

我国合宪性审查的宪法属性

郑贤君*

内容提要：权力机关宪法监督模式决定了我国合宪性审查的性质是政治审查，其所审查的是政治问题，而非法律问题。法律问题既不同于政治问题，也不同于事实问题。构成法律问题的标准是案件和争议，其理论基础是权力分工，须符合诉讼资格、成熟性和争议性，且须通过法律适用在事实与规范之间往返流连进行涵摄，裁决是否予以保护。我国合宪性审查之所以不是法律问题，在于审查的理论基础、规范依据、审查主体、审查目的、审查对象、审查程序、审查标准、审查效力不同于法院中心的司法审查。我国的合宪性审查是立法机关在宪法权限范围内通过运行立法权力实施宪法、维护宪法权威、确保法治统一的过程，以此体现人民主权原则。

关键词：民主集中制 监督宪法实施 立法机关 规范性文件

在我国，“合宪性审查”是政治问题还是法律问题，取决于我国宪法规定的民主集中制原则、人民代表大会制度、监督宪法实施制度，以及宪法解释制度。我国《宪法》第3条规定国家机构的组织活动原则为民主集中制，规定了人民代表大会的根本政治制度、全国人大是最高国家权力机关；《宪法》第62条规定，全国人大负责监督宪法实施；《宪法》第67条规定，全国人大常委会负责监督宪法实施，解释宪法；2018年修订后的《宪法》第70条规定了“宪法和法律委员会”；2018年6月22日全国人大常委会作出的《关于全国人民代表大会宪法和法律委员会职责问题的决定》规定，宪法和法律委员会在继续履行统一审议法律案的前提下，增加合宪性审查、监督宪法实施、解释宪法等五大职能。凡此种种，结合2004年以来隶属于全国人大常委会的法规备案审查室的审查实践，都可说明，我国监督宪法实施是在依据宪法规定的权力机关宪法监督模式下持续推进的。这一模式既不同于美国法院中心分散的司法审查，也不同于德国集中审查的宪

* 郑贤君，首都师范大学政法学院教授。

本文为国家社会科学基金重点项目“合宪性审查标准的中国化与体系化”（19AFX005）的阶段性成果。

法法院，还不同于法国宪法委员会的事前和事后的双重审查，而是一种政治审查。^{〔1〕} 本文认为，我国合宪性审查所审查的是政治问题，而非法律问题。政治问题不同于法律问题。本文依据宪法一般理论，结合我国宪法监督制度，参考国外宪法监督实践，尝试对我国合宪性审查的性质予以分析。

一、何谓法律问题

判定法律问题的理论基础是权力分工。即使对于法院中心的宪法监督模式而言，何者构成法律问题也是一个值得深入思考的问题。通常，有两组对应的概念：法律问题与政治问题；法律问题与事实问题。对这两个问题的思考，构成了对我国合宪性审查性质认定的前提。

（一）法律问题不是政治问题

涉及立法的问题并非就是法律问题，一个法律问题必须是适合法院裁决的问题。在西方人眼里，负责政策制定的立法机关是民意机关。民意机关是政治机关而非法律机关，其所处理的是政治问题，而非法律问题。立法过程是一个多种政治力量博弈的过程，是各种团体参与表达和争取利益的过程，它不同于由法院主持的争议和纠纷裁决。在美国联邦最高法院的判词中，当法院拒绝给予一个案件以救济时，通常以“该案并非适合法院裁决，而由民主的政治机关决定为宜”，或者“由选举的政治机关决定”等作为托词和借口。这一措辞，除了展示三权分立的丰富内涵之外，还为我们提供了认识法律机构和政治机构、法律问题和政治问题差异的根据。

对于区别政治问题和法律问题，美国有着悠久的传统。早在制宪之初，这一问题就得到充分讨论，并体现在宪法中，这就是美国联邦宪法对司法权的规定，即适合法院管辖的必须是“案件”或者“争议”。《美利坚合众国宪法》第3条第2款规定：“司法权适用的范围如下：一切基于本宪法、合众国法律以及根据合众国权力所缔结的及将缔结的条约而产生的普通法的及衡平法的案件；一切涉及大使、其他使节及领事的案件；一切有关海事法和海事管辖权的案件；以合众国为当事人的诉讼……”

1. “案件”和“争议”

法律问题是由法院裁决的案件和争议。构成适合法院裁决的必须不能是学术问题，也不能是抽象和假定的问题，必须是“案件”和“争议”。“案件”和“争议”的具体标准包括诉讼资格、成熟性、争议性（mootness）等。这些标准成为判定是否属于适合法院裁决的案件的依据，也是认定何为法律问题的标准。诉讼资格是指必须是权利受到实际侵害的个人才有权提起诉讼；成熟性是指实际侵害必须已经发生；mootness是指争议性，必须是争议尚未解决的问题。如果争议已经解决意味着冲突消失，不宜再由法院裁决；或者，如果一部法律已经撤销了，争议也就不存在了。

〔1〕 参见郑贤君：《作为政治审查的合宪性审查》，载《武汉科技大学学报》（社会科学版）2018年第5期。

2. 排除咨询

为了表明其权力范围,依据三权分立原则,美国联邦最高法院开创了不提供咨询的先例。原因在于,提供咨询不属于法律问题,而是政治决策,不在法院的管辖范围之内。美国开国之初,联邦最高法院第一任首席大法官约翰·杰伊在面对杰弗逊就美法条约签署进行咨询之时,断然否决了其要求咨询的提议,从而开创了法院不提供政策咨询的先例。美国人认为:法官履行法官的职责裁决案件和争议,而非像律师那样提供法律咨询;法院不能提供咨询意见,那样做就是违反三权分立;法院只有有限的管辖权,只负责裁决案件和争议。^{〔2〕}美国的法院坚持将法院的权力限制在“司法性”和“裁判性”方面,只负责审理案件和争议,而不涉足政治决策。

但是,德国和法国的宪法裁判机关却与美国不同。德国联邦宪法法院至今仍然被称为“卡尔斯鲁厄占星术”。德国国会在制定法律之时,向设立在卡尔斯鲁厄的联邦宪法法院进行咨询,请其判断拟立之法是否有可能违宪。法国宪法委员会被称为“立法机关的第三院”,至今仍然保留着向议会提供咨询的职能,特别是在涉及总统选举和全民公决的问题上。

无论德国联邦宪法法院和法国宪法委员会在多大程度上运行司法裁判程序,其与美国普通法院始终是不同的机构。德国联邦宪法法院和法国宪法委员会的设立是二战之后的结果,是在传统法院系统之外另设的国家机构,故宪法法院和宪法委员会同属“集中型审查体制”,而美国的司法审查属于“分散型的审查体制”。美国分散型审查体制是由普通法院审理宪法案件。作为专门审理政治案件的机构,宪法法院和宪法委员会是特设的处理政治问题的机构,它们与普通审理民事和刑事案件的法院并不相同,始终带有政治机构的痕迹,不仅审理宪法案件,还负责提供咨询。立法问题、总统选举和全民公决都是典型的政治问题,而非普通的民事和刑事诉讼。反观美国,不仅法院拒绝提供咨询,而且美国任何一家法院,无论联邦法院还是州法院,无论联邦法院和州法院的哪一审级,都有权审理宪法诉讼,联邦最高法院只是作为宪法案件的最后审级。

3. 政治问题不予审查

为了进一步区别法院的管辖范围,美国联邦最高法院创立了政治问题不予审查的先例。政治问题又称为“非司法性理论”(nonjusticiability),在1963年“贝克诉卡尔”^{〔3〕}案中得以确认。该案提出了认定政治问题的六项标准,其实质是宪法解释、司法克制,以及法院尊重国会和行政机关。这六项标准分别是:其一,宪法承诺特定问题由其他平行机关解决;其二,缺乏司法上的可操作标准(judicially-manageable standards);其三,初始政策决定要求非司法性裁量;其四,不藐视其他机关就不可能裁决案件(the impossibility of deciding the case without disrespecting the other branches),指如果裁决案件须冒犯其他机关,即如果一项司法裁决须冒犯其他机关才能作出,等于违反权力分工;其五,不同寻常的需求毫无异议地要求尊重政治机关已经作出的决定;其六,不同机构宣布的决定彼此冲突引发潜在尴尬。对于政治问题理论,联邦最高法院大法官法兰克福特在该案的异议书中痛苦地说道:“根据我国宪法,并不是对于每一项政治纠纷,对

〔2〕 See Thomas E. Baker, Jerre S. Williams, *Constitutional Analysis*, Thomson/West, 2003, p. 65.

〔3〕 Baker v. Carr, 369 U. S. 186 (1962).

于每一次立法权的不适当的行使，都有一种司法补救办法。”〔4〕他反对法院介入政治问题，承认法院不能对属于立法行为的政治问题给予司法救济。他认为法院对政治问题无能为力，否则，法院将陷入政治棘丛中难以自拔。传统上属于总统和国会职权领域内的外交、国家安全、战争权力以及宪法修正程序都属于政治问题，法院是不涉足的。〔5〕

简言之，政治问题就是不应由法院裁决的问题，那些由立法机关或行政机关裁决的问题不是法律问题。当然，并非所有由政治和行政机关决定的都是政治问题，即政治问题理论并不排斥所有的“政治问题”，如2000年裁决的“布什诉戈尔”〔6〕案件有关总统选举问题。2019年美国联邦最高法院放弃政治问题理论，对涉及选区划分的问题予以裁决。需要看到的是，总体上，政治问题是一个权力分立问题。布伦南大法官认为：“政治问题的不可由法院审理性从根本上说是一种分权功能。”适合于法院审理的案件必须研究如下问题，即“能在司法上判明所声明的责任，在司法上确定其范围，以及是否可在司法上对所要求的权利提供保护办法”〔7〕。

4. 提供救济

救济的汉语词义是指用金钱和财物帮助生活困难的人，在法律语境下，救济是英美法上的独有术语，是对侵权行为的纠正，实施主体是法院，指法院用特定法律程序矫正个人之间的侵权。《元照英美法律词典》这样定义“救济”：“救济是矫正、纠正和改正已发生的不当行为或业已造成损害或损失的行为。”〔8〕公法救济是由法院实施的针对行政机关侵害个人的一套司法方法，是法院将普通法上的私法救济运用于公法上的结果。〔9〕

英国的公法救济包含七种方式，即人身保护令（habeas corpus）、调卷令（certiorari）、禁止令（prohibiting order）、强制令（mandatory order）、禁制令（injunction）、宣告令（declaration）和损害赔偿（damages）。每一种救济方法都对应着相应的行政侵害行为和对当事人的实际侵害。人身保护令是对行政机关非法拘禁、限制个人自由而发出的特权令。调卷令是一种监控行政和法院系统要求某个部门或者官员呈报的命令。禁止令是专门针对行政机关的越权而发出的一种命令。强制令是法院针对行政机关的不履行或者拖延履行责任而发出的命令。禁制令是专门为了强制行政机关纠正自己的不法行为而发出的。宣告令是针对不合法的行为和决定宣告当事人的法律权利和义务。损害赔偿不是一种单独的救济方法，而是与上述任何一种方法相伴，适用于公权力机关对相对人造成的损害。

美国继受了英国的普通法制度，但是，由于美式司法审查不同于英国不成文宪法的司法审查，故公法救济不仅仅针对行政行为，也包括联邦和州制定法以及法院裁决。例如，宪法上的损害赔偿、宪法宣告令和禁制令。前述七种救济方法同样是美国法院运行司法审查时所使用的宪法

〔4〕〔美〕杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯：《美国宪法概论》，刘瑞祥、潘嘉玟等译，中国社会科学出版社1995年版，第38页。

〔5〕参见前引〔4〕，杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯书，第40页。

〔6〕Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000).

〔7〕前引〔4〕，杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯书，第78页。

〔8〕薛波主编：《元照英美法律词典》，北京大学出版社2013年版，第1177页。

〔9〕参见郑贤君：《基本权利研究》，中国民主法制出版社2007年版，第477页。

救济方法。

（二）法律问题不是事实问题

法律问题不是事实问题，对事实的认定会影响法律判断。《美利坚合众国宪法》第3条规定：“对上述的所有其他案件，无论是法律方面还是事实方面，最高法院有上诉审理权，但须遵照国会所规定的例外与规则。”

美国司法实行陪审团制度，陪审团负责认定事实，法官负责适用法律。美国联邦宪法《权利法案》中有四处涉及陪审团，包括第5条、第6条、第7条，陪审团在刑事和民事案件中事实认定方面承担着重要职责。这一审判职责的区分看似简单，实则事关重大，充分表现在淫秽案件的审判过程中。在淫秽案件中，联邦最高法院认定，只要是属于“淫秽”作品，就不受联邦宪法第一修正案“言论自由”的保护。在此，“淫秽”已经不是事实问题，而是法律问题。同时，在确立何为“淫秽”的问题上，法院将之交给由地方人士组成的陪审团来认定。这就意味着，陪审团掌握了生杀予夺之权。只要陪审团认定某一作品构成“淫秽”，该作品就不受宪法保护。对此，美国宪法评论家认为，这等于让陪审团去做宪法解释的事情，类似于由陪审团作出如同刑事案件中涉及联邦宪法第一修正案的“明显和现实危险”（clear and present danger）的工作。^{〔10〕}

多数批评家认为，在对“淫秽”的认定上，以下几方面是必须予以澄清的。第一，由于淫秽的认定涉及宪法第一修正案，因而应该确立全国性标准，而不应由地方陪审团决定。这类案件不是单纯的界定赌博等刑事案件，而是宪法案件，不应由地方陪审团决定何为“淫秽”。第二，淫秽问题的界定既包含了事实问题，也包含了法律问题，与赌博事实的界定不同。如果淫秽事实成立，当事人将不能享受宪法第一修正案的表现自由；如果赌博事实成立，当事人仅涉及刑事处罚。第三，法官不应将包含法律问题的淫秽标准的认定交由陪审团作出，这种属于宪法解释性质的问题应由法官行使。第四，鉴于“淫秽”的认定既属于宪法上的言论自由，并包含法律问题，在对何为“淫秽”的认定上，须由法院在个人自由与政府权力之间进行分析，判断特定作品究竟属于个人表现自由范围，还是属于政府为追求“健康良好的生活质量”这一紧迫的政府利益之范围，而非提前确立一个一揽子的认定何为“淫秽”的标准，然后交由陪审团裁决。在1973年“米勒诉加利福尼亚”^{〔11〕}一案中，法院以一种类似于立法机关起草法律的方式确立了何为“淫秽”的认定标准：其一，如果普通人适用社区标准发现一部作品从整体而言激发下流欲望；其二，一部作品是否以一种侵犯性的，并且是州法界定的方式直接描述或者刻画了性行为；其三，一部作品从整体而言，缺乏严肃的文学、艺术、政治或者科学价值。

根据美国联邦宪法，法院有最终的事实认定权，且对于一个包含事实与法律的问题而言，法院更应责无旁贷，不能在缺乏逐案分析的情况下交由地方性的陪审团决定，让缺乏专业素养的人士决定宪法问题。评论家认为，“淫秽”是一个结论，而非前提。法院试图逃避这样一个问题，即任何一个有关规制色情的法规都将引起一个涉及第一修正案言论自由的宪法问题，法院不应事先假定淫秽是不受宪法保护的言论，然后由社区性质的陪审团决定何者构成淫秽，这是在没有对

〔10〕 参见前引〔2〕，Thomas E. Baker、Jerre S. Willams书，第164、165页。

〔11〕 Miller v. California, 413 U.S. 15, 24 (1973).

具体案件中个人自由与政府利益之间进行宪法分析的前提下，将包含事实与法律问题的淫秽问题的认定交给了陪审团裁决，因而不恰当的。

简言之，“法律问题”涉及法律适用与法律判断，是法官在审理案件、纠纷或者争议过程中以法律为标准，裁断是非曲直并提供救济的过程，其理论基础是三权分立。在此，法官、争议、适用法律、裁决、是否提供救济构成核心，成为区别事实与法律问题的标准。

二、合宪性审查不是法律问题

政治问题还是法律问题，涉及宪法对国家机关的权力分工。不涉及案件和争议使合宪性审查不属于法律问题，而是在查明事实的前提下通过立法方式采取措施的政治行为。

（一）合宪性审查的主体是立法机关而非法院

我国合宪性审查的主体是立法机关而非法院。这是《宪法》第62条和第67条载明的，是我国宪法监督区别于西方国家以法院为中心的宪法监督体系的重要所在。2018年修宪中，“法律委员会”更名为“宪法和法律委员会”，此后《关于全国人民代表大会宪法和法律委员会职责问题的决定》增加其合宪性审查的职责。作为宪法监督的下位概念，合宪性审查虽然在实践中是由隶属于全国人大常委会的法制工作委员会负责，且由作为法制工作委员会的服务保障机构、设立于2004年的法规备案审查室具体负责，但决定权属于全国人大常委会。前三者，即全国人大、全国人大常委会、全国人大宪法和法律委员会，都是权力机关，后两者，即全国人大常委会法制工作委员会、法规备案审查室，属于工作机关，法规备案审查室是工作机关的工作机构。2017年12月24日、2018年12月26日、2019年12月25日，全国人大常委会法制工作委员会分别向全国人大常委会作当年度的备案审查情况工作报告（以下简称“备案审查工作报告”）。〔12〕此外，根据我国《宪法》规定，鉴于合宪性审查与宪法解释关联密切，地方人大及其常委会并无合宪性审查的权力。〔13〕这说明，将负责宪法监督的权力机关履行合宪性审查的职责定位为法律问题是与事实不相符合的。

（二）合宪性审查的对象是抽象规范性文件而非具体争议

我国合宪性审查对象规范性文件的抽象属性明显不属于“案件”和“争议”。政治问题与法

〔12〕 2017年12月24日，全国人大常委会法制工作委员会主任沈春耀向全国人大常委会作《关于2017年备案审查工作情况的报告》；2018年12月26日，全国人大法制工作委员会主任沈春耀向全国人大常委会作《关于2018年备案审查工作情况的报告》；2019年12月25日，全国人大法制工作委员会主任沈春耀向全国人大常委会作《关于2019年备案审查工作情况的报告》。2017年是首次报告，至今已连续三次，意味着这已经形成惯例。

〔13〕 参见肖蔚云、蒋朝阳：《关于全国人大和地方人大维护宪法实施的不同职责》，载《中国人大》1995年第17期。另参见许崇德、胡锦涛：《关于地方人大是否有宪法监督权问题》，载《人大工作通讯》1996年第2期；郑贤君：《宪法解释：监督宪法实施之匙》，载《人民法治》2015年第21期；前引〔1〕，郑贤君文。肖蔚云教授和许崇德教授都否定地方人大享有宪法监督权，其理由都是出于宪法明示全国人大及其常委会有专属监督宪法实施的权力，并且，监督宪法实施是与宪法解释联系在一起的，而宪法解释是全国人大常委会的权力。许崇德教授认为，地方人大保证宪法遵守和执行的职权受三方面制约：其一，宪法没有进入诉讼，更没有建立宪法诉讼制度，省人大无法要求同级和所属的县、市、区的各级司法机关在办案中适用宪法；其二，监督宪法实施的专属职权属于最高国家权力机关，解释宪法的权力由全国人大常委会行使，宪法规定地方人大的“保证”显然与最高权力机关的宪法实施的监督权、解释权不同。参见许崇德：《浅谈地方人大及其常委会保证宪法遵守执行》，载《许崇德自选集》，中国人民大学出版社2007年版，第442、443页。

律问题的另外一个显著区别是审查的对象。前已述及，构成法律问题须由法院审理的事件必须是“案件”或者“争议”，进一步的具体标准是诉讼资格、成熟性与争议性，但是，我国合宪性审查的对象是规范性文件，而非争议。备案审查工作报告已经说明，除了没有审查全国人大制定的法律、全国人大常委会制定的法律，以及全国人大常委会制定的决定外，实践中，法规备案审查室审理的对象俱为规范性文件，包括行政法规、监察法规、地方性法规、自治条例和单行条例、司法解释等。^{〔14〕} 这些规范性文件是抽象的，而非具体争议。

除了全国人大制定的基本法律、全国人大常委会制定的法律，以及全国人大常委会制定的决定之外，其他规范性文件是否属于审查对象尚未明确，包括国际条约、行政协议、立法解释、法律修正案、党内法规。如同其他国家法院判例的形成具有渐进性，可允许审查机构根据情势的需要，在与我国立法机关宪法监督体制相吻合的前提下逐步将这些规范性文件纳入审查范围。2019年12月28日，全国人大常委会作出决定，废止国务院1993年制定的《卖淫嫖娼人员收容教育办法》，而后者的依据是全国人大常委会1991年制定的《关于严禁卖淫嫖娼的决定》，这说明，合宪性审查的范围已经扩展到全国人大常委会制定的决定。全国人大常委会制定的决定具有法律性质，在法律位阶上是等同于法律（包括立法解释和法律修正案）的规范性文件。

可以看到，无论是全国人大常委会（法规备案审查室）已经审查过的，还是未曾审查过的，合宪性审查的对象都是抽象性规范性文件，而非具体争议，更非政治行为，如西方国家的选举、弹劾、罢免等。^{〔15〕} 这是自明的事实，无需辨明，亦无需争论。

（三）合宪性审查不涉及法律适用

一个法律问题，无论属于何种性质，都涉及法律适用。所谓法律适用，通常指国家司法机关根据法定职权和法定程序，运用法律处理案件、解决纠纷的活动，它是将抽象的法律规定适用于具体的案件事实、判断是非曲直的过程。适用的具体含义如下：其一，界定问题；其二，确立法律规则；其三，分析法律与事实问题；其四，得出结论。

法律适用也是法律涵摄过程，是指法官在法律规范与事实之间“眼光的往返流转”，将特定法律规范对应于法律事实，比照法律规范，对于事实作出法律上的判断。法律涵摄是确定法律规范与事实之间的对应关系，进而加以判断的过程。任何一个法律事实都要有对应的法律规范，确定法律事实与法律规范之间的关系，将事实涵摄于法律规范，就是检验事实是否满足法律规范的事实构成，并因此产生该规范所规定的法律后果。换言之，法律适用的涵摄就是将具体的案例事实，置于法律规范的要件之下，以获得一定结论的一种思维过程。德国学者齐佩利乌斯说道：“眼光的往返流转是一个多阶段的、逐步深入的选择过程；通过这一过程，不相关的规范、解释可能和事实被一步步地排除出去。”^{〔16〕} 易言之，法律适用即认定某特定事实是否该当于法律规范

〔14〕 需要说明的是，两个特别行政区制定的法律亦在全国人大常委会的审查之列，2019年备案审查工作报告再次重申了这一点。

〔15〕 对于审查的对象仅限于规范性文件，且不包括政治行为和法律，许崇德教授亦有评论。他说：“但立法法仍有不足之处，那就是该法没有涉及对于政治行为的合宪性审查，而仅仅限于对规范性文件的审查，并且，即使对规范性文件的审查，亦只限于对行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例审查，而没有对法律的审查作出决定。尽管如此，它毕竟是一种进步。”前引〔13〕，许崇德文，第442页。

〔16〕 〔德〕齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第130页。

的要件，而确定一定的权利义务关系。

合宪性审查并不涉及法律适用，不需要在特定法律规范与事实之间往返流转，而只是对法律本身予以分析。这是一种抽象的规范分析，类似于美国的“on its face”，以及德国抽象的违宪审查。美国的宪法案件分为两种，一是“as applied”，二是“on its face”。前者是指当一个人挑战一项法律，意味着该人反对该项法律适用于特定的案件或者特定的人。后者是指宪法诉讼允许对一项法律进行抽象的质疑，因该法本身模糊、过宽或者没有限制最小。一个成功的“as applied”并不导致该法的修改，它可使该法依然存留，仅不适用于本案而已，即“leave the law on the books”。而“on its face”就是通常制定法的审查标准，可导致法律的修改。德国联邦宪法法院分别于1974年和1992年审理了“第一次堕胎案”和“第二次堕胎案”，这两个宪法案件都是抽象的规范审查，不涉及案件和争议，以及法律的具体适用。

（四）合宪性审查不适用诉讼程序

法院在适用法律的过程中适用诉讼程序。诉讼程序的原则是不告不理，法院是被动的。法院审理案件采用的是诉讼程序。第一，当事人须在具备资格的前提下对案件审理过程中所适用的法律或者其他规范性文件提出质疑；第二，双方当事人须提出书面摘要意见；第三，被告方须提出抗辩；第四，双方进行辩论；第五，法官须在查明事实的前提下通过解释宪法裁决系争规范性文件合宪与否。

法国宪法委员会早期被认为是一个政治机构而非法律机构，除了其组成人员之外，很大原因在于法国宪法委员会审理案件的程序不同于法院。改革后的法国宪法委员会加强了司法性即裁判性，运行事后的合宪性审查。宪法委员会增强了裁判程序，加强裁判性，包括开放、两造对立、辩论、公开、充分说理的判决理由、允许宪法法官发布反对意见等等，并授权组织法来予以规定。^{〔17〕}

合宪性审查适用的是备案程序，而非诉讼程序。2018年的备案审查工作报告指出：“根据宪法和立法法、监督法的规定，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，以及最高人民法院、最高人民检察院制定的司法解释，应当报送全国人大常委会备案。”备案程序是由立法机关运行的，这种程序并非被动进行的，且不局限于事前还是事后。实践中，全国人大法制工作委员会在进行备案审查时，分别适用三种审查程序：经申请提起的审查、依职权提起的审查和专项审查。其中，经申请提起的审查是被动的，依职权提起的审查是主动的，专项审查是依据监督程序提起的。这三种审查均非对争议的审查，而是在书面审查的前提下，配合调研、咨询、约谈等非正式程序进行。在此过程中，规范性文件制定主体可以说明情况、出示证据。但是，总体上，这三种程序均非正式的诉讼程序。

（五）审查是纠正而非救济

合宪性审查中的“审查”一词何谓？其中心含义是什么？在不同的制度语境之下，审查的含义亦不相同。在以法院为中心的司法审查模式中，审查意味着法院遵循一定标准判断系争规范性

〔17〕 参见王建学：《从宪法委员会到宪法法院：法国合宪性先决程序改革评述》，载《浙江学刊》2010年第4期。

文件合宪与否，并对相应的侵害给予一定救济。立法中心的合宪性审查之“审查”与法院中心的审查不同。这是由立法机关的宪法地位与权限决定的，立法机关只能在宪法规定的权限范围内通过运行立法行为而非以司法方式去“审查”，这决定了其审查断然不是“救济”，而是以立法方式“实施”，即在斟酌的前提下“纠正”。虽然救济也有纠正的含义，但以立法方式实施的纠正不同于法院实施的纠正，其方式是修改、撤销和废除，或者不予实施。

何谓“实施”？一般而言，立法机关对宪法基本权利有实施的权力。实施的含义包括：制定法律；界定基本权利的内容；限制基本权利的行使；确立基本权利的保护。南北战争之后，美国联邦宪法第十三、十四、十五修正案都明确规定国会有权予以立法实施。在相当长一段时间内，在确定禁止奴隶制和歧视的问题上，联邦最高法院尊重国会的判断，认为国会有权通过立法实施这几项修正案，通过制定法律限制歧视，确保对这类权利的保护。但在其后的判例中，联邦最高法院修正了司法哲学，明确了国会的立法保护与法院的司法保护之间的差异，认为法院才是基本权利的最终保护者。法院的核心观点是，基本权利是宪法上的规定，如果国会有权创制基本权利，国会同样有权删除基本权利。恰如《孟子》所云：“赵孟之所贵，赵孟能贱之。”区分国会对基本权利的政治保护与司法保护的关键在于，国会只能通过立法确立宪法基本权利的执行标准，法院则可以通过解释宪法，确定对基本权利的司法保护。

对于美国联邦宪法第十三、十四、十五修正案规定的基本权利，国会实施的权力有哪些？或者说，国会的立法权究竟有多大？早期，“实施”仅指国会对法院宣布违宪的法律提供法律补救。这里的“补救”是国会通过立法根除实践中的种族歧视，即矫正或者纠正。这一法律补救有三方面的含义：其一，废除司法部门准备裁决违宪的州法；其二，对修正案笼统的规定具体化；其三，对法院的裁决予以解释。但是，国会不能通过宪法解释宣布何者违宪，不能通过宪法解释界定宪法基本权利的含义。“允许国会以简单多数对宪法解释问题有最终决定权，这是与宪法体制根本不相容的。”^{〔18〕}由于第十三、十四、十五修正案的规定不同，国会实施的具体方式也不相同。除了废除法院裁决的违宪法律之外，国会是否具有实质性权力去补救违宪立法中的歧视规定呢？这种实质性的权力包括那些呢？

实质性权力的依据是国会的事实调查权。鉴于国会有查明事实真相的能力，国会对实践中的歧视行为享有酌处权。这一酌处权就是国会不局限于法院裁决违宪的法律对实际中各州存在的歧视行为采取一定的立法方式予以根除的权力。根据酌处权，国会依据其调查事实的能力矫正歧视，否定州具备充分理由采取某种行动，并以立法纠正之。例如，一些州通过文化考试限制投票，这一规定就是歧视，国会可采取立法方式在《投票权法》上予以纠正，限制州以文化考试确定投票权的制度。但是，这一酌处权不是没有宪法限制的，国会不得限制、废止或者削弱宪法保证的权利，也称为“棘轮（ratchet）理论”。即，国会只能顺着宪法规定扩大基本权利的保护，而不能缩小、弱化基本权利。

简言之，国会补救不同于司法救济，国会补救只能在宪法权限范围内以与立法权相适应的方

〔18〕 前引〔4〕，杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯书，第308页。

式进行。我国合宪性审查的主体是权力机关，它只能实施宪法，而不能提供司法救济。在此，审查不等于司法，补救不等于救济，实施仅指立法机关在事实调查的基础上以立法方式在宪法权限范围内对不合宪的抽象规范性文件予以纠正。^{〔19〕} 2018年的备案审查工作报告指出：“全国人大常委会对报送备案的法规、司法解释进行审查，对与宪法法律相抵触的法规、司法解释有权予以撤销、纠正。”多份备案审查工作报告反复提出，审查的手段是纠正，“落实有错必纠”。“纠正”具有多样性，根据国家机关的性质和权限，有些规范性文件上级机关有权纠正，有些则由各机关自行纠正。

三、合宪性审查是政治问题

我国合宪性审查由权力机关负责决定了其所处理的问题并非法律问题。合宪性审查涉及法规规范的制定，而非仅仅纠纷的裁决，其价值取向是法治统一，且备案审查程序不同于诉讼程序，不涉及法律的适用，这些都决定了我国合宪性审查是政治问题。这方面，我国合宪性审查与改革前的法国宪法委员会进行的合宪性审查可比拟。

（一）提起审查的主体不同

我国《立法法》规定，提起审查要求的机关是国家机构，即五类主体：国务院、最高人民法院、最高人民检察院、中央军委和省、自治区、直辖市人大常委会（当时国家监察委员会尚未成立）。但是，根据2017年、2018年、2019年三份备案审查工作报告的统计，上述五类机构尚没有提出过审查要求，而公民提出的审查建议数量可观。如何解释这一现象？

在改革前，法国宪法委员会只履行事前审理职责，审查对象只限于组织法，提起审查的主体是国家机构，目的是维护政府机构之间的权力平衡，防止议会逾越行政机关的界限，而并非基本权利保障，由此宪法委员会被称为“政治家的仓库”，而非“法的保护者”，其所运行的并非司法性的裁判程序。^{〔20〕} 改革后，由于加强了对基本权利的司法保护，组织法要求合宪性问题不能由法院依职权提出，只能由普通诉讼的当事人提出，法院作为提起合宪性问题的主体须符合一定条件。只有具备下述三项条件，下级法院才能向最高行政法院或最高司法法院呈交合宪性问题：其一，案件相关性，即合宪性问题只能针对适用于本诉的法律提出；其二，新颖性，即受挑战的法律规定未曾被宪法委员会宣布为合宪，但情势变更的除外；其三，严重性，即所包含的法律问题具有严重性。^{〔21〕} 这说明，宪法委员会前期是一个政治机构，其所审查的是事前的组织法，故提起主体是国家机构，改革后的宪法委员会加强了司法性，提起审查的主体资格发生了变化，普通诉讼当事人成为提起主体，但是依然保留了国家机构如法院提起的资格，且加以严格限制。

我国的合宪性审查由公民提起并非运行诉讼程序，也非出于基本权利保护模式，而应归结为公民行使政治参与权利的热情。我国是权力机关负责审查，即使《立法法》规定和实践中公民提

〔19〕 参见前引〔13〕，肖蔚云、蒋朝阳文。

〔20〕 参见前引〔17〕，王建学文。

〔21〕 参见王建学：《法语国家宪法审查制度设计比较研究——对“政治机构审查模式”的批判》，载《昆明理工大学学报》（社会科学版）2017年第1期。

起审查，都不能与改革后的法国相提并论。改革后的法国宪法委员会允许普通诉讼当事人作为提起主体，这与德国的宪法诉愿、美国的普通诉讼一致，是当事人对法院裁判所适用法律的合宪性提出的质疑，是宪法监督司法化的表现。我国权力机关的抽象规范审查决定公民提起审查是政治参与，是行使《宪法》第41条规定的监督权，而非作为诉讼当事人所进行的行为。至于国家机关一项审查也未提起，只能解释为全体“冬眠”。

（二）审查目的是保障宪法权威、维护法治统一

各国设立违宪审查制度的初衷并非一致。法国宪法委员会设立的目的在于约束强势议会，确保政府平稳运行，改革后采用司法程序增加事后审查以保障基本权利。美国司法审查并非宪法上的设计，起初在于确保联邦统一，其后法院才成为个人自由的保护者。德国联邦宪法法院的设立在于保护宪法秩序和基本权利，盖因屠杀犹太人的历史留给德国人血的教训。

合宪性审查的目的是保障宪法权威、维护法治的统一。2018年的备案审查工作报告开篇即言：“备案审查制度是保障宪法法律实施、维护国家法制统一的宪法性制度。”这是一个政治目标，既非约束立法权，亦非单纯的基本权利保障。笼统地认为我国合宪性审查的目的在于基本权利保障或者约束立法权是不恰当的。

就基本权利保障而言，虽然提起审查的法规中涉及基本权利，但这些法规多是在形式与程序上违反上位法，如制定主体不合法、超越权限等，这些法规并非是法院裁判过程中所适用的法律，而是抽象的规范性文件。偶有诉讼当事人提起审查，如杭州机动车被扣押事件的当事人，但程序与司法裁判审查不同。原审法院并未等待审查后依据解释后的法律再作裁决，而只能撤销原判再审。原因在于，我国合宪性审查采用的是抽象规范审查，而非基本权利保护模式。用德国宪法语言来说，就是“客观法”或者“客观秩序”模式，而非“主观权利”模式。这就决定了基本权利保障不是我国合宪性审查的首要目的。

就约束立法权而言，我国宪法理论和现实与西方国家不同。首先，民主集中制原则不同于三权分立，该原则的目的是在民主的基础上加强权力的统一行使，包括横向的各国家机关之间，以及纵向的中央和地方之间；其次，人民代表大会制度表明全国人民代表大会是我国最高国家权力机关，其与其他国家机构的关系并非制约，而是分工监督；再次，法治统一要求合宪性审查在于确保下位法与上位法以及宪法相一致；最后，从实际情形看，不仅法律是否构成审查的对象未有定论，^{〔22〕}且实践中法律权威未牢固树立意味着全国人民代表大会的地位并非如欧洲国家那样强势，实践中对我国宪法权威构成威胁的并非全国性法律，而是浩如烟海的各类行政法规、部门规章、地方性法规、司法解释等。因此，我国合宪性审查的目的是维护法治统一，确保中央政令畅通。

因此，结合我国宪法理论和现实，合宪性审查的目的在于维护宪法权威、确保法制统一。抽象规范审查不同于诉讼当事人提起的司法审查模式，立法权不应被削弱，而应加强和维护。

〔22〕 2018年的备案审查工作报告指出：“根据宪法和立法法、监督法的规定，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，以及最高人民法院、最高人民检察院制定的司法解释，应当报送全国人大常委会备案。”该报告列举的审查对象没有包括法律、全国人大常委会决定、立法解释和法律修正案等。

（三）审查标准不同

我国合宪性审查除了“抵触”这一较为抽象的宪法审查标准之外，立法法规定的形式和程序审查即“法律保留”是较为具体的审查标准，更为具体的审查标准则是比例原则，以及侵害最小。

美国虽然没有德国意义上的“抽象规范审查”这一概念，但其“on its face”的审查模式与抽象规范审查类似，是执着于对规范本身是否合宪进行的审查。鉴于美国的普通法院审查体制，这种审查标准是法院在具体案件中针对制定法进行的审查，与德国不针对具体案件和当事人的抽象规范审查具有重大区别。这种审查标准分别是模糊、过宽和限制最小。

“模糊”涉及法律的清晰度，指法律本身没有给予普通人以充分的告知（notice）去合理地理解什么是法律明确禁止的行为，什么是法律明确允许的行为。这种法律对个人行为缺乏清晰指引的情形因其缺乏对负有实施法律责任的警察、检察官、勤勉事实发现者（如法官和陪审员）的指引而加剧，这些人必须将法律适用于特定环境。也就是说，一部模糊的法律不仅对个人行为缺乏清晰指引，而且对负有实施法律责任的官员也缺乏指引，且后者加剧了前者行为的可指引性。这样的法律是不公正的，也是违反正当程序的，因而属于不合宪的模糊制定法（an unconstitutionally vague statute）。^[23]

“过宽”（the overbreadth doctrine）用来衡量一部法律的精确性（precision）。例如，当一部法律的目的是惩罚一种宪法不保护的行为，但假如禁止手段本身已经构成宪法所保护的实质行为，该实质不仅是在绝对意义上，而且同样与制定法合法适用有关，该制定法同样被视为违宪。原因在于，该法规定得过宽，超过了实际需要。换言之，如果一部法律的目的正当，但手段过当，该法同样违宪。一项法律虽然在表面上看是明确的，但如果它不加区别地既用于被保护的表达自由，又用于不被保护的表达自由，则可能牵扯面过宽。例如，一项法律禁止三个以上的人聚集街头从事“骚扰”路人的活动，它既不明确，范围也过宽。这样的法律可能使被保护的表达受到阻挠和压制。它将允许管理官员任意游荡，限制被保护的表达。即虽然当事人从事了不受保护的表达，但这项法律可能会被用于限制被保护的言论。^[24]“过宽”实际上是对目的和手段之间关系的分析，是比例原则之适当性的具体运用。比例原则由三个子原则组成：适当性、必要性和狭义的比例性。其中，适当性原则又称为妥当性原则、妥适性原则、适合性原则，是指所采取的措施必须能够实现行政目的或至少有助于行政目的达成并且是正确的手段。

“限制最小”是比例原则中必要性原则的具体运用，要求政府在所有的限制公民基本权利的手段上必须采取侵害最小的方法。必要性原则又称为最少侵害原则、最温和方式原则、不可替代性原则，具体指在前述“适当性”原则已获肯定后，在能达成法律目的诸方式中，应选择对人民权利最小侵害的方式。美国宪法学家认为，限制最小与过宽原则密切关联。^[25]限制最小是指虽然政府追求的立法目的具有合理性，但是，当同样的目的可以通过较少限制手段达到时，不能对

[23] 参见前引 [2]，Thomas E. Baker、Jerrold S. Willams 书，第 149 页。

[24] 参见前引 [2]，Thomas E. Baker、Jerrold S. Willams 书，第 191 页。

[25] 参见前引 [4]，杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯书，第 192 页。

个人基本自由施以不必要的负担。这种方法是抽象规范审查常用的方法。

模糊、过宽和限制最小都是美国对涉及联邦宪法第一修正案法律进行审查的标准，也是对法律表面的审查（on its face）。涉及法律本身规定得是否清晰、明确，禁止手段是否超过实际需要，以及是否对公民基本自由施加了不必要的负担，虽然这些审查标准带有抽象成分，但归根结底仍需适用到具体案件中，对特定人和事产生影响。

从我国合宪性审查的实践来看，法规备案审查室对规范性文件进行审查在总体上适用《宪法》第5条规定的“抵触”原则，其在实际上适用的是《立法法》第8条与第9条规定的“法律保留”，以及法律保留原则的下位原则“比例原则”。实践中，法规备案审查室提出废止一些省份规定“超生即辞退”的地方性法规，就是使用比例原则之“限制最小”方法。这一审查标准只是对法规范的抽象审查，是对法规范字面规定妥当与否的审查，不涉及法律的具体适用。^[26]

（四）审查效力具有普遍性

法院裁决的结果只具有个案拘束力，立法机关的决定具有普遍效力。立法包括法律的立、改、废，意味着各国家机关和当事人都须遵守。撤销、修改、废止、停止适用等属于立法行为，其实质是无效，其具体含义是不再实施、执行和适用。这种普遍效力不同于司法的个案拘束力，而是政治行为的结果。

在合宪性审查的情况之下，赢了官司却不能赢得救济是常见的事情。^[27] 审查机关可能宣告某一项规范性文件无效、撤销或者废止，但是，这对于当事人却是于事无补。在我国，除非当事人另案提起国家赔偿，否则不会得到具体的救济，但这种国家赔偿是行政诉讼法上的事情。合宪性审查效力上的政治性是造成“赢得了官司赢不了救济”的根源所在。在抽象的规范审查案件中，审查机关只宣布规范性文件违宪，但却不能给当事人提供救济，原因在于这种类型的审查依循的是“客观法模式”，而非“主观权利模式”。在德国，除了抽象的规范审查之外，宪法诉愿是在穷尽法律救济的情况下提起的，即这种诉讼是当事人对普通法院判决提起的诉讼，虽然表面上是对裁判权或者司法权提出的合宪性质疑，但实质上却是对法院所适用法律提出的质疑，而宪法法院判决法令违宪后尚需原审法院再行宣判。对于当事人而言，其判决结果无法对当事人提供救济，宪法法院对违宪法令的宣判是“远水不解近渴”。也就是说，无论是抽象规范审查，还是宪法诉愿，德国模式都是带有政治性的。

我国合宪性审查的效力具有普遍性，无论撤销、修改、废止、停止适用都属于政治行为，不同于法律上的个案拘束力。

四、结 语

法律问题的认定具有特定标准，判定政治问题和法律问题的理论基础是权力分工。我国《宪法》规定的“民主集中制”、人民代表大会制度、《宪法》第62条和第67条、修改后的《宪法》

[26] 参见前引[4]，杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯书，第190、191页。

[27] 参见苏永钦：《以人民之名》，载《法令月刊》2014年第12期。

第 70 条，以及《关于全国人民代表大会宪法和法律委员会职责问题的决定》都说明，在我国，全国人民代表大会是最高国家权力机关，法院是适用法律的机关。我国合宪性审查的规范依据、理论基础、审查目的、审查主体、审查对象、审查程序、审查标准、审查效力等表明，抽象的规范审查是在遵循法治原则下维护宪法秩序及法治统一的努力，确保法治统一的实质是贯彻“中华人民共和国一切权力属于人民”这一伟大的政治原则，因为法律是人民制定的。

Abstract: The mode of constitutional supervision of power organs determines that the nature of constitutional review in China is political review, which examines political issues rather than legal issues. Legal issues are different from political issues as well as factual issues. The standard of legal issues is cases and controversy. Its theoretical basis is the division of power, which must meet the standing, ripeness and mootness. It must be covered by the application of law between facts and norms back and forth, to rule whether it is to be protected. The reason why constitutional review in China is not a legal issue lies in that the theoretical basis, normative basis, review subject, review purpose, review object, review procedure, review standard and review effect of the review are different from the judicial review of the court center. The constitutional review in China is a process in which the legislature implements the constitution, maintains the authority of the Constitution and ensures the unity of the rule of law through the operation of legislative power within the scope of constitutional authority, so as to reflect the principle of people's sovereignty.

Key Words: democratic centralism, supervision of the constitutional enforcement, legislature, normative documents

(责任编辑：于文豪 赵建蕊)