

法律案合宪性审查的程序、事项与方法

陈玉山

内容提要:法律案的合宪性审查是立法机关在立法过程中对法律案是否符合宪法进行的自我、事前控制形式,是我国合宪性审查机制的重要组成部分。在不存在根本性制度障碍的前提下,先行激活法律案的合宪性审查对于提升宪法实施和宪法监督水平,维护宪法的权威性具有非常重要的实践意义。《立法法》设定的审议程序(包括“前置性”审议程序与正式审议程序)蕴含着对法律案进行合宪性审查的契机。立法机关可以根据我国宪法在内容构造上的特点,立足于本国立法的现实需要并借鉴其他国家的合宪性审查经验,将合宪性审查的对象锁定在法律草案在内容上最有可能涉及违宪的某些具体事项上,如此才能提高审查效率;针对较为具体的审查事项,立法机关需要创造性运用“抽象公益条款的禁止”“平等原则的过滤”以及“比例原则的审视”等方法,有效地排除法律草案中的违宪情形,稳健地推进与我国国情相适应的合宪性审查工作。

关键词:法律案 合宪性审查 审查事项 违宪排除的方法

陈玉山,扬州大学法学院副教授。

一 引言

世界上所有成文宪法都规定,宪法是本国法律体系中效力最高的法律,凡是违背宪法的法律一律无效,保障宪法的最高法律地位的机制主要分为两种:一是事后纠正机制,即当(生效)法律被指认为违反宪法进而引发对其审查并做出裁决的机制。这种机制在西方国家通常被称为违宪审查机制或宪法诉讼机制。二是事前预防机制,即立法机关对法律案进行的合宪性控制机制。^[1]自近代宪法产生以来,关于合宪性审查的议题,主要围

[1] 笔者认为,违宪审查与合宪性审查是内涵相同的概念,因为对法律(或法律案)是否符合宪法进行判断的结果,要么是违宪,要么是合宪,因此违宪审查与合宪性审查是同一行为的不同指称。

绕事后审查而展开。^{〔2〕} 就我国当前审查实践来看,事后审查所涉及的主要是合法性审查,即主要纠正(在效力上低于法律的)行政法规、地方性法规以及自治条例与单行条例违反上位法的情况。^{〔3〕} 而真正狭义上的事后合宪性审查目前仍处于“停滞”状态,其主要原因在于:第一,虽然宪法规定全国人民代表大会(下称“全国人大”)与全国人民代表大会常务委员会(下称“全国人大常委会”)有监督宪法实施的权力,但却没有明确规定全国人大能否审查自己通过的法律是否符合宪法;^{〔4〕}没有明确全国人大常委会是否可以审查全国人大通过的法律是否符合宪法;也没有明确全国人大常委会是否可以审查自己通过的法律是否符合宪法。第二,合宪性审查程序尚付之阙如。在这种情况下,即便有关组织或公民提起合宪性审查的诉求,全国人大及其常委会也不知如何做出回应。^{〔5〕}

虽然人们对事后合宪性审查的法治意义抱有很高的期许,然而,在我国,关于它的研讨依然只具有理论建构或制度构想的意义,离制度实践尚有一定的距离。相较之下,事前合宪性审查在实践上却不存在难以逾越的“制度壁垒”。^{〔6〕} 不过,这也并不意味着立法中的合宪性审查无论在理论上还是在实践上都已经达到了比较成熟的程度。事实上,事前审查的程序并没有如人们预想的那样清晰可见;审查的事项(重点内容)也不能轻易确定;至于审查的方法(即如何审查)是什么,理论界与实务界迄今也未能达成基本共识。很显然,在现有的制度框架下,审慎且深入地探究这些问题,逐步积累专业见解,对于稳步推进立法中的合宪性审查工作无疑具有参考价值。

三 审查程序:双重“过滤”机制

我国宪法规定,全国人大与全国人大常委会既是实施宪法的主要国家机关,同时也是监督宪法实施的专门国家机关。它们实施宪法的最重要的方式就是根据宪法,制定法律;而它们监督宪法实施的重要方式之一则是对自身的立法行为进行合宪性控制。这种控制从积极意义上看就是保证立法能够将宪法的抽象规定具体化,从而实现宪法对国家与社会的规范作用;从消极意义上看就是保证违反宪法的立法事项必须得到有效地排除。全国人大及其常委会对立法的合宪性控制主要体现在对法律案的合宪性审查上。虽然从表

〔2〕 无论是从媒体报道的重点,还是从已经发表的论著的主题上看,目前关于合宪性审查的讨论主要聚焦于事后审查上面。

〔3〕 只有在行政法规、地方性法规以及自治条例与单行条例没有上位法律(专指全国人大及其常委会制定的法律)作为立法根据时,才会出现需要审查其是否符合宪法的问题。

〔4〕 虽然《宪法》第62条第12项规定,全国人大有权改变或撤销全国人大常委会不适当的决定,但是尚不清楚的是,全国人大做出决定的依据是全国人大通过的(基本)法律,还是宪法。如果属于前者,那么这个决定仍然属于合法性审查;如果属于后者,则属于合宪性审查。即便是属于后者,这种决定如何在组织程序上行得通,依然是不清楚的。

〔5〕 2003年孙志刚案件与2014年黄海波嫖娼案件发生后,都有学者向全国人大常委会提出对《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》与《卖淫嫖娼人员收容教育办法》进行合宪性审查的诉求,全国人大常委会均未对此做出公开且正面的答复。这种“沉默”恰恰表明,在审查程序尚不明晰的情况下,全国人大常委会并无意主动打破现状。诚然,这两个案件均发生在《立法法》出台之后,全国人大常委会完全可以按照合法性审查程序解决问题。

〔6〕 关于合宪性审查的方式,翟国强教授提出“事前预防为主,事后纠正为辅”的观点。参见翟国强:《中国宪法实施的理论逻辑与实践发展》,《法学论坛》2018年第5期,第15-21页。

面上看,所有的法律都是由全国人大及其常委会制定的,立法的合宪性控制无非是立法机关的自我控制,而实际情况要复杂得多,因为,当绝大多数的法律案是由作为法律实施机关的国务院、中央军事委员会、最高人民法院与最高人民检察院等国家机关提出时,审查程序的监督针对性就会凸显出来。这恰恰是理解审查程序需要关注的要点。《立法法》为法律案的合宪性控制提供双重“过滤”程序。^[7]

(一) 审查机关与审查机构的必要区分

有权对法律案进行合宪性审查的国家机关只有全国人大及其常委会。由于全国人大每年只召开一次会议且会期短暂(通常只有十多天),再加上全国人大代表绝大多数都是兼职代表,因此,那些需要全国人大表决通过的法律案通常都由全国人大常委会先行完成合宪性审查。^[8] 如此安排,在很大程度上补强了全国人大在组织上的效能,也建立了全国人大与其常委会之间的内部联系,即在(向全国人大提交的)法律案的合宪性审查这个特定问题上,全国人大及其常委会之间是审议机关与审查机构的关系。尽管全国人大常委会具有独立的宪法地位与法律地位,但是它在这种关系中所扮演的就是全国人大的“工作机构”的角色。这种“前置性”审查是法律案列入全国人大会议议程并通过全国人大大会审议和表决的基础。否则,全国人大会议是不可能在较短的会期内完成法律案的合宪性审查工作的。全国人大除了依靠常委会的力量进行合宪性审查外,其自身也有常设的专门委员会开展具体的法律案合宪性审查。^[9] 它们之间也是审查机关与审查机构的关系。由于在全国人大闭会期间,各专门委员会受全国人大常委会的领导,因此,向全国人大提交的法律案一般情况下已经由全国人大常委会进行审查,而负责具体审查工作的就是各专门委员会。

类似地,在对向全国人大常委会提交的法律案进行合宪性审查时,也存在审查主体与审查机构之间的关系问题。全国人大常委会在决定法律案是否列入常委会会议议程时,可以先交有关的专门委员会审议,提出是否列入会议议程的意见,再决定是否列入常委会会议议程。对于列入常委会会议议程的法律案,由有关的专门委员会进行审议,提出审议意见,印发常委会会议。在各专门委员会之中,对法律案的合宪性控制最为重要的是宪法与法律委员会,它有权根据常务委员会组成人员、有关的专门委员会的审议意见和各方面提出的意见,对法律案进行统一审议,提出修改情况的汇报或者审议结果报告和法律草案修改稿。由于专门委员会的组成人员数量有限且工作非常繁重,因此大量的具体工作(如对常委会分组审议意见、有关专门委员会审议意见以及常委会“院外”各方意见的汇总和分析、提出法律草案修改稿草稿等)则需要由全国人大常委会的工作机构(如法制工

[7] 需要指出的是,立法机关对法律案的审查包括必要性审查、可行性审查以及合法性审查。合宪性审查只是合法性审查的一个重要组成部分。

[8] 根据《立法法》第16条的规定,向全国人民代表大会提出的法律案,在全国人民代表大会闭会期间,可以先向常务委员会提出,经常务委员会会议依照向常委会提出的法律案同样的程序审议后,决定提请全国人民代表大会审议。全国人大常委会在审议时应当以各种形式征求全国人大代表的意见。对于直接向全国人大提出的法律案,则不存在先行审查的问题。

[9] 为了加强人大对“一府两院”的监督,在参考国外议会经验的基础上,1982年宪法明确规定,设立民族委员会、法律委员会、财经委员会、教科文卫委员会、外事委员会与华侨委员会,作为全国人大的常设工作机构。

作委员会)来完成。在这些机构的辅助下,各专门委员会才能顺利地完成审议工作。由此可见,正是这些“工作机构”或辅助机构的默契配合与协调沟通为全国人大常委会的合宪性审查提供了坚实的组织保障。

审议机关与审议机构之间是互为表里的关系,将两者进行区分的意义在于,我们既要认识到,在法律案的合宪性审查中,是什么样的机构以什么样的方式在进行具体的审查工作,它们为审查机关最终做出权威性的审查决定做好了哪些必要的准备;同时我们也能够预见到,未来合宪性审查工作的改善需要围绕哪些重要的环节而展开。

(二)“前置性”程序的“初步过滤”

从理论上说,为了提高立法质量与更有成效地进行立法,所有的法律案都要经历一个“前置性”程序的预备审查,才能最终决定是否进入正式审议程序。由于全国人大主席团、全国人大常委会、委员长会议以及各专门委员会具有特殊的法律地位,它们提出的法律案可被视为已经进行了自我审查,因此可以直接列入大会会议议程。但是其他提案机关提出的法律案一般要经过全国人大各专门委员会的“前置性”审议程序,才能决定是否列入大会会议议程。这种“过滤”机制为立法机关对法律案进行合宪性审查提供了契机。

初步审查之所以不同于正式审查,原因在于审查机构可以花费的时间与可以调动的资源毕竟非常有限,因而将审查侧重点放在法律案的形式要件上比较合适。根据《立法法》第54条与第60条的规定,这个形式要件包括如下内容:(1)立法议题,它是向立法机关提出的制定某项法律的建议,其表述一般具有原则性和概括性。(2)法律草案,它是将立法议题予以具体化之后的规范形态,是生效法律的“原型”,是立法机关审议的对象。(3)立法理由说明,它是对法律草案的内容与形式进行全面论证的书面文件,主要说明立法的必要性、可行性、合法性与主要内容。立法机关就是通过对立法理由的审查来最终认定法律案的成熟度。(4)附件,它是用来支撑立法理由不可或缺的证明材料。立法机关通过对立法材料真伪的鉴别来判断立法理由是否成立。在形式要件中,审查的重点内容是对法律草案的说明。这其中的合法性说明是狭义的(即仅说明法律草案与其他法律相关规定不一致),并不包含合宪性说明。

诚然,《立法法》虽然没有明确规定立法机关可以对法律案进行合宪性审查,但也没有否认这样做的必要性与可行性。在立法机关拥有宪法解释权限与宪法监督权限的前提下,《立法法》的“暧昧态度”显然不利于立法机关通过法律案的合宪性审查这个更为具体且具有实施宪法与监督宪法双重性质的行为来维护宪法的最高法与根本法地位。更何况,这种审查并不会导致(如事后审查那样的)有可能危及其自身权威的情况出现。这种审查的主要目的恰恰是立法机关以自身对宪法的权威性理解来纠正提案机关对宪法的不正确理解。

一个可行的方案就是,全国人大常委会要求提案人在对法律案进行合法性说明时,特别要求其说明法律草案的各项规定不存在违反宪法的情形。这种要求不仅迫使提案机关在起草法律案时充分认识到立法必须与宪法保持一致,必须高度重视违宪风险的控制,而且也有利于立法机关在短时间内迅速地确定合宪性审查的重点内容。这种对实施宪法、监督宪法的政治诉求做出积极回应的审查行为,可能会随着实践的逐步推进,被人们视为

一种行之有效的立法惯例。^[10]

(三)正式程序的“再次过滤”

一般而言,列入全国人大常委会会议议程的法律案一般都要经过三审程序,在没有较大意见分歧的情况下才能交付表决。^[11]在三审程序中,合宪性审查工作可以通过几个方面的要点得以有序地展开。

1. 一审中的提案人说明义务

在全国人大常委会第一次审议法律案时,提案人一般需要对制定法律的必要性、可行性、合法性与主体内容做出说明。全国人大常委会如果认为必要,可以要求提案人对法律草案中可能涉及违宪的事项做出特别说明。在常委会分组会议上,提案人也有义务派人答复关于法律草案的部分条款是否合宪的询问。

2. 二审中的意见统合机制

法律案的二审非常关键,因为它是立法机关内外意见表达与意见统合最为集中的阶段。宪法与法律委员会在对各方意见进行统合的过程中,应当对提出法律草案的部分条款涉嫌违宪的意见进行专门化处理:首先,宪法与法律委员会可以组织合宪性评价专题论证会,听取并整理有关专家的意见;其次,宪法与法律委员会可以任命宪法问题专席顾问,专门研究法律案的合宪性问题。^[12]

3. 三审中的意见分歧解决机制

宪法与法律委员会负责法律案的统一审议,在立法过程发挥着极其重要的作用。由该委员会主要负责法律案的合宪性审查,主要是基于其机构特点的考虑。^[13]然而,这并不意味着宪法与法律委员会垄断了法律案的合宪性判断的权力。如果其他专门委员会不认同宪法与法律委员会的审议意见,立法程序应当为此预留意见交流的机会。^[14]根据《立法法》第33条第2款规定,宪法与法律委员会在对法律案进行统一审议时,应当邀请有关的专门委员会的成员列席会议并发表意见。如果参与会议的专门委员会和宪法与法律委员会关于法律草案相关条款的合宪性判断产生了分歧,一般会尽量通过沟通达成共识。笔者认为,专门委员会关于法律案的合宪性问题产生的意见分歧属于“重要意见不一致”,根据第35条的规定,这种情况应当向委员长会议报告。

[10] 诚然,立法机关认为时机成熟时,也可以对《立法法》第60条进行修改,将狭义的合法性转换成包含合宪性在内的广义的合法性。

[11] 虽然列入全国人大会议议程的法律案不可能全部经过三审程序才能进行表决,但是这些法律案一般均涉及到事关全局的重大事项,它们经过全国人大常委会三审程序的审议,可以说已经达到比较成熟的程度。

[12] 根据《全国人民代表大会组织法》第36条的规定,各专门委员会可以根据工作需要,任命专家若干人为顾问,顾问可以列席专门委员会会议,发表意见。

[13] 与其他各专门委员会相比,无论是在法律专业人才的储备上,还是从丰富的审查工作经验上看,由宪法与法律委员会主要负责解决合宪性审查事务都是最为妥当的选择。

[14] 季卫东教授指出,程序参加者如果完全缺乏立场上的对立性,就会使讨论变得钝滞,问题的不同方面无法充分反映,从而影响决定的全面性、正确性。而且,党派性的活动意味着不同的目标追求,这种竞争机制也会强化程序参加者的动机,促进程序的改善。不言而喻,矛盾的制度化并不意味着矛盾的普遍化。在程序中,对立的各方具有统一性,并不排斥协商解决问题的可能性。参见季卫东:《法律程序的意义》,《中国社会科学》1993年第1期,第83-103页。

综上所述,立法程序提供的双重“过滤”机制为立法机关行使合宪性控制权提供了契机和空间,只要立法机关抓住审查的重点事项并运用恰当的审查方法,法律案的合宪性审查工作是完全可以稳健地进展下去的。

三 审查事项:从宪法构造到实践经验的考量

对生效法律的合宪性审查,无论是抽象审查还是具体审查,在审查程序上都要求申请人必须清楚地说明宪法性争议的具体内容。^[15] 在这种情况下,审查机关可以迅速地确定需要审查的具体事项。相较之下,对法律案的合宪性审查面临的情况则有所不同,当提案机关不能或不愿主动地说明法律案可能涉及到的合宪性问题时,审议机关只能靠自己想办法确定审查事项。显然,在审查事项无法确定的情况下,审查工作根本就无从谈起。虽然在短时间内确定审查事项并非易事,但也不至于“无迹可寻”。事实上,对本国宪法结构的深刻理解,以及对外国审查经验和本国实践需求的准确认知,都可以帮助审查机关有效地确定审查事项,至少缩小审查事项的范围。

(一)我国宪法的内在构造

从内容上看,我国宪法确立了两大规范秩序,即宪法价值秩序与国家权力秩序。宪法价值秩序由基本权利规范体系与公共利益规范体系构成;^[16] 国家权力秩序由执政党与人民代表大会统合下的国家机构规范体系构成。^[17] 宪法价值秩序与国家权力秩序之间是目的和手段的关系:前者是目的,后者是手段。具体而言,国家权力的合法性与正当性既来源于保障公民基本权利,也来源于维护(或实现)公共利益。基本权利保障是近代宪法诞生以来为世界各国普遍认同的宪法核心价值诉求,在宪法的价值序列中具有道德上的“天然”优越地位。但是,这并不意味着,公共利益在价值上从属于基本权利,因为维护公共利益是维系国家与社会存在的前提条件,也是保障公民基本权利的物质基础。^[18] 由于公共利益具有不可化约为个别利益的特征,因而其具有独立的价值和地位,^[19] 为了实现这两大价值目标,国家权力常常需要根据具体情况在这两者之间进行适当的平衡。这恰恰表明两者之间没有任何一方处于绝对的、无条件的优先地位,两者毋宁是相互限制的

[15] 参见[德]康德拉·黑塞著:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第512页。

[16] 宪法第二章不仅确立了国家尊重与保障人权的一般性条款,而且集中地规定了公民享有的一系列基本权利。宪法序言第七自然段规定的“国家根本任务”是我国宪法里抽象层次最高的公共利益条款,第一章总纲部分6-26条均是关于公共利益的规定,这些规定是对国家根本任务的具体化。参见陈玉山著:《中国宪法序言研究》,清华大学出版社2016年版,第124-129页。

[17] 宪法总纲第1-3条规定的国体与政体条款共同确立了我国国家权力秩序的基本框架,宪法第三章则具体规定各国家机关的职权以及它们之间的相互关系。

[18] 在基本权利的谱系中,相较而言,积极性权利(即要求国家积极作为的权利)对国家权力的依赖性较强。即便是消极权利(即要求消极不为的防御性权利)也不能脱离国家权力而存在,因为在国家秩序与公共安全这种公共利益无法维护的情况下,公民也很难行使其自由权。

[19] 阿列克西认为,公共利益无论是在概念上、事实上还是法律上都不能被拆分为各个部分并把它们作为应得份额分配给个人。参见[德]罗伯特·阿列克西著:《法理性商谈:法哲学研究》,朱光、雷磊译,中国法制出版社2011年版,第234页。

“竞争关系”。我国宪法的部分条款以比较直观的方式表达了宪法的这种结构性关系。

我国《宪法》第51条规定,公民在行使自由和权利的时候,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。这个概括性条款对于公民而言是限制性条款,对于立法机关而言则属于授权性条款,即立法机关可以实现公共利益或者保障其他公民的基本权利为理由对基本权利进行立法上的限制。除了第51条这个概括性条款外,我国宪法还规定了一些针对具体基本权利的限制性条款。^[20]

表 我国宪法内基本权利的限制性条款

条款名称	具体基本权利	限制理由
第10条第3款	土地使用权	公共利益的需要
第13条第3款	私有财产权	公共利益的需要
第34条	选举权与被选举权	依照法律被剥夺政治权利
第36条第3款	宗教信仰自由	保障社会秩序、公民身体健康与国家教育制度的需要
第37条第2款	人身自由	因检察院、法院以及公安机关侦办、审理案件的需要
第40条	通信自由与通信秘密	因国家安全或者追查刑事犯罪的需要
第41条	申诉、控告或者检举的权利	保护他人合法权益的需要

宪法的结构性关系必然会“映射”到立法行为上,几乎所有的立法在内容上都无法回避公共利益与基本权利的关系问题。对基本权利的限制与对基本权利的保障之间注定存在着紧张关系。事实上,当立法机关对基本权利进行的限制超过必要的限度时,就会导致侵害基本权利的后果。因此,这就需要对限制行为本身进行限制。^[21]这种对限制进行限制的典型形态就是合宪性审查(或违宪审查),它既可以事后([21])的方式进行,也可以事前([21])的方式进行。

(二) 借鉴他国经验与立足本国国情

从理论上讲,宪法里的所有规定都存在被违反的可能性,然而各国的宪法实践表明,违宪行为主要集中在一些特定事项上。世界上凡是违宪审查机制比较成熟的国家,都有一个共同的特点,即这种机制最为显著之处就是能够发挥有效地保障公民基本权利的功能。这项制度的成功,主要得益于它有效地回应了公民维权的现实需求(也即顺应了民意)。在这种维权诉求牵引下采取的维权行动是推动合宪性审查最为重要的力量。从审查实践看,立法机关制定法律时最有可能出问题的就是“公民基本权利具体化”领域。而这个问题又常常突出地表现在立法机关以维护公共利益为理由而限制公民基本权利的立法事项中。对审议机关与提案人而言,法律案的合宪性说明中最为重要的内容,就是证明法律草案中涉及限制基本权利的条款不存在违反宪法的情形。^[22]

[20] 除了明确规定的限制外,第38条的规定(公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害)客观上也对第35条规定的言论、出版自由构成限制,也对第41条规定的申诉、控告以及检举的权利构成限制。另外本表所言的“限制”是在广义上使用的,包括“剥夺”这种特殊的类型。

[21] 参见林来梵、季彦敏:《人权保障:作为原则的意义》,《法商研究》2005年第4期,第64-69页。

[22] 拥有法律案提案权资格的主体,大都肩负着维护和实现公共利益的重大责任。出于缓解政治压力和提高行政效率的考虑,这些国家机关在提出法律案时,往往倾向于在法律草案中设置数量不少的限制基本权利的条款。

将审查对象锁定在可能违宪的“高发领域”，有利于立法机关“将好钢（有限且宝贵的立法资源）用在刀刃上”。从我国的立法实践看，需要审查的法律案主要是非代议制机关提出的，其中绝大多数是由国务院提出的。作为国家最高行政机关，国务院无论是在保障公民基本权利，还是在维护和实现公共利益方面，均肩负着极其重大的责任，因而国务院在提出法律案时，时常需要在保障公民基本权利和维护、实现公共利益之间做出适当的平衡。这种平衡是基于国务院对宪法的理解基础上做出的。当国务院提出的法律草案规定，为了维护某种公共利益，需要限制公民的某项基本权利时，这表明国务院已经基于其对特定法律秩序的认识，对宪法所确立的两种基本价值之间的关系做出了权衡。至于这种权衡是否侵犯了公民的基本权利，常常需要在事后法律执行或法律适用的过程中才能显现出来。然而，立法机关需要对这种“权衡”保持高度敏感，需要重点审查法律草案中包含的限制公民基本权利的行使方式与范围的条款。^[23]这其中蕴含着的“紧张”关系如下：法律规定公民享有的权利越少，则就意味着行政机关拥有的自由裁量权就越大；反之，法律对公民权利保障得越充分，行政机关需要履行的法律义务就越多，其行使自由裁量权的空间就越小。审议机关将重点审查的范围锁定在国务院提出的法律案上比较符合中国的实际情况，同时这样做也符合立法权对行政权进行监督的理念。^[24]

四 审查方法：合宪性推定下的违宪排除

在任何国家，立法都被视为实施宪法最为常规、最为重要的方式。对于立法机关而言，宪法既是授权规范，也是限制权力的规范。在授权规范的作用下，立法机关拥有非常广泛的法意志形成空间，它可以根据社会经济发展的实际情况和现实需求，将宪法确立的价值目标具体化，进而制定不同领域与不同内容的法律制度。在这种情况下，审查机关要判断立法的合宪性，其需要考虑的因素非常复杂，其判断难度非常大，因为立法机关只要在宪法确立的价值秩序与权力秩序的框架内行使立法权，审查机关就应当对立法行为给予最大程度的尊重。因此，当某些法律（包括立法中的法律案）并非与宪法形成了矛盾和冲突，而只是引发了疑虑和思索（尽管这种疑虑和思索涉及的主题比较严肃），那么审查机关无论如何也不能对该法律（或法律案）做出违宪的判断。^[25]换言之，审查机关在绝大多数情况下更倾向于对法律（或法律案）进行合宪性推定，而不是违宪判断。而在限制权利规范（往往通过禁止性规范的形式表现出来）的作用下，在判断立法机关的行为是否符

[23] 这种倾向在国务院制定的行政法规中体现更为突出，比如，《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》与《卖淫嫖娼人员收容教育办法》都存在为维护公共利益而过度限制公民人身自由的问题。

[24] 以国务院的名义提出的法律案大多数都是由国务院的各部委（根据法律案涉及到的行政管理事项）草拟的。这种类型的法律案如果没有得到有效地审查，就极有可能导致“立法中的部门化倾向、争权夺利、相互推诿现象突出”情况的发生。2015年《立法法》修改的动因之一就是力图克服这种立法上的弊端。参见全国人大常委会法制工作委员会国家法室编：《中华人民共和国立法法释义》，法律出版社2015年版，第3页。

[25] 参见[德]康德拉·黑塞著：《联邦德国宪法纲要》，李辉译，商务印书馆2007年版，第56页。

合宪法方面,宪法所确立的界限通常是比较清楚的。^[26] 因此,关于法律案的合宪性审查主要应从消极意义上进行,即审查机关只要能够证明法律案不存在违反宪法上的禁止性规定的情形,就算完成了合宪性审查的工作。然而,这种思路事实上却并不适合于我国当前的宪制状况。因为,从文本上看,中国宪法只是倾向于向全国人大及其常委会进行大量的授权,并没有明确地以禁止性规范的形式为立法权划定界限。这就是说,以宪法上的禁止性条款为依据对法律案进行合宪性审查的设想在我国是行不通的。然而,这并不意味着宪法限制立法权的规范属性因此而改变,在这种前提下,审查机关应当创造性地开展审查工作,紧紧围绕最易引起宪法争议的事项,在遵循合宪性推定原则的前提下恰当地运用违宪排除的方法,逐步累积审查经验与规范性教义,如此,才能循序渐进地探索出一种符合中国国情的合宪性审查机制。

(一) 抽象公益条款的禁止

虽然立法机关根据宪法的授权可以为了公共利益的需要对基本权利进行限制,但公共利益的概念非常抽象,属于典型的不确定性概念。公共利益概念不仅存在内容上与受益对象上的不确定性,而且还会随着国家任务的扩大(或缩小)以及宪法基本原则的具体实践的展开而改变。^[27] 公共利益概念的复杂性并不能免除立法机关将其具体化的义务。这是维护公共利益与保障基本权利的共同需要。只有含义比较具体的公共利益条款才能成为对公民基本权利进行限制的依据。如果法律中限制基本权利的公共利益概念停留在像宪法那样非常抽象的层面上,那么立法机关实际上就是授权法律实施机关来界定公共利益。从制度设计的角度看,这种授权是造成滥用权力和侵犯公民基本权利的重要原因。因此,对于提案人与立法机关而言,其需要说明法律草案中的哪些条款实现了对涉及到的公共利益的界定:什么样的(即具体的可被理解的)公共利益必须予以维护,被限制的行为需要满足哪些要件(行为特征、时间与地点等),实施限制措施的程序如何等等。对于法律案中未经界定的公共利益条款,审查机关应当明确地予以禁止。

(二) 平等原则的“过滤”

我国《宪法》第 33 条第 2 款规定,中华人民共和国公民在法律面前一律平等。该条款表明凡中国公民在宪法与法律上皆具有需要国家同等对待的法律地位,即享有平等权。作为宪法上的概括性基本权利(也可以称为平等原则),其包含着如下规范内涵:立法机关不得制定违反平等对待的法律。在实践中,审查机关贯彻平等原则的一个重要表现就是阻止个案法律的产生。这就说明宪法要求限制基本权利的法律必须具有可一般化的特征(即不能仅针对特定人或特定群体),以使得适用该法律的当事人及案件具有不确定性

[26] 《美国宪法》第 1 条第 9 款规定,国会不得通过公民权利剥夺法案或追溯既往的法律。美国宪法第一修正案第 1 款规定,国会不得制定确立国教或禁止宗教活动自由的法律;不得制定剥夺言论或出版自由的法律;不得制定剥夺人民和平集会和向政府诉冤请愿权利的法律。汉斯·凯尔森认为,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。宪法可以消极地决定法律不要某些内容。参见[奥]凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 143 页。

[27] 参见陈新民著:《德国公法基础理论》(下册),山东大学出版社 2001 年版,第 349 页。

的数量,从而避免造成对部分人有利或不利的情形出现。^[28] 因此,经过平等原则的“过滤”是法律案的合宪性审查必须完成的一个重要的步骤。^[29]

(三)比例原则的审视

我国宪法没有对比例原则做出明确的规定,该原则主要在学理上被经常用以判断立法行为与行政行为(尤其是在自由裁量权比较大的情况下)是否合乎理性的要求。这种判断建立在对所要实现的目的(立法目的或行政目的)与实现目的的手段之间的关系进行客观评估的基础上,它由三个子原则构成,即妥当性原则、必要性原则与均衡性原则。妥当性原则要求所采取的(限制公民基本权利的)手段可以达到实现(公共利益的)目的。所谓妥当与否,就看手段是否能实现目的。该原则具有很明确的目的导向性,它表明立法机关认为某种公共利益事关重大,为此不惜牺牲公民的部分权益。如果限制性手段不足以达到目的或不是实现目的所必须的,就会造成公共利益与基本权利都会受损的后果。这当然不符合妥当性原则的要求,审查机关应杜绝这种情况出现。必要性原则要求在所有能够达到目的的多个手段之中(即在符合妥当性原则的前提下),必须选择对公民基本权利损害最小的那个手段。如果手段具有唯一性,那么该原则即没有适用的空间。该原则要求立法机关在维护公共利益的前提下应尽量使用比较温和的手段,以减轻人民的负担。均衡性原则要求一个手段虽然是达到目的所必要的,但不能给公民造成过度的负担。所谓过度是指所要实现的目的与所采取手段造成的损害之间,在价值上不成比例。^[30] 比如给予卖淫嫖娼人员六个月至两年的限制人身自由的行政处罚即被认为是过度处罚,因为在限制人身自由方面,它比管制、拘役、甚至部分有期徒刑的刑事处罚更为严厉。^[31] 妥当性原则与必要性原则倾向于在维护目的的前提下对手段进行选择,而均衡性原则的运用则可能导致限制性手段的弃用。这三个原则在运用上是逐步递进的关系。审查机关应当对法律案的限制性措施进行妥当性与必要性论证之后,再最终思考该措施是否会造成公民过度的负担,以做取舍。^[32]

总而言之,维护与实现公共利益以及尊重与保障基本权利是宪法所确立的两大基本价值目标,这两个目标在立法中往往处于相互限制的“紧张关系”,这就需要审查机关采取一些方法在这两者之间进行平衡。这些方法可以帮助审查机关将法律案“违宪”的可能性降低到最低限度。理论上看似可行的审查方法需要在审议实践中予以检验和改进,

[28] 参见陈新民著:《德国公法基础理论》(下册),山东大学出版社2001年版,第364页。

[29] 《德国基本法》第19条第1款为我们提供了一个非常重要的立法例参照依据,该款规定:“凡基本权利依本基本法规定得以法律限制者,该法律应具有一般性,且不得仅适用于特定事件,除此该法律并应具体列举其条文指出其所限制之基本权利。”

[30] 参见陈新民著:《德国公法基础理论》(下册),山东大学出版社2001年版,第368-371页。

[31] 2014年5月16日,著名演员黄海波因嫖娼被移送至拘留所。2014年5月31日,拘留期满的黄海波并没有被北京警方释放,而是宣布继续对黄海波施行收容教育6个月的处罚决定。针对这种处罚决定的规范依据,江平、应松年等四十余位学者律师联合向全国人大常委会提出废除《卖淫嫖娼人员收容教养办法》的建议。建议的理由是,根据《立法法》第8条的规定,国务院无权制定限制公民人身自由的行政法规。从比例原则的角度看,该条例的处罚措施显然超过必要的限度,给公民造成过度的负担。

[32] 笔者认为,比例原则的运用可以有效地防止立法为追求公共利益而侵害基本权利之“内核”。关于基本权利之内核保护的相关论述,参见陈慈阳著:《宪法学》,元照出版公司2005年版,第444-445页。

而在实践中被证明有用的方法同样会为理论研究提供更为新鲜的研究素材。

五 结 语

对法律案的合宪性审查具有双重属性,它既是实施宪法的主要方式(因为它是立法行为的重要组成部分),也是监督宪法的主要方式(因为它是排除法律违宪的重要途径)。这两种性质的行为共同“击中”了我国当前宪法理论与宪法实践中的一个重要命题:宪法是如何以一种“看得见”的方式实施的?当提案机关必须对法律草案中涉及限制公民基本权利的条款进行合宪性说明时,当立法机关对院内与院外关于法律案的部分条款的合宪性质疑进行公开的论证和回应时,宪法就会以一种社会各界可理解、可评价的方式逐步昭示其所蕴含着的丰富意义。在这些意义的指引下,所有的国家机关、社会组织与公民都会切实地体会到,我们的宪法所要维护的是什么样的价值秩序,为什么它神圣不可侵犯。

[本文为作者主持的 2018 年度国家社会科学基金后期资助项目“规范立法学论纲”(18FFX017)的研究成果。]

[**Abstract**] The constitutional review of bill is a form of *ex-ante* self-control of the constitutionality of bills by legislative organs in the legislative process. It is an important part of the constitutional review mechanism in China. In the absence of fundamental institutional barriers, activating the constitutional review of bills in advance is of great practical significance to improving constitutional implementation and supervision and upholding the authority of the Constitution. The deliberation procedure established by the *Legislation Law* (including the prior deliberation procedure and the formal deliberation procedure) contains the opportunity of constitutional review of bills. In light of the characteristics of the content and structure of the Chinese Constitution, legislative organs in China should base themselves on the practical needs of China, draw on the experiences of other countries, and focus constitutional review on certain concrete matters in draft laws that most likely to involve the issue of constitutionality, so as to improve the efficiency of the review. With respect to the more concrete matters of review, legislative organs needs to creatively use such methods as “prohibition of abstract public welfare clauses”, “screening by the principle of equality” and “scrutiny by the principle of proportionality” to effectively eliminate unconstitutionality in draft laws and steadily advance the development of a constitutional review system compatible with China’s national conditions.

(责任编辑:支振锋)