性判断必然具有异于合宪性判断的分析框架,不能用合宪性判断的分析框架覆盖涉宪性判断。确立一套具有可操作性的阶层框架并将三项考量因素嵌入不同阶层,是分析系争规定是否涉宪的可行方案。

在涉宪性判断的三项考量因素中,法律位阶因素旨在将不具备宪法外上位法规定的系争规定直接分流至合宪性审查,而具备宪法外上位法规定的系争规定仍然具有涉宪可能性。法域归属因素旨在根据系争规定所属法域与宪法关联性的高低,将具有宪法外上位法规定且与宪法关联性较低的系争规定排除出合宪性审查。宪法外上位法规定类型因素旨在根据宪法外上位法规定能否独立解决案涉争议,将具有宪法外上位法规定且该规定能够独立解决争议的系争规定排除出合宪性审查。由此可见,法律位阶因素发挥正向确定功能,以其为基础可形成涉宪性的正向确定阶层;法域归属因素和宪法外上位法

^{②6} 前注④,托马斯·M.J.默勒斯书,第414页。

^{②7} 参见张翔、田伟:《基本权利案件的审查框架(一):概论》,载《燕大法学教室》2021年第3期,第11页。

^{②8} 张翔:《基本权利限制问题的思考框架》,载《法学家》2008年第1期,第134页。

规定类型因素发挥反向排除功能,通过二者结合可形成涉宪性的反向排除阶层。在正向确定阶层中,结合法律位阶因素只能对部分系争规定的涉宪性作出确定性结论,对大部分具有宪法外上位法规定的系争规定而言,是否将案涉争议作为宪法问题处理,尚待备案审查机关结合法域归属因素和宪法外上位法规定类型因素作进一步判断。在反向排除阶层中,通过法域归属因素和宪法外上位法规定类型因素的排除,备案审查机关方可对系争规定的涉宪性作出确定性结论。在阶层顺序上,应以正向确定阶层作为第一个阶层,以反向排除阶层作为第二个阶层。由此,涉宪性判断的三项考量因素形成了“正向确定→反向排除”的二阶层分析框架。

“正向确定→反向排除”的二阶层分析框架建立在通过涉宪性判断进行分流的模式基础上,两个阶层都存在筛选宪法争议和法律争议的机制。系争规定的涉宪性最终被排除的实质,是以宪法外上位法规定为依据回避宪法判断,中断系争规定和宪法规定的联系。在合法性审查优先模式中,合法性审查发挥涉宪性判断的案件筛选作用,在“法律层面进行合法性审查,即完成了涉宪性问题审查”^②。合宪性审查最终未启动的实质,也是以宪法外上位法规定为依据回避宪法判断。从形式上看,两种模式均存在案件筛选机制和回避宪法判断,似乎没有显著差异。然而,二者在涉宪性判断、合法性审查、合宪性审查的边界设定和是否启动涵摄推理上存在本质区别。在合法性审查优先模式中,合法性审查与涉宪性判断融为一体,合法性审查与合宪性审查之间缺乏边界;而在通过涉宪性判断进行分流的模式中,涉宪性判断、合法性审查、合宪性审查被严格区分,三者之间均存在一定边界。在合法性审查优先模式中,涉宪性判断发生在合法性审查启动后,以宪法外上位法规定为依据的涵摄推理已经完成;而在通过涉宪性判断进行分流的模式中,涉宪性判断是合法性审查或合宪性审查启动前的独立环节,仍处于确定涵摄推理大前提的过程中,尚不触及对系争规定合法性、合宪性的判断。

三、涉宪性的正向确定

涉宪性的正向确定是涉宪性判断分析框架的第一个阶层。在这一阶层,备案审查机关需结合法律位阶划定系争规定的宪法外上位法的总体范围,并在此基础上考量是否需进一步识别具体的宪法外上位法规定,从而认定系争规定是否涉宪以及是否进入反向排除阶层。备案审查机关一旦认定某一系争规定不具有宪法外上位法规定,便只能对这一系争规定进行合宪性审查。法律位阶是涉宪性正向确定阶层的考量因素,系争规定是否具有宪法外上位法规定的判定需借助法律位阶进行,法律位阶的判断标准对部分系争规定涉宪性的正向确定发挥决定性作用。

(一) 系争规定的宪法外上位法总体范围的划定

宪法外上位法总体范围的划定,是对系争规定进行涉宪性正向确定的基本前提;而

^② 前注①,郑磊、张峻通文,第43页。

其实质是明确系争规定的宪法外上位法的法律形式类别。法律形式是宪法、法律、行政法规、地方性法规等不同制定法表现形式的统称,^{③①}法律位阶是对法律形式之间层级结构的规范表达。如何确定法律位阶的标准,并根据这些标准确定法律形式的层级关系,是宪法外上位法总体范围划定的关键。我国学界传统上依据制定机关地位^{③②}、立法生效范围^{③③}等标准判断法律位阶,并据此确定法律规定的上位法形式。近年来,有学者主张引入条件关系标准和废止关系标准作为法律位阶的判断标准^{③④}。然而,传统理论对特定法律形式位阶关系的解释力相对有限,条件关系标准和废止关系标准理论也存在混淆法律形式的关系和法律规定的关系、忽视规范位阶和效力位阶的区分意义、难以完全适配我国法律体系等颇多问题。根据我国《宪法》《立法法》等规定厘定法律位阶的判断标准,确定法律形式之间的层级关系,是解题的基本方向。

第一,规范位阶和效力位阶的区分是确定法律位阶的基础。法律位阶并非只是一个描述法律形式之间层级结构的概念,其具有规范位阶和效力位阶两种形态。规范位阶是指法律规定在法律体系中的应有定位,意在确定法律形式在法律体系中所处的层级;效力位阶是指法律规定发生冲突时的适用序列,^{③⑤}旨在明确上下位法律形式中法律规定产生冲突时何者优先适用^{③⑥}。规范位阶和效力位阶的区分对厘清法律位阶具有重要意义。一方面,从上位法优于下位法的法律规定效力冲突处理原则来看,规范位阶在很大程度上决定了效力位阶,^{③⑥}但也可能因某些法律形式的特殊性而存在例外。另一方面,除上位法优于下位法之外,效力位阶还包含新法优于旧法、特别法优于一般法等法律规定效力冲突的处理原则,效力位阶的内涵比规范位阶的内涵更为宽泛。一项法律规定能否作为系争规定的宪法外上位法,除了其所属的法律形式需在规范位阶上高于系争规定所属的法律形式外,还必须在效力位阶上足以否定系争规定的法律效力。

第二,规范位阶的确定应以制定机关之间的关系为标准。尽管我国宪法和法律对法律位阶作出了规定,但其规定的是效力位阶而非规范位阶,这在《立法法》第五章“适用与备案审查”的相关规定中体现得尤为明显。当然,未对规范位阶作出明确规定,并不意味着我国宪法和法律中不包含规范位阶的内涵,可以通过对相关条款的解释,推导出法律形式的规范位阶。“对于制定法而言,它依存的正当性、合法性也就是创制该法律文件的机关权力的正当性和合法性。”^{③⑦}制定法的产生均为国家机关行使权力的体现,制

^{③①} 参见雷磊:《重构“法的渊源”范畴》,载《中国社会科学》2021年第6期,第161页。

^{③②} 参见张根大:《论法律效力》,载《法学研究》1998年第2期,第12页。

^{③③} 参见张春生主编:《立法实务操作问答》,中国法制出版社2016年版,第206页。

^{③④} 参见王锴:《法律位阶判断标准的反思与运用》,载《中国法学》2022年第2期,第13-25页。

^{③⑤} 参见郑毅:《再论自治条例和单行条例的法律地位——基于规范位阶和效力位阶的二元化视角》,载《广西民族研究》2014年第1期,第28-29页。

^{③⑥} 参见江辉:《效力位阶由条件关系决定吗?——兼论效力位阶与规范位阶的区别》,载《中国人民大学学报》2024年第6期,第104、107页。

^{③⑦} 参见前注^{③④},郑毅文,第29页。

^{③⑧} 胡玉鸿:《试论法律位阶划分的标准——兼及行政法规与地方性法规之间的位阶问题》,载《中国法学》2004年第3期,第23页。

定法形式之间的关系也正是制定机关之间关系的反映。一般而言,从宪法规定的国家权力机关与同级其他国家机关之间产生与被产生的关系中,以及行使同一性质权力的上级机关与下级机关之间的指导关系或领导关系中,可以生成法律形式的规范位阶,即法律高于行政法规、监察法规、司法解释和地方性法规,地方性法规高于同级地方政府规章和下级地方性法规,行政法规高于规章。特殊的是,国务院作为中央人民政府的宪法地位使行政法规得以突破行政机关体系,对地方国家权力机关的法规制定产生拘束力。但行政法规高于地方性法规只能被解释为规范位阶的特例,不可类推运用至其他法律形式规范位阶的判断中。监察法规与地方性法规、司法解释与地方性法规、省级地方政府规章与设区的市级地方性法规之间,不存在规范位阶关系。

第三,效力位阶的确定应兼顾部分法律形式的特殊性。通常情况下,规范位阶的层级反映法律位阶,效力位阶又与规范位阶的层级一致,据此可得出通常情况下系争规定的宪法外上位法的总体范围。但是,判断一项法律规定能否作为系争规定的宪法外上位法规定,除了须遵循法律位阶的一般情形外,还须考虑法律的特殊规定。《立法法》第98条至第102条规定的部分法律形式之间的效力位阶,印证了规范位阶对效力位阶的决定性作用,属于宪法外上位法总体范围划定的一般情况。除此以外,需注意以下两项可能导致规范位阶和效力位阶不完全对应的特殊情形。

一是变通立法权。变通立法权的行使产生“悬置旧法”和“新立优法”^{③⑧}的法律效果,必然引起规范位阶与效力位阶的分离和变动。截至目前,享有变通立法权的法律形式包括自治条例和单行条例、经济特区法规、浦东新区法规、海南自由贸易港法规(以下统称“变通立法”)。无论在变通立法之间还是在一般立法与变通立法之间,规范位阶的判断均准用规范位阶的一般规则。例如,自治区单行条例的规范位阶高于自治州单行条例,广东省地方性法规的规范位阶高于深圳经济特区法规。即便变通立法相较于法律、行政法规优先适用,也不可以说变通立法的规范位阶高于法律、行政法规。但在效力位阶的判断上需区分变通规定和非变通规定,变通规定相较于被变通的法律形式优先适用,具有更高的效力位阶,而被变通的法律形式的效力位阶仍然与规范位阶保持一致。因此,划定变通立法的宪法外上位法总体范围时应区分变通规定和非变通规定。变通规定的宪法外上位法形式包括法律、行政法规,非变通规定的宪法外上位法形式包括法律、行政法规、上级地方性法规和上级变通立法中的非变通规定。

二是法规批准权。《立法法》规定的法规批准权包括省级人大常委会对设区的市级地方性法规,自治州、自治县的自治条例和单行条例的批准权,全国人大常委会对自治区的自治条例和单行条例的批准权。有观点认为,设区的市级地方性法规须经省级人大常委会批准,故这两级地方性法规效力位阶相同。^{③⑨}此种观点将批准程序视为设区的市级地方性法规制定程序的必要步骤,但实际上“决定法律生效的主体仍然是制定权限所属

^{③⑧} 姚建龙、俞海涛:《论浦东新区法规:以变通权为中心》,载《华东政法大学学报》2023年第3期,第89页。

^{③⑨} 参见郑淑娜主编:《〈中华人民共和国立法法〉释义》,中国民主法制出版社2015年版,第200页。

的国家权力机关,生效的核心要素应当是制定程序的合法性,而非监督的程序合法性”^④。批准程序不影响效力位阶的判断,省级地方性法规的效力位阶应高于设区的市级地方性法规。同理,在不考虑变通立法权的情况下,法律的效力位阶应高于自治条例和单行条例,省级地方性法规的效力位阶应高于自治州、自治县的自治条例和单行条例。

综上所述,可得出各类备案审查对象的宪法外上位法总体范围(如表1所示)。对于备案审查机关而言,系争规定的宪法外上位法总体范围划定在一定程度上具备规范性,可反复运用,无需在个案中逐次识别。只有在国家权力机关通过制定或修改法律等方式新增法律形式的情况下,才需根据上述原则重新确定新型法律形式在法律位阶中的层级定位,并对各类备案审查对象的宪法外上位法总体范围进行局部调整。

表1 各类备案审查对象的宪法外上位法总体范围

备案审查对象		宪法外上位法总体范围
行政法规、监察法规、司法解释		法律
地方性法规		法律、行政法规、上级的地方性法规
变通立法	变通规定	法律、行政法规
	非变通规定	法律、行政法规、上级地方性法规、 上级变通立法中的非变通规定

(二) 系争规定的宪法外上位法具体规定的识别

当备案审查机关根据系争规定所属法律形式确定其宪法外上位法总体范围后,部分争议已经具备了分流的可能性。当系争规定所属法律形式必然不具有宪法外上位法时,可确定其涉宪,将其纳入合宪性审查。根据《备案审查决定》的规定,法律不属于备案审查对象,各类备案审查对象在总体范围上一般会有法律这种宪法外上位法形式,没有宪法外上位法形式的情形本不会出现。但在实践中,备案审查对象的范围有所拓展,出现了只能将案涉争议作为宪法问题处理的特殊案例。在“收容教育制度案”^⑤中,系争的《全国人民代表大会常务委员会关于严禁卖淫嫖娼的决定》属于有关法律问题的决定,其位阶等同于法律,仅有宪法这种上位法形式。对于该案系争规定而言,便应确定其涉宪,对其进行合宪性审查。

当然,在宪法外上位法总体范围划定后直接对争议进行分流只是个别情形,并非涉宪性正向确定的普遍现象。若在宪法外上位法总体范围层面不能确定系争规定的涉宪性,备案审查机关仍需继续在法律规定层面进行涉宪性正向确定。宪法外上位法规定分为权限、程序和内容三个维度,系争规定普遍具有权限、程序维度的宪法外上位法规定,

^④ 王翔:《省级人大常委会审查批准设区的市地方性法规的功能定位》,载《法学》2023第8期,第50页。

^⑤ 参见沈春耀:《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2018年备案审查工作情况的报告》,2018年12月24日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议上。

但不一定具有内容维度的宪法外上位法规定。在我国,立法权限和程序被集中规定于《立法法》中,《立法法》作为权限、程序维度的宪法外上位法对各类规范制定均具有拘束力。一旦备案审查机关优先选定权限、程序维度的宪法外上位法规定为审查依据,按照涉宪性正向确定的逻辑,所有案件的系争规定均将具备宪法外上位法规定,正向确定阶层的筛选功能便无可避免地失灵。当系争规定仅具有权限、程序维度的宪法外上位法规定,不具有内容维度的宪法外上位法规定时,备案审查机关应认定系争规定涉宪,对系争规定进行合宪性审查;当系争规定同时具有权限、程序、内容维度的宪法外上位法规定时,备案审查机关无法在正向确定阶层得出系争规定是否涉宪的结论,仍需对其进行涉宪性反向排除。可见,系争规定是否具有内容维度的宪法外上位法规定,是涉宪性正向确定得出结论的关键。备案审查机关在法律形式层面完成系争规定的宪法外上位法总体范围的划定后,需按照从法律文件到法律规定的分析步骤,识别系争规定在内容维度的宪法外上位法规定,并对系争规定进行涉宪性正向确定。

第一,系争规定的宪法外上位法文件的识别。在这一步骤中,备案审查机关首先需对可能包含系争规定的宪法外上位法的文件进行识别。文面上的比对是这一识别过程的常用方法。法律文件的名称、立法目的或立法根据条款,以及起草说明、审议报告等立法过程性材料,可为系争规定的宪法外上位法文件的识别提供线索。部分法律文件在名称中直接指明其性质。例如,《药品管理法实施条例》是基于《药品管理法》作出的执行性规定,与《药品管理法》存在上下位法关系。多数法律文件在正文开头即载明其制定根据。例如,《公平竞争审查条例》第1条明确规定其以《反垄断法》等法律为制定根据。从《工作办法》第11条的规定来看,起草说明、修改情况汇报及审议结果报告等有关文件已被纳入备案文件范围,也可作为识别宪法外上位法文件的素材。

第二,系争规定的宪法外上位法规定的识别。系争规定的宪法外上位法文件的识别为宪法外上位法规定的识别划定了可能的范围,宪法外上位法的识别仍需在法律文件中的具体规定层面展开。在这一步骤中,备案审查机关通常需运用法律解释方法对法律文件中的具体条款进行解释,但这一过程中的法律解释与审查过程中的法律解释存在明显不同。审查过程中的法律解释以明确系争规定和审查依据的规范含义、对系争规定作出合宪性或合法性评价为目的,是法律适用过程中的法律解释;而上位法识别中的法律解释是找法过程中的法律解释,仅关注系争规定和可能的上位法在调整对象上的包含关系,备案审查机关在上位法识别中一般运用文义解释方法即可,相较于审查过程中的法律解释更为简约。例如,对《生态保护补偿条例》这部行政法规而言,其宪法外上位法形式只能是法律。但现行有效的法律中并不存在与之对应的“生态保护补偿法”,其立法目的和立法根据条款也未说明其上位法。从该条例第2条的规定来看,其调整对象为“中华人民共和国领域及管辖的其他海域开展生态保护补偿及其相关活动”。“生态保护补偿”的制度目的是“保护和改善生态环境”,在语义上前者被后者包含,可据此推断《环境保护法》这部生态环境保护领域的一般法是《生态保护补偿条例》的上位法。但以法律文件为单位识别宪法外上位法可能并不精确,有必要深入到法律规定层面。《环境

保护法》第31条概括规定了生态保护补偿制度,是《生态保护补偿条例》制定的直接根据,至此可确定《环境保护法》与《生态保护补偿条例》存在上下位法关系。值得注意的是,备案审查机关可能识别出系争规定的多项宪法外上位法规定,但在涉宪性判断中确定系争规定具有至少一项宪法外上位法规定即可,至于存在多项宪法外上位法规定时应如何确定审查依据,则是合法性审查启动后考虑的问题。

完成宪法外上位法规定识别后,系争规定不具有宪法外上位法的情形主要有两种:一是系争规定所属法律文件整体没有宪法外上位法文件。例如,《住房公积金管理条例》这一行政法规在法律层面没有与之对应的上位法文件,属于整体上没有宪法外上位法文件的情形。二是系争规定所属的法律文件整体上有宪法外上位法文件,但系争规定没有宪法外上位法规定。例如,黑龙江省等地关于老年人权益保障的地方性法规规定,在老年人患病住院期间,子女所在单位应给予其每年累计一定天数的陪护时间,且陪护期间工资福利待遇不变。这些地方性法规整体上具有《老年人权益保障法》作为宪法外上位法文件,但关于子女陪护期间工资福利待遇不变的规定属于没有宪法外上位法规定的情形。

第三,初步判断宪法外上位法规定是否中断系争规定与宪法规定之间的联系。如前所述,涉宪性正向确定的实质,是以宪法外上位法规定中断系争规定与宪法规定的联系,从而可以根据系争规定是否具有宪法外上位法规定确定其是否涉宪。在部分情形中,宪法外上位法规定明显无法中断系争规定与宪法规定的联系,备案审查机关仍须对宪法外上位法规定的识别结果进行复核,以避免宪法外上位法规定的识别结果对涉宪性正向确定结论的正确性产生影响。

一是在宪法外上位法规定重复宪法规定时,应视为系争规定不具有宪法外上位法规定。所谓“重复”,是指照搬宪法规定,或与宪法规定基本一致。^④例如,《刑事诉讼法》第80条关于“逮捕犯罪嫌疑人、被告人,必须经过人民检察院批准或者人民法院决定,由公安机关执行”的规定,是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第167条关于“人民法院作出逮捕决定后,应当将逮捕决定书等相关材料送交公安机关执行,并将逮捕决定书抄送人民检察院”规定的宪法外上位法规定。但是,《刑事诉讼法》第80条是《宪法》第37条的重复规定。因此,上述司法解释中相关规定与宪法规定的关系,无法被宪法外上位法规定中断。

二是在宪法外上位法规定存在明显违宪、违法疑虑时,应视为系争规定不具有宪法外上位法规定。为避免违宪、违法问题的传递和承继,当宪法外上位法规定存在违宪、违法疑虑时,备案审查机关便不宜以宪法外上位法规定作为判断系争规定是否涉宪的依据。由于此时处于确定法律适用大前提阶段,尚未启动实质审查,备案审查机关对宪法外上位法规定是否违宪、违法的判断限于明显违宪、违法的情形。一旦宪法外上位法规定存在明显违宪、违法问题,系争规定便只能与宪法规定建立关联,案涉争议也就只能作为宪法问题处理。

^④ 参见俞祺:《重复、细化还是创制:中国地方立法与上位法关系考察》,载《政治与法律》2017年第9期,第73页。

（三）涉宪性正向确定结论的作出

在完成宪法外上位法规定识别之后,涉宪性正向确定便可终结。备案审查机关无法识别出系争规定内容维度的宪法外上位法规定,说明不存在中断系争规定与宪法规定联系的因素。此时,备案审查机关应作出系争规定涉宪的结论,并对系争规定进行合宪性审查,同时以《立法法》等规定为依据对其进行权限、程序合法性审查。反之,备案审查机关需在涉宪性反向排除阶层中,进一步确定宪法外上位法规定是否中断系争规定与宪法规定的联系。例如,对于“涉罪人员近亲属权利限制案”^{④③}的系争规定而言,在法律、行政法规、地方性法规的层级均无法检索到直接关于限制涉罪人员近亲属在教育、就业、社保等方面权利的规定,备案审查机关对该系争规定作出涉宪的结论恰如其分。但在“强制亲子鉴定案”^{④④}中,《人口与计划生育法》可作为系争地方性法规的宪法外上位法;在“异地用检案”^{④⑤}中,《人民检察院组织法》可作为系争司法解释的宪法外上位法。备案审查机关将上述系争规定关联至宪法是否妥当,尚可进一步研究。由于宪法外上位法规定有可能中断系争规定与宪法规定的联系,因而系争规定是否涉宪均处于待定状态,需对其进行涉宪性反向排除后作出结论。

四、涉宪性的反向排除

经过涉宪性的正向确定,系争规定或被判定为涉宪,或被判定为可能涉宪。对于可能涉宪的系争规定,备案审查机关仍需进行涉宪性的反向排除,考察宪法外上位法规定是否中断系争规定与宪法规定的联系。在正向确定阶层,备案审查机关仅关注系争规定一方的特质,考量法律位阶一重因素;在反向排除阶层,需考虑系争规定及其宪法外上位法规定与宪法规定的关系,系争规定的法域归属和宪法外上位法规定类型均应作为考量因素。基于法域因素的反向排除和基于宪法外上位法规定类型因素的反向排除,是涉宪性反向排除阶层的两个步骤。前者是宏观层面的反向排除,主要根据系争规定与宪法规定关联性的高低进行;后者是微观层面的反向排除,主要根据宪法外上位法规定能否独立解决争议进行。通过两个步骤的反向排除,最终得出系争规定是否涉宪的结论。

（一）基于系争规定法域归属的反向排除

在涉宪性正向确定中识别出系争规定的宪法外上位法规定,意味着存在以宪法外上位法规定中断系争规定与宪法规定联系的可能性。但此种中断是否成立,还需结合法域归属因素和宪法外上位法规定类型因素作进一步判断。系争规定与其宪法外上位法规

^{④③} 参见沈春耀:《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2023年备案审查工作情况的报告》,2023年12月26日在第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议上。

^{④④} 参见沈春耀:《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2021年备案审查工作情况的报告》,2021年12月21日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十二次会议上。

^{④⑤} 参见沈春耀:《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于十三届全国人大以来暨2022年备案审查工作情况的报告》,2022年12月28日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十八次会议上。

定通常归属同一法域,若二者所属法域与宪法的关联性较低,则可推定宪法外上位法规定能够中断系争规定与宪法规定的联系。据此,判断系争规定属于何种性质的法律规定,并将其归入公法法域、私法法域或社会法法域之中,是涉宪性反向排除的关键步骤,而公法法域、私法法域、社会法法域划分标准的厘定,就成为了判断系争规定及其宪法外上位法规定法域归属的前提。在传统的公法与私法二元框架下,主体说、关系说、利益说是关于法域划分标准的代表性学说,^{④⑥}考察法律规定是否涉及国家利益、包含国家权力是三种学说的显著特征。然而,伴随国家的社会化和社会的国家化进程深入推进,法律主体、法律关系的类型逐渐扩展,以国家为中心的法域划分学说已经难以适应社会现实,对于我国当前的法律实践不再具有充分的解释力。基于系争规定法域归属的涉宪性反向排除,须在更新后的法域划分标准基础上进行。

第一,对私权力兴起的社会事实作出回应,是法域划分的核心问题。公法、私法的二元划分以国家和社会二元并立为基础,而社会中出现的“很多像企业、劳工组织、经济团体、职能团体等那样的拥有巨大势力、类似国家”^{④⑦}的私权力主体,改变了原来的二元结构。权力是“无需取得受影响的另一方同意就能有效地确立或改变其法律状况”^{④⑧}的能力,这些私权力主体能够凭借其明显的经济、社会、文化、信息、技术等资源优势,对其他私主体实施强制和支配。私权力虽然属于权力的范畴,但它是不同于国家权力的权力形态。这一权力的主体是私主体,权力的来源是享有资源优势的事实,而非法律授权或国家权力主体委托。私权力主体既区别于其他私主体,又区别于国家权力主体,因而须将其作为一类独立的法律主体对待。在法律主体类型划分上,应采取国家权力主体、私权力主体、私权利主体三分法。相应地,法域划分应引入私权力范畴,并在由国家权力主体、私权力主体、私权利主体三类主体组合而成的各类法律关系上展开。

第二,在公法法域、私法法域之外确立作为第三法域的社会法法域,形成三元划分的法域结构。国家权力主体、私权力主体、私权利主体可组合形成的实体法律关系包括:“国家权力主体—私权利主体”关系、“国家权力主体—国家权力主体”关系、“私权利主体—私权利主体”关系、“私权利主体—国家权力主体—私权力主体”关系。前两种法律关系属于传统公法的范围,第三种法律关系属于传统私法的范围,第四种法律关系则溢出了传统的公法和私法。倘若将第四种法律关系划归公法法域、按照公法逻辑对其中的私权利主体实行倾斜保护,此种保护方式表面上符合权力关系的一般性质,但忽视了私权力关系与国家权力关系的差异,私权力主体的利益难免会受到侵害;倘若将其划归私法法域、按照私法逻辑实行平等保护,私权利主体便无法抵挡来自私权力主体的威胁,从而无法获得充分保护。对“私权利主体—国家权力主体—私权力主体”三元法律关系中私权利主体实行倾斜保护的 legal 应成为独立的法域类型,作为“第三法域”的社

^{④⑥} 参见金自宁:《公法/私法二元区分的反思》,北京大学出版社2007年版,第9-10页。

^{④⑦} [日]芦部信喜:《宪法》(第6版),高桥和之补订,林来梵、凌维慈、龙绚丽译,清华大学出版社2018年版,第83页。

^{④⑧} 胡平仁:《权力概念的法学巡礼》,载《法律科学》2024年第4期,第30页。

会法便应运而生。^{④⑨}

作为独立法域,社会法与传统的公法、私法既有联系也有区别。社会法与公法的联系在于,二者的法律关系结构中均存在国家权力因素;区别在于社会法的法律关系结构中不仅存在国家权力因素,还存在私权力因素。社会法与私法的联系在于,二者的法律关系结构中均存在私主体关系。二者的区别在于:一是社会法调整存在结构性不平等的私主体关系,而私法调整平等的私主体关系。^{⑤⑩}二是社会法上的权利义务关系是国家介入私主体关系、对弱势私主体实行倾斜保护的结果,法律关系结构中必然包含国家权力主体,形成“私权利主体—国家权力主体—私权力主体”三元法律关系结构;而私法上的权利义务关系是国家对社会规则的确认,法律关系结构为“私权利主体—私权利主体”,并不包含国家权力主体,国家权力主体仅出现于嗣后的诉讼救济中。

社会法法域的出现改变了法域的表现形态。在传统的公法、私法二元法域划分中,某部法律文件往往被整体归入公法或私法。而在公法、私法、社会法三元法域划分中,将法律文件整体归入某一法域的情况会发生改变,一部法律文件往往由属于不同法域的法律规定构成。例如,《民法典》总体是私法性质的法律文件,但其中关于政府部门实施不动产登记的规定具有公法性质,关于作为私权力主体的信息处理者处理个人信息的部分规定具有社会法性质。就社会法法域而言,并不存在整体上属于社会法的法律文件,社会法规定通常与公法规定并存于一部法律文件之中。例如,《劳动法》总体上由调整劳动行政主管部门与用人单位或劳动者之间关系,以及用人单位与劳动者之间关系的规定组成;前一类型的法律规定属于公法规定,后一类型的法律规定属于社会法规定。

第三,对属于公法或社会法的系争规定,无法基于法域归属因素排除其涉宪性;而对属于私法的系争规定,可基于法域归属因素排除其涉宪性。在私法、公法、社会法三种类型法律规定中,私法规定作为调整平等私主体之间关系的规范形态,与调整国家与私主体之间、国家机关与国家机关之间关系的宪法,在法律关系结构上存在根本差别。对私法规定进行备案审查时,由于《民法典》的存在,不具有宪法外上位法规定的私法规定通常不会出现,在涉宪性正向确定阶层无法认定其是否涉宪。但考虑到私法规定与宪法规定关联性较低,通常可基于法域归属因素作出涉宪性反向排除的结论,将案涉争议认定为法律问题而非宪法问题,以《民法典》等宪法外上位法规定为依据解决争议。对公法规定进行备案审查时,由于公法规定与宪法同属一个法域、与宪法具有较高关联性,即便在具有宪法外上位法规定的情况下,也无法根据法域归属因素排除其涉宪性。对社会法规定进行备案审查时,由于社会法是调整“私权利主体—国家权力主体—私权力主体”三元关系、对弱势私主体实行倾斜保护的,是国家履行基本权利保护义务的结果,

^{④⑨} 第三法域理论从产生之初就与私权力密切关联,社会法在一定程度上可以理解为调整私权力关系的法律规定的统称。这从最早提出第三法域理论的法学家辛茨海默和拉德布鲁赫的理论中得到验证。参见沈建峰:《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年第4期,第42-44页;前注②,拉德布鲁赫书,第114-115页。

^{⑤⑩} 参见丁晓东:《社会法概念反思:社会法的实用主义界定与核心命题》,载《环球法律评论》2021年第3期,第93页。

在法律关系结构上与宪法具有一定的同构性,在法域归属上与宪法具有一定的关联性,因而无法根据法域归属因素排除其涉宪性。例如,《工伤保险条例》主要调整职工—工伤保险管理主体—用人单位三方关系,在规范内容上体现为国家对职工权益的倾斜保护,是国家履行劳动权保护义务的结果,整体属于社会法法域;在对其进行备案审查时,即便具有《社会保险法》这一宪法外上位法依据,也无法直接排除其涉宪性。

(二) 基于宪法外上位法规定类型的反向排除

在系争规定具有宪法外上位法规定的情况下,若其属于私法规定,则可基于法域归属因素排除其涉宪性;若其属于公法规定、社会法规定,则无法基于法域归属因素排除其涉宪性,仍需结合宪法外上位法规定类型作进一步判断。涉宪性判断所考量的宪法外上位法规定类型,须从宪法外上位法规定与宪法规定的关系角度进行划分。基于宪法外上位法规定类型对系争规定进行涉宪性反向排除的实质,是通过考察宪法外上位法规定与宪法规定的关系,预测宪法外上位法规定能否独立解决案涉争议。如果争议能够在法律层面解决,便无需诉诸宪法,同时也意味着宪法外上位法规定中断了系争规定与宪法规定的联系;反之,则意味着系争规定与宪法规定的联系无法被中断,仍存在诉诸宪法的必要。以法律规定与宪法规定的关系为标准对法律规定作出类型划分,并将具体案件中系争规定的宪法外上位法规定归入相应类型,是基于宪法外上位法规定类型因素反向排除的必备环节。

如前所述,以法律规定与宪法规定的关系为标准,可将法律规定划分为具体化规定和解释性规定。“‘解释’是对既有对象的内容与含义进行明确界定,在此过程中,该对象的内容可能得到完善、内部结构得以细化,进而在一定程度上使内容更加丰富;而‘具体化’则是对仅以方向或原则形式确立的对象进行(创造性的)详尽阐述——这类对象在本质上具有开放性,首先需要通过建构性的明确界定转化为可执行的规范。”^{⑤1}换言之,“解释”和“具体化”是相互并列、性质不同的两种活动,解释的任务在于阐明法律规定的意义和内涵,具体化是对法律规定的创造性填补。与之相对应,具体化规定就是对宪法规定进行创造性填补的法律规定,解释性规定就是阐明宪法规定的意义和内涵的法律规定。一般而言,一部法律文件并非全部由具体化规定或解释性规定构成,而是既包括具体化规定也包括解释性规定,且由于宪法的框架秩序性质,法律文件中的解释性规定数量相对较少。根据宪法外上位法规定类型,可对属于公法、社会法的系争规定进行涉宪性反向排除。

第一,当宪法外上位法规定属于具体化规定时,应认定案涉争议属于法律问题,并以宪法外上位法规定为审查依据,对系争规定进行合法性审查。具体化规定通常有两种表现形式:一是根据宪法中“依照法律规定”“由法律规定”等明示授权制定,二是根据宪

^{⑤1} Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Fundamental Rights as Constitutional Principles: On the Current State of Interpreting Fundamental Rights*, in Mirjam Künkler & Tine Stein eds., *Constitutional and Political Theory, Selected Writings*, Vol.I, Oxford University Press, 2017, p.256.

法中不确定法律概念的默示授权制定。^②例如,《宪法》第56条授权法律设定公民的纳税义务,《个人所得税法》等法律中的相关规定便属于《宪法》第56条的具体化规定;《宪法》第14条第4款规定了社会保障制度,但社会保障的具体实现机制需由下位法形塑,这构成对立法机关开展社会保障立法的默示授权,《社会保险法》等法律中关于社会保障的相关规定即为《宪法》第14条第4款默示授权的具体化规定。具体化规定的内容具有宪法上的依据,但作为依据的宪法规定内容空白或高度不确定,即便以宪法规定作为备案审查依据,也必然同时援引属于具体化规定的宪法外上位法规定。此时,实际发挥法律适用大前提作用的是宪法外上位法规定而非宪法规定,援用宪法规定没有特别的意义,单一援用宪法外上位法规定即可解决案涉争议。因此,当对系争规定进行备案审查时,若其宪法外上位法规定属于具体化规定,便可视为宪法外上位法规定中断了系争规定和宪法规定的联系,应以宪法外上位法作为审查依据,对系争规定进行合法性审查。例如,对国务院制定的《工伤保险条例》中相关规定进行备案审查时,由于《社会保险法》中相关规定是其宪法外上位法规定,且《社会保险法》的规定属于具体化规定,故应以《社会保险法》中相关规定为备案审查依据,进行合法性审查。

第二,当宪法外上位法规定属于解释性规定时,应认定案涉争议属于宪法问题,并以宪法规定为依据,对系争规定进行合宪性审查。原因在于,无论是基于明示授权的具体化规定,还是基于默示授权的具体化规定,法律规定均有宽泛的内容形成空间;而解释性规定作为阐明宪法规定意义和内涵的法律规定,内容形成空间极为有限,其规范内涵的确定需诉诸相关宪法规定。在备案审查中,以属于解释性规定的宪法外上位法规定为审查依据时,不能脱离宪法规定得出审查结论。只有结合属于解释性规定的宪法外上位法规定和关联宪法规定,才能妥当解决案涉争议。

这一论断可在备案审查实践中得到印证。在“通讯记录案”^③中,系争规定是某地方性法规关于“公安机关交通管理部门调查交通事故时可以查阅、复制当事人通讯记录”的规定,其宪法外上位法规定是《电信条例》第65条。《电信条例》第65条中“电信用户依法使用电信的自由和通信秘密受法律保护”的规定,是对《宪法》第40条中“公民的通信自由和通信秘密受法律的保护”的理解,由此可认定《电信条例》第65条属于解释性规定。备案审查机关应将案涉争议作为宪法问题处理,并依据《宪法》第40条、结合《电信条例》第65条对该案系争规定进行审查。在“涉罪人员从业限制案”^④中,系争规定是法规关于“因犯罪受过刑事处罚人员不得从事某种职业”的规定,其宪法外上位法规定是《就业促进法》第3条。《就业促进法》第3条关于“劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利”“劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视”的规定,是对《宪法》第33条第2款中“公民在法律面前一律平等”的理解,可认

^② 参见王锴:《立法具体化是宪法实施的方式吗》,载《法学论坛》2024年第1期,第25页。

^③ 参见沈春耀:《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2019年备案审查工作情况的报告》,2019年12月25日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议上。

^④ 参见前注②,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2024年备案审查工作情况的报告》。

定《就业促进法》第3条属于解释性规定。备案审查机关应将案涉争议作为宪法问题处理,并依据《宪法》第33条第2款、结合《就业促进法》第3条对该案系争规定进行审查。在上述两个案例中,全国人大常委会法工委均将案涉争议作为宪法问题处理,并进行合宪性审查,这种做法值得肯定。

(三) 涉宪性反向排除结论的作出

基于法域归属因素反向排除的实质,是在宏观上划定与宪法规定具有较高关联性的系争规定范围;基于宪法外上位法规定类型因素反向排除的实质,是在微观上划定可独立解决争议的宪法外上位法规定范围;二者结合的实质,是判断系争规定的宪法外上位法规定能否中断系争规定和宪法规定的联系。基于不同考量因素的反向排除,既明确了涉宪性反向排除过程中前后承接的两个步骤,又设定了涉宪性反向排除的两个构成要件。在实施步骤上,备案审查机关需先确定系争规定属于哪一法域的法律规定,后确定宪法外上位法规定属于何种类型的法律规定。在构成要件方面,排除系争规定的涉宪性需符合两个条件:一是系争规定与宪法规定关联性较低;二是系争规定的宪法外上位法规定能够独立解决争议。这两个构成要件对应着涉宪性反向排除的两个步骤,两个步骤先后进行的过程就是检验两个构成要件是否满足的过程。如果系争规定及其宪法外上位法规定符合反向排除的要件,则以宪法外上位法规定为依据对系争规定进行合法性审查;如果不符合反向排除的要件,备案审查机关便可确定系争规定涉宪,对其进行合宪性审查。但无论系争规定最终是否被认定涉宪,备案审查机关均应以《立法法》等关于法律制定权限、程序的规定为依据,对其进行合法性审查。

五、结 语

从法律体系的层级结构、宪法作为最高法和根本法的特质、宪法与部门法关系等角度看,对备案审查中涉宪性判断与合宪性判断作出明确区分是非常必要的。通过设置涉宪性判断这一合宪性审查的前置环节,可有效避免备案审查中合宪性审查和合法性审查交织难分、涉宪性判断被合宪性判断遮蔽的状态。就此而言,《备案审查决定》将“研究涉宪性问题”与“督促纠正与宪法相抵触或者存在合宪性问题的规范性文件”并列规定,是一个重要的制度创新。相应地,建构基于中国宪法制度和实践的涉宪性判断理论,确立具有可操作性的涉宪性判断分析框架,也就成为一个亟待完成的重要任务。研究发现,涉宪性判断需考量系争规定的法律位阶、法域归属和宪法外上位法规定类型三个因素,按照“正向确定→反向排除”二阶层分析框架依次展开。在正向确定阶层,系争规定的法律位阶是作出涉宪性判断的考量因素,备案审查机关应对不具有宪法外上位法规定的系争规定作出涉宪的判断结论。在反向排除阶层,备案审查机关须考量系争规定的法域归属和宪法外上位法规定类型双重因素,并根据系争规定是否符合涉宪性反向排除的构成要件,对其作出是否涉宪的判断。

习近平总书记强调,“要结合当代中国宪法制度和宪法实践,加强中国宪法理论研

究,提炼标志性概念、原创性观点,加强中国宪法学科体系、学术体系、话语体系建设”^⑤。作为表达《备案审查决定》具体规定内涵的概念,涉宪性判断是我国宪法制度和宪法学理论体系中的标志性概念,具有发展成为我国宪法学话语体系中的原创性理论的空间。目前的备案审查理论研究虽已触及涉宪性判断问题,但这些研究总体上处于起步阶段,仍具有较大的研究空间。随着我国推进备案审查工作的力度不断加大,备案审查制度建设运行的深入发展,基于中国备案审查制度实践、彰显中国备案审查制度特色的涉宪性判断理论也会日益完善。

Abstract: The judgement of relevance to the constitution in record and review refers to the activity of judging whether the dispute involved in the record and review case belongs to constitutional issues. The judgement of relevance to the constitution should consider three factors: the legal hierarchy and legal field of the disputed provision, and the type of the higher-level law outside the constitution. It should be conducted following a two-tier analytical framework of ‘positive determination → negative exclusion’. In the positive determination tier, the legal hierarchy of the disputed provision is a factor to be considered; the record and review authority needs to identify the specific higher-level laws based on the overall scope of the higher-level laws outside the constitution of the disputed provision, in the order of legal form, legal document, and legal provision. Disputed provisions without higher-level laws outside the constitution should be determined relevant to the constitution, while whether those with higher-level laws outside the constitution are relevant to the constitution should be determined in the negative exclusion tier. In the negative exclusion tier, both the legal field of the disputed provisions and the type of the higher-level laws outside the constitution should be taken into account. Disputed provisions belonging to private law should be determined irrelevant to the constitution and their legality should be reviewed based on the *Civil Code*, etc. Whether a disputed provision belonging to public law or social law is relevant to the constitution should be determined based on the type of its higher-level laws outside the constitution. When the higher-level law outside the constitution belongs to the implementing provision, the dispute should be classified as a legal issue, and the legal review of the disputed provision should be conducted. When the higher-level law outside the constitution belongs to the interpretive provision, the dispute should be classified as a constitutional issue, and the constitutional review of the disputed provision should be conducted.

(责任编辑:刘海林)

^⑤ 习近平:《谱写新时代中国宪法实践新篇章》(2022年12月19日),载《习近平法治文选》(第1卷),中央文献出版社2025年版,第344-345页。