

法律规范事中合宪性审查的制度建构

朱学磊^{*}

内容提要 在我国全覆盖的合宪性审查模式中,事中审查是在法律规范的起草和审议阶段落实宪法规定的主要途径。我国以往的事中审查实践呈现碎片化状态,有必要从对象、主体、标准和程序四个方面对其进行制度化建构。基于比较法的考察,并结合我国宪法和相关法律规定,可以发现我国事中审查的对象种类较多,除法律之外还包括多种类型的法规、自治条例、单行条例和部分规范性文件。作为应对,可以对参与起草和审议工作的各类机构和主体进行类型化界分,为充分发挥其审查能力创造必要条件。法律规范草案的合宪性需要从功能性和规范性两个维度进行审查,确保其在实现调整目标的同时不会超出宪法边界。在审查过程中,可以根据不同类型审查主体的比较优势分配审查任务,明确违反宪法的处理方法。为确保事中审查的制度建构有章可循,有必要为其提供更加健全的规范保障。

关键词 法律规范 规范制定权 事中审查 合宪性审查

目次

- 一、问题与分析进路
- 二、法律规范事中合宪性审查的性质界定
- 三、法律规范事中合宪性审查的比较法考察
- 四、我国法律规范事中合宪性审查制度的具体展开
- 五、结语

^{*} 中国社会科学院法学研究所助理研究员,法学博士。本文系2019年度中国社会科学院创新工程重大科研规划项目“国家治理体系和治理能力现代化研究”(项目批准号:2019ZDGH014)的阶段性成果。

一、问题与分析进路

在我国的合宪性审查实践中,法律规范是最重要的审查对象。党的十九大以来,在党中央有力推动下,法律规范合宪性审查的制度轮廓逐渐清晰,形成了覆盖事前、事中和事后的全过程审查模式。^①随着备案审查工作有序开展,事后审查的制度建构取得积极进展。^②相比之下,事前和事中审查制度发展较为缓慢。这一方面是因为,虽然实务界采纳了事前和事中审查的表述,但将其界定为合宪性审查的理由尚未得到充分阐释,导致制度建构缺少坚实的理论基础。另一方面则是因为,我国的事前和事中审查实践尚未完全展开,不足以为制度建构提供必要的经验支持。和事前审查相比,事中审查尤其值得重视。因为事前审查主要是指规范制定机构在启动规范制定工作之前,对自身是否享有权限的判断和咨询行为,^③此时所涉问题相对单一,而且对规范的合宪性尚未产生直接影响。事中审查存在于规范的制定过程之中,除权限之外还涉及目的、程序、内容等是否合宪。这些问题将对规范的合宪性产生更直接、全面的影响,因此值得重点关注。

我国以往虽然不乏对法律规范进行事中审查的相关做法,但存在不少问题。在中央层面,作为全国人大宪法和法律委员会的前身,全国人大法律委员会在立法过程中会对法律草案进行合宪性控制,^④但总体而言“是不普遍、不充分和不够显明的”^⑤。在地方层面,由于缺少统一指引,“有可能衍生不同的标准,这将在一定程度上影响合宪性审查的统一性”,^⑥导致“更深层次的法治国家建设的目标将更难实现”^⑦。若要系统地应对上述问题,建构统一的事中审查制度实为妥当之选。2021年1月,中共中央印发的《法治中国建设规划(2020—2025年)》提出“建立健全涉及宪法问题的事先审查和咨询制度”。2022年5月,全国人大常委会发布的2022年度立法工作计划也提出要“完善法律草案的合宪性审查程序机制”。由此可见,制度化将成为事中审查的发展方向。这将有助于改变事中审查工作碎片化的状态,在规范制定的全过程贯彻宪法的规则、原则与精神,从源头上降低规范违宪的概率,维护宪法秩序的统一。

随之而来的问题是,建构事中审查制度应当从哪些方面着手?对此我国还没有非常明确的规定。学者们关于合宪性审查的一些基本设想,对提炼事中审查制度的基本内容

① 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室:《规范性文件备案审查:理论与实务》,中国民主法制出版社2020年版,第109-110页。

② 参见梁鹰:《备案审查工作的现状、挑战与展望——以贯彻执行〈法规、司法解释备案审查工作办法〉为中心》,载《地方立法研究》2020年第6期,第10页。

③ 参见前注①,全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室书,第109-110页。

④ 参见邢斌文:《论法律草案审议过程中的合宪性控制》,载《清华法学》2017年第1期,第174-183页。

⑤ 张翔:《“合宪性审查时代”的宪法学:基础与前瞻》,载《环球法律评论》2019年第2期,第14页。

⑥ 邹奕:《省、自治区人大常委会的合宪性审查?——以设区的市地方性法规审批为例》,载《人大法律评论》编辑委员会组编:《人大法律评论》2020年第2辑,法律出版社2021年版,第184页。

⑦ 秦前红、周航:《论我国统一合宪性审查制度的构建》,载《江苏行政学院学报》2019年第4期,第123页。

具有启发意义。如韩大元教授指出,全国人大宪法和法律委员会成立之后,合宪性审查的主体已然明确,接下来应当“尽快制定合宪性审查标准、内容、程序、责任与效力等方面的基本规则”^⑧。莫纪宏教授认为,合宪性审查包含四个基本要素即审查主体、审查对象、审查依据和审查行为。^⑨苗连营教授主张,“合宪性审查表现为关于审查主体、审查对象、审查程序、审查方式、审查效力等问题的一系列制度构造”^⑩。综合来看,在既有讨论中,学者们普遍把审查对象和审查主体视为合宪性审查制度的重要内容,两者分别回答审查什么和谁来审查的问题。审查内容和审查标准的含义基本相同,意指从哪些角度进行审查。审查方式、方法、程序和行为的表述虽然不同,但均涉及审查流程如何推进和发现问题之后如何处理。除此之外,还有两个方面值得注意。一是审查依据。目前理论界已经形成共识,普遍认为合宪性审查应当依据我国的宪法文本进行,宪法文本之外诸如惯例、国际条约或政策方针等可能影响审查结论的因素,应当通过宪法解释发挥作用。^⑪二是审查责任或效力。它在事后审查阶段更为重要,因为此时审查对象已经生效,审查结论需要在法的安定性与合宪性之间求得平衡。^⑫而在事中审查阶段,它主要表现为审查结论对规范制定过程的影响,不涉及此过程之外的其他机关或公民,相对容易界定,可以将其归入关于审查程序的讨论。综上可以认为,审查对象、审查主体、审查标准和审查程序构成事中审查制度的主要内容,本文关于制度建构的讨论将主要围绕这四个方面展开。

针对事中审查制度建构的方法,我国学者形成了不少研究成果,^⑬对实践具有重要参考价值,但其中有三个问题需要注意。第一,就行为性质而言,把事中审查界定为合宪性审查的理由有待进一步论证,这将有助于揭示事中审查制度建构的必要性与可能性,夯实其理论基础。第二,就制度内容而言,既有研究主要围绕法律草案展开,但我国应当接受事中审查的规范类型不止于此,法律之外的其他规范同样有可能违反宪法。审查对象范围的扩大又意味着除了全国人大及其常委会,将有更多主体参与审查活动,为此需要建构一套更具包容性的制度框架。第三,就研究视野而言,既有研究看到了事中审查在我国的重要性,但缺乏更广泛的考察。鉴于我国事中审查的制度化尚在探索阶段,在比较法层面上考察域外国家的相关做法具有积极意义。必须指出的是,此举绝不是为了移植或复制其他国家的制度。事实上,域外国家的做法各不相同,并不存在可以普遍适用的“完美模板”。但正如有学者所言,“比较、分析、总结各国宪法的具体发展情况,辨

⑧ 韩大元:《从法律委员会到宪法和法律委员会:体制与功能的转型》,载《华东政法大学学报》2018年第4期,第11页。

⑨ 参见莫纪宏:《依宪立法原则与合宪性审查》,载《中国社会科学》2020年第11期,第90-91页。

⑩ 苗连营:《合宪性审查的制度雏形及其展开》,载《法学评论》2018年第6期,第2页。

⑪ 参见张翔:《宪法渊源作为方法》,载《中国法律评论》2022年第3期,第119、123-126页。

⑫ 参见王锴:《论备案审查结果的溯及力——以合宪性审查为例》,载《当代法学》2020年第6期,第29页;梁洪霞:《关于备案审查结果溯及力的几个基础问题——兼与王锴、孙波教授商榷》,载《法学论坛》2022年第2期,第69-70页。

⑬ 参见王旭:《全国人大常委会会议事中的合宪性审查规则建构》,载《中国法律评论》2019年第6期;陈玉山:《法律案合宪性审查的程序、事项与方法》,载《环球法律评论》2020年第1期;达璐:《合宪性审查中“弱”事前审查的制度构建——基于法律文本的探讨》,载《华东政法大学学报》2021年第3期。

析宪法制度在不同国家的不同体现,本身就是探索宪法一般规律的必要步骤”^⑭。具体到事中审查领域,对域外实践进行梳理和分析,有助于我们深化对制度建构规律的认识,为我国相关工作提供线索。鉴于以上问题的存在,本文将首先论证把事中审查定性为合宪性审查的合理性,然后考察事中审查的域外实践,梳理制度建构的基本思路,并以此为参考,结合我国宪法和法律规定讨论事中审查制度建构的基本方法,最后提出健全我国事中审查制度规范保障的基本设想。

二、法律规范事中合宪性审查的性质界定

关于能否将事中审查界定为合宪性审查的类型之一,国内学术界主要有两种不同观点。第一种观点认为,合宪性审查是“完整意义上的宪法监督”,只能针对已经生效的法律规范展开,在此之前开展合宪性审查会造成对立法权的不当干预。对于尚未生效的法律规范,可以在政治伦理层面鼓励其主动接受审查,但不宜规定为法律义务。^⑮根据此种观点,建构事中审查制度的必要性不大,将其留给立法主体自行把握即可。第二种观点则主张应当区分两种不同性质的合宪性审查:其一是作为宪法监督机制的合宪性审查,与第一种观点的理解基本相同;其二是作为立法审查的合宪性审查,主要指全国人大各专门委员会对法律案的审查。^⑯按照第二种观点,合宪性审查除了依据宪法监督权之外,还可以依据立法权展开,由此为事中审查制度创造了更大的发展空间。

笔者支持上述第二种观点,同时认为其逻辑可以适用到更大范围:除了全国人大及其常委会制定法律的权力,相关主体制定各类法规、自治条例和单行条例及其他规范性文件的权力,也可以成为合宪性审查的基础。为叙述方便并同狭义的法律和立法权相区分,以下将上述各类规范统称为“法律规范”,把制定法律规范的权力统称为“规范制定权”。从各类法律规范的制定过程看,将事中审查定性为合宪性审查的主要理由包括三个方面。

首先,从理论层面看,开展事中审查是“依宪行使权力”原则的内在要求。权力享有者应当合宪地行使权力是现代立宪主义的基本原则。“当现代成文宪法设定约束一切公权力的规范性要求之后,‘法制定’也变得需要遵守宪法而成为宪法实施的过程。”^⑰当前,在我国“依法治国,首先是依宪治国”^⑱。其中,“最关键的制度措施,就是要将依宪

^⑭ 刘晗:《中国比较宪法学的重新定位与方法论重构》,载《中国法学》2022年第2期,第69页。

^⑮ 参见刘松山:《备案审查、合宪性审查和宪法监督需要研究解决的若干重要问题》,载《中国法律评论》2018年第4期,第28-32页。

^⑯ 参见郑贤君:《全国人大宪法和法律委员会的双重属性——作为立法审查的合宪性审查》,载《中国法律评论》2018年第4期,第33-35页。

^⑰ 张翔:《立法中的宪法教义学——兼论与社科学法的沟通》,载《中国法律评论》2021年第4期,第100页。

^⑱ 习近平:《在首都各界纪念现行宪法公布施行三十周年大会上的讲话》(2012年12月4日),载习近平:《论坚持全面依法治国》,中央文献出版社2020年版,第15页。

立法作为立法工作的基本原则”^{①⑨}。因此,规范制定主体应当主动采取措施使法律规范符合宪法,不能只靠宪法监督主体的事后介入。具体到法律规范的制定过程,起草和审议机构应当主动审查草案是否符合宪法,最后由规范制定主体予以表决或决定通过,这便是完整的事中审查过程。

值得注意的是,在事中审查过程中,规范制定主体及相关参与机构所表达的是自身对宪法的理解。^{②⑩}它是规范制定主体及相关参与机构行使权力的必然产物,只在制定规范的过程中发挥作用,随制定程序的结束而结束。相比之下,宪法解释权是全国人大常委会享有的宪法职权,据此作出的宪法解释具有更高的法律效力。如果规范制定主体及相关参与机构无法根据自身的宪法理解对宪法问题作出准确判断,就应当提请全国人大常委会研究答复,由其在必要时解释宪法。因此,规范制定权和宪法解释权可以作用于同一个规范制定程序,前者不会影响后者的权威地位。

其次,从规范层面看,虽然我国《宪法》和相关法律没有明确规定规范制定主体开展事中审查的职责,但它已经存在于《宪法》和《立法法》关于规范制定工作的基本要求之中。《宪法》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”,确立了我国立法工作中的不抵触宪法原则。^{②⑪}《宪法》第67条第7项和第8项将此原则的适用范围扩大到国务院的决定和命令以及省级人大及其常委会的决议,《立法法》第87条把自治条例、单行条例和规章也纳入进来。对规范制定主体而言,要使法律规范符合不抵触宪法原则,就要在制定过程中对其与宪法的关系进行审查。由此可见,《宪法》和《立法法》为事中审查提供了规范基础。当然,并非所有的法律规范都会直接抵触宪法,这涉及审查对象的甄别问题,需要结合法律规范体系进行具体分析。

最后,从实践效果看,事中审查遭遇质疑的主要原因有两个。其一,它不是一种规范行为,无法得出有效的审查结论并引发相应的法律后果。然而事中审查并不能随意而为,只是其行为、结论和后果的表现形式和事后审查有所不同。它在行为方面表现为审查法律规范草案是否符合宪法,在结论方面表现为就草案的合宪性给出是或否的判断和说明,在后果方面则表现为草案是否提交审议、是否交付表决以及是否通过表决等形式。其二,审查者容易干预其他参与者的行为。对此,事中审查同样可以避免。作为一种以规范制定权为基础的行为,事中审查首先强调参与机构的自我审查,它们在判断草案的合宪性时拥有充分的自由裁量空间。虽然不同阶段的参与机构之间可以就草案的合宪性进行沟通,但合宪与否的判断仍然先由草案所处阶段的机构负责,其他机构可以在草案流转至本机构时再行审查和修改。就此而言,事中审查是由表及里、由局部到全面逐渐深入的过程,不同机构之间有合作也有监督,共同致力于制定符合宪法的法律规范。

综上,笔者认为事中审查可以作为合宪性审查的类型之一,并对其作如下定义:事

^{①⑨} 前注⑨,莫纪宏文,第100页。

^{②⑩} 关于宪法理解的含义及其与宪法解释的区别,参见王广辉:《宪法解释与宪法理解》,载《中国法学》2001年第4期,第177-181页。

^{②⑪} 参见门中敬:《不抵触宪法原则的适用范围:规范差异与制度逻辑》,载《法学论坛》2022年第1期,第56-57页。

中审查是法律规范制定主体及相关参与机构在规范起草和审议阶段,依据宪法和法律规范,基于自身对宪法的理解,审查规范草案是否符合宪法并作出相应处理的行为。

三、法律规范事中合宪性审查的比较法考察

(一) 域外国家事中审查制度的三种类型

从比较法上看,把合宪性要求落实到法律规范的起草和审议阶段,以“化整为零”的方式进行事中审查是很多国家的共同做法。根据事中审查在合宪性审查流程中的具体作用,以中央立法为分析对象,可以将域外国家的制度划分为三种类型。

第一类以芬兰与荷兰为代表,事中审查发挥主要作用,事后审查受到严格限制。^② 芬兰的事中审查主要由司法部长和宪法委员会负责。其《宪法》第108条规定,司法部长既是总统、政府及其各部的咨询对象,可以根据请求为其提供有关宪法和法律的建议,也负责对上述主体行为的合法性进行监督。《宪法》第74条规定,宪法委员会要对提交议会审议的立法建议的合宪性提出审查报告。在荷兰,事中审查的主体是国务委员会的咨询部。其《宪法》第73条规定,政府法案在提交议会审议时,相关政府部长必须说明听取咨询部意见的情况。议会在审议法案的过程中可以继续征求咨询部的意见。

第二类以英国和加拿大为代表,事中审查与事后审查发挥同等作用,均为对话式审查体制的重要环节。^③ 英国虽然没有成文宪法,但1998年《人权法》是事实上的“高级法”,对议会立法具有约束作用。该法第19条要求政府部长在二读程序之前发布“相容性声明”,说明法案与权利相容,或者表示无法作此声明但仍然希望议会表决通过法案。英国议会下院公共管理与宪法事务委员会和上院宪法委员会均可审查涉及宪法事务的法案,由两院议员共同组成的人权联合委员会负责审查政府部长发布的“相容性声明”是否合理。^④ 加拿大政府法案在起草阶段的审查方法与英国类似。其《司法部法》第4.2条规定了“宪章声明”制度,要求司法部长在将法案引入联邦议会任何一院之前出一份声明,阐述法案对受到1982年宪章保护的权利和自由的潜在影响,以使相关问题能够引起议员和社会公众的注意。法案进入联邦议会之后,参议院法律与宪法事务委员会和众议院司法与人权委员会负责审查法案是否违反宪章。^⑤

第三类以德国和美国为代表,事中审查发挥次要作用,更多的审查任务由法院在事后承担。德国内政部和司法部负责政府法案在起草阶段的审查工作,前者偏重打击刑事

^② See Juha Lavapuro, Tuomas Ojanen & Martin Scheinin, *Rights-based Constitutionalism in Finland and the Development of Pluralist Constitutional Review*, *International Journal of Constitutional Law*, Vol.9:505, p.517-518 (2011); Jurgen C. A. de Poorter, *Constitutional Review in the Netherlands: A Joint Responsibility*, *Utrecht Law Review*, Vol.9:89, p.92 (2013).

^③ 参见李蕊佚:《司法审查制度的优化:民主对话理论》,载《法学评论》2013年第1期,第12-14页。

^④ See Janet L. Hiebert, *Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR Help Facilitate a Culture of Rights?*, *International Journal of Constitutional Law*, Vol.4:1, p.17-19 (2006).

^⑤ See Janet L. Hiebert, *Charter Conflicts: What Is Parliament's Role?*, McGill-Queen's University Press, 2002, p.16.

犯罪、维护公共安全,后者偏重保障公民基本权利。^{②⑥}美国司法部法律事务办公室是审查行政命令和立法建议的主要机构,负责为总统和所有行政部门提供法律建议。在议会审议阶段,两国议会没有设立专门负责事中审查的委员会,但在实践中审查任务呈现出相对集中的格局。德国联邦议会法律事务委员会的职责之一是就法律草案的合宪性提出建议。^{②⑦}美国参众两院的司法委员会承担了大多数事中审查工作,法案对公民权利和自由的影响是审查重点,其他常设委员会零散的审查工作主要围绕权力分立问题展开。^{②⑧}

(二) 事中审查制度建构的基本思路

虽然域外国家事中审查的制度化表现和水平存在差异,我国不应当也不可能直接复制,但针对审查的对象、主体、标准和程序问题,它们在处理方法上存在相似之处,据此可以提炼出制度建构的基本思路,以便回到中国语境分析相关问题时能够更加有的放矢。

首先,在识别事中审查对象时,不仅要关注宪法文本,还要结合本国立法实践中的法律规范类型及其功能定位进行分析。主要原因在于,一方面,有些规范类型虽然宪法没有规定,但在实践中发挥着重要作用,有必要运用宪法对其进行审查。例如,美国联邦宪法没有规定行政命令,但美国总统经常在缺少国会立法明确授权的情况下直接诉诸联邦宪法发布此类规范,^{②⑨}这就需要运用联邦宪法进行审查。另一方面,即便是宪法文本规定的规范类型也未必属于事中审查对象。各国宪法除了授予议会立法权,一般也允许议会对其他国家机关进行再授权。如果议会授权的目的、范围和内容都比较清晰,那么通过合法性审查即可予以监督。但如果授权比较笼统,就需要诉诸宪法补强监督效果。补强可以在两个维度展开。一是在形式维度要求被授权机关说明权力来源。例如,根据德国《基本法》第80条第1款,如果行政法规没有明确自身的法律授权依据,就有可能被认定为违宪。^{③①}二是在内容维度运用宪法判断特定规范对权利的限制是否合理。例如,芬兰《紧急权力法》授权政府在紧急状态下发布命令限制公民基本权利,但实践中政府的限制是否超出必要限度,该法无法提供确切答案,需要回到宪法才能作出准确判断。^{③②}

其次,在明确审查主体时,有必要厘清参与规范制定工作的各类主体的角色及相互关系。规范制定工作的复杂性和专业性决定了它通常需要多方主体参与其中,相应的事中审查任务也有赖多方主体共同完成。从域外实践来看,事中审查主体可以分为三种类型。一是规范上的审查主体,即依据宪法和法律有权决定规范草案是否生效的机关,它

^{②⑥} See Andrej Lang, *Non-judicial Rights Review of Counterterrorism Policies: The Role of Fundamental Rights in the Making of the Counterterrorism Database and the Data Retention Legislation in Germany*, *International Journal of Constitutional Law*, Vol.19:1, p.11 (2021).

^{②⑦} See Maartje de Visser, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, Hart Publishing, 2014, p.26.

^{②⑧} See Keith E. Whittington, *Hearing about the Constitution in Congressional Committees*, in Neal Devins & Keith E. Whittington eds., *Congress and the Constitution*, Duke University Press, 2005, p.105-106.

^{②⑨} See Erica Newland, *Executive Orders in Court*, *The Yale Law Journal*, Vol.124:2026, p.2052-2054 (2015).

^{③①} See Donald P. Kommers & Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, 2012, p.182-184.

^{③②} See Päivi Johanna Neuvonen, *The COVID-19 Policymaking under the Auspices of Parliamentary Constitutional Review: The Case of Finland and Its Implications*, *European Policy Analysis*, Vol.6:226, p.226-231 (2020).

们对草案合宪性的决定权包含在草案是否生效的决定权之中。二是事实上的审查主体,即虽然参与规范制定工作,但无权就草案的合宪性作出有规范效力的决定,而是在事实层面对其产生影响的各类机构。事实上的审查主体可以进一步分为两类。一类是综合性审查主体,包括规范的起草机构和部分审议机构,如政府相关业务部门或议会相关领域的专门委员会,主要负责从政治、社会、经济、文化等各方面现实条件出发,审查规范能否实现预期目标。另一类是专业性审查主体,如司法部或宪法委员会,它们在国家机关内部对宪法的理解更加准确,主要负责审查草案是否超越宪法边界,与综合性审查主体保持沟通并就草案的合宪性向规范上的审查主体负责。三是辅助性审查主体即专家顾问,主要有两种类型。一类是政策专家顾问,主要来自与规范内容相关的专业领域,帮助综合性审查主体更加科学地判断如何实现规制目标。另一类是宪法专家顾问,主要来自宪法学及相关专业领域,从规范性维度为专业性审查主体提供意见。

再次,在设定审查标准时,有必要区分对事实问题的审查和对规范问题的审查。在审查顺序上,通常是事实问题在前而规范问题在后,因为只有在法律规范起草出来以后,讨论它是否符合特定规范才是有意义的。从域外实践来看,事实问题的核心是法律规范能够在多大程度上实现政策目标,通常需要对相关的成本和收益进行分析,只有在收益大于成本或者成本可控的条件下才会被视为合宪。^{③②}针对事实问题的审查主要指向规范手段的有效性,可称之为功能性审查标准。针对规范问题的审查,一般从形式和实质两个维度展开,可称之为规范性审查标准。形式合宪性要求制定规范的程序和权限符合宪法要求,通常依据宪法文本即可得出结论。实质合宪性则要求规范内容具有合理性,不可过分限制受宪法保护的权利或价值,论证的方法和角度可以从一个国家的宪法文本、司法判例和理论学说等领域提炼和归纳。^{③③}

最后,在建构审查程序时,应当为充分发挥宪法的调控功能创造条件。域外国家为提高事中审查效率,通常由综合性审查主体执行功能性审查标准,由专业性审查主体执行规范性审查标准,如果遇到交叉问题可以沟通协商,协商不成再交给规范上的审查主体作出最终决定。然而在实践中,相关审查标准能否被严格执行具有不确定性。这一方面是因为无论综合性还是专业性审查主体,它们在执行审查标准时都享有较大的自由裁量余地,对于辅助性审查主体的意见可以自行决定是否以及在多大程度上予以接受。规范上的审查主体在作出最终决定时,也无需受到事实上的审查主体和辅助性审查主体的约束。^{③④}另一方面则是因为规范制定过程通常也是政治博弈过程,相关各方为了达成一致,有时不得不在合宪性问题上作出妥协和让步。^{③⑤}有鉴于此,事中审查的程序安排应当

^{③②} See John Mark Keyes, *Parliamentary Scrutiny of the Quality of Legislation in Canada*, *The Theory and Practice of Legislation*, Vol.9:203, p.206-207 (2021).

^{③③} See Dawn Oliver, *Constitutional Scrutiny of Executive Bills*, *Macquarie Law Journal*, Vol.4:33, p.37-39 (2004).

^{③④} See Michael C. Tolley, *Parliamentary Scrutiny of Rights in the United Kingdom: Assessing the Work of the Joint Committee on Human Rights*, *Australian Journal of Political Science*, Vol.44:41, p.47-51 (2009).

^{③⑤} See Sean J. Kealy, *Legislative Scrutiny in the United States: Dynamic, Whole-stream Revision*, *The Theory and Practice of Legislation*, Vol.9:227, p.240 (2021).

致力于引导相关各方通过宪法表达诉求,提高宪法对规范制定过程的统摄作用。

四、我国法律规范事中含宪性审查制度的具体展开

(一) 多元的审查对象之界定

因应从中央到地方多元化的治理需求,我国建立了“统一而又分层次的立法体制”^{③⑥},多个主体被赋予规范制定权,由此产生了多种类型的法律规范。原则上所有规范都应当符合宪法,但为了维护规范体系的稳定性,应当穷尽合法性审查再进行合宪性审查在我国已经成为共识,^{③⑦}而究竟哪些规范属于合宪性审查对象,还有待进一步探究。前述域外经验表明,解决该问题需要对宪法文本内外的规范类型进行全面梳理。沿此思路,可以把我国的事中审查对象划分为两种类型。

1. 法律规范的制定权源自宪法,法律或其他上位阶规范没有为此类规范的调整范围或幅度划定明确界限

在我国的法律规范体系中,全国人大及其常委会制定的法律和作出的立法性决定应当以宪法为依据并接受合宪性审查。除此之外,宪法还规定了其他位阶较低的规范。它们受到法律或其他上位阶规范的约束,有时这种约束功能有限,需要宪法予以补强。

第一,国务院在制定行政法规、发布决定和命令时需要在宪法层面判定其权限范围。《宪法》第89条规定国务院制定行政法规应当“根据宪法和法律”。为了充分发挥行政立法的试验和探索功能,《立法法》第65条第2款“将‘根据’原则作了较宽的界定”^{③⑧},使行政法规除了执行法律规定,还可以就《宪法》第89条规定的国务院行政管理职权事项作出规定。在后一种情形下,如何划定国务院行政管理职权的界限,目前在法律层面没有确切答案,仅依靠法律不能实现对行政法规的全面约束,^{③⑨}有必要通过宪法予以调整。同理,国务院为行使行政管理职权而发布的决定和命令也属于合宪性审查对象。

第二,对于地方性法规,《宪法》的要求是“不同宪法、法律、行政法规相抵触”。《立法法》将此要求细分为两点。一是执行意义上的不抵触。此类法规在调整范围和幅度上不得超出被执行的法律和行政法规,因而属于合法性审查范畴。二是自主立法意义上的不抵触,又可再分为两类。其一为根据《立法法》第73条第1款第2项旨在调整地方性事务的法规。此类法规的调整范围虽然受到法律限制,但它规定的措施却有可能超出合理限度侵害公民基本权利,需要运用宪法进行监督。^{④①}其二为根据《立法法》第73条第2款制定的先行性法规。制定此类法规的条件是不属于《立法法》第8条规定的法律保留事项、相关法律和行政法规缺位以及符合本地具体情况和实际需要。据此,除

^{③⑥} 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6页。

^{③⑦} 参见前注①,全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室书,第112页。

^{③⑧} 前注③⑥,郑淑娜主编书,第176页。

^{③⑨} 参见前注②①,门中敬文,第60-61页。

^{④①} 参见邢斌文:《地方立法合宪性审查:内涵、空间与功能》,载《内蒙古社会科学(汉文版)》2019年第1期,第103页。

了《立法法》第8条之外,宪法将成为此类法规直接的上位法依据,合宪性审查势在必行。

第三,宪法是自治条例和单行条例不可突破的底线。《宪法》第116条赋予民族自治地方人大制定自治条例和单行条例的权力。《立法法》第75条重申了上述规定,同时允许自治条例和单行条例对法律和行政法规进行变通并为此设置了底线要求。根据该条规定,如果变通的对象不是法律和行政法规就民族自治地方所作的规定,不能被法律和行政法规的基本原则覆盖,也不属于《民族区域自治法》的调整范围,那么宪法就成为约束自治条例和单行条例的最后依据。^⑪

除以上三种情形外,还有部分规范可以依据宪法制定,但都可以通过合法性审查予以监督。一是国务院各部、各委员会发布的规章、命令和指示。根据《宪法》第90条第2款,这些规范应当以法律、国务院的行政法规、决定和命令为依据,同时应当处在相关部门的权限范围内,因而只有合法性审查的必要。二是地方各级人大及其常委会的决议和决定以及地方各级行政机关的决定和命令。根据《宪法》第99条第1款和第107条第1款,地方各级人大发布的决议以及县级以上地方各级人民政府发布的决定和命令应当“依照法律规定的权限”,《各级人民代表大会常务委员会监督法》第30条把地方各级人大常委会发布的决定也吸收进来,进一步要求它们不得“超越法定权限,限制或者剥夺公民、法人和其他组织的合法权利,或者增加公民、法人和其他组织的义务”。由此可知,无论是调整范围还是幅度,都可以在法律层面实现对上述规范性文件的监督而无需宪法出场。

2. 法律规范的制定依据是法律或授权决定,但法律或授权决定没有形成严密的规范监督框架

在《宪法》之外,《立法法》等法律以及全国人大及其常委会的授权决定也创设了部分规范类型并规定了相应的监督框架,其中可能存在缝隙需要宪法予以填补。

第一,作出授权的法律或决定要求下位法应当根据宪法和法律制定,在审查下位法内容时需要以宪法为评价标准。这里主要涉及军事法规和监察法规。

首先,《国防法》第15条第5项和《立法法》第103条第1款均赋予中央军委制定军事法规的权力,《军事立法工作条例》第7条进一步规定了军事法规的调整范围,军事法规据此可以规定“军队人员的基本权利义务”。军队人员身份的特殊性决定了其权利义务有别于其他公民,但哪些权利义务可以有区别以及区别幅度可以有多大,不应由军事法规自行决定,还要在宪法层面展开论证。^⑫

其次,根据《全国人民代表大会常务委员会关于国家监察委员会制定监察法规的决定》第1条,监察法规除了“执行法律的规定”,还可用来“履行领导地方各级监察委员会工作的职责”。前一种情形可以依据被执行的法律监督监察法规,属于合法性审查范

^⑪ 参见莫纪宏:《自治条例和单行条例合宪性审查的法理及分层》,载《甘肃社会科学》2019年第2期,第112-114页。

^⑫ 参见丛文胜、李敏:《论推进我国军事立法的合宪性审查》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2019年第4期,第51页。

畴。对于后一种情形,有学者依据法律的法规创造力原则认为它也属于执行性规范,^{④3}但不能就此排除对其进行合宪性审查的可能。参照该原则“凡有法规内容者,即由法律创造”^{④4}的核心内涵,监察领域凡涉及一般规范的内容都应当制定法律,监察法规的主要作用是执行法律规定。然而,当前我国监察领域的一般权利保障规范尚不全面,难以为监察法规提供充分有效指引。^{④5}对此,就需要运用宪法予以补强。而且,这一不足还可能被监察法规制定权的获得方式进一步放大。根据法律的法规创造力原则,通过一揽子授权决定授予法规制定权应当“作为法律主治的重大例外”^{④6},因为此种授权方式过于抽象,难以对被授权者形成有效约束。国家监察委员会的监察法规制定权正是基于这一方式获得,其中“领导地方各级监察委员会工作的职责”是一种较为抽象的表述。结合《监察法》第11条关于监察委员会职责的规定,国家监察委员会可以在上位法缺位的条件下,就地方各级监察委员会如何履行监督、调查、处置职责作出规定,这可能对监察对象的人身自由、财产和人格尊严等产生影响,^{④7}进一步突显了宪法介入的必要。

第二,作出授权的法律或决定允许下位阶规范进行立法变通,宪法是监督此类规范的最后依据。这里主要涉及经济特区法规、浦东新区法规和海南自由贸易港法规。根据全国人大及其常委会对五个经济特区的授权决定、全国人大常委会对上海市人大及其常委会制定浦东新区法规的授权决定以及《海南自由贸易港法》第10条的规定,上述三类法规可以对法律和行政法规进行变通,前提是遵循宪法规定以及法律和行政法规的基本原则。由于法律和行政法规基本原则比较抽象,包含了具体规则与抽象原则的宪法规定可以更好地发挥约束作用,是上述法规不可变通的底线,^{④8}合宪性审查将在所难免。

除此之外,《立法法》还规定了地方政府规章、军事规章和司法解释三种规范类型,对它们的审查在法律或法规层面即可完成。具体而言,《立法法》第82条第1款和第6款要求地方政府规章以法律、行政法规和地方性法规为依据,禁止其擅自限制公民权利或增加其义务,由此将其限定在合法性审查范畴。^{④9}《立法法》第103条第2款和《军事立法工作条例》第10条把军事规章定位为执行性规范,执行的对象是法律、中央军委的军事法规、决定和命令以及关于战区、军兵种职权范围的规定,它们构成对军事规章进行合法性审查的依据。根据《立法法》第104条,司法解释是关于如何应用法律的解释,应当针对具体法律条文展开,并符合立法的目的、原则和原意,因此也属于合法性审查对象。

^{④3} 参见王建学:《监察机关立法权纵向配置研究——基于地方试点的视角》,载《四川师范大学学报(社会科学版)》2020年第5期,第32页。

^{④4} 王贵松:《论法律的法规创造力》,载《中国法学》2017年第1期,第113页。

^{④5} 参见程雷:《监察调查权的规制路径——兼评〈监察法实施条例〉》,载《当代法学》2022年第4期,第58页。

^{④6} 前注④4,王贵松文,第128页。

^{④7} 参见张翔、赖伟能:《基本权利作为国家权力配置的消极规范——以监察制度改革试点中的留置措施为例》,载《法律科学》2017年第6期,第32-34页;魏昌东:《中国特色国家监察权的法治化建构策略——基于对监察“二法一例”法治化建构的系统性观察》,载《政法论坛》2021年第6期,第165-166页。

^{④8} 参见林彦:《经济特区立法再审视》,载《中国法律评论》2019年第5期,第185页。

^{④9} 参见刘连泰:《中国合宪性审查的宪法文本实现》,载《中国社会科学》2019年第5期,第110页。

综上,我国事中审查的对象包括全国人大及其常委会制定的法律和作出的立法性决定,国务院的行政法规、决定和命令,监察法规,军事法规,地方性法规,经济特区法规,浦东新区法规,海南自由贸易港法规,自治条例和单行条例。至于实践中它们是否有必要接受事中审查,还要结合规范的功能定位以及上位阶规范的规定具体作出判断。

(二) 类型化的审查主体之界分

上文的梳理表明我国存在较多种类的事中审查对象,由此容易形成繁重的审查任务,需要各相关主体和参与机构协同开展工作。^⑩从现有实践来看,我国与域外国家相似,也存在三种类型的审查主体。为有效回应审查需求并提高审查质量,需要进一步发挥各类审查主体的能力和优势,为其开展事中审查提供必要的制度保障。

1. 三种类型的审查主体及其范围

第一,在规范上的审查主体层面,我国事中审查对象的广泛性决定了此类主体的数量较多,有权决定审查对象能否生效的各类规范制定主体皆在此列。具体而言,包括全国人大及其常委会,国务院,中央军委,国家监察委员会,省、自治区和直辖市人大及其常委会,设区的市、自治州人大及其常委会以及自治县的人大。^⑪

第二,在事实上的审查主体层面,综合性审查主体的数量较多且情形较为复杂,需要针对不同类型的法律规范分别讨论。

就法律而言,起草机构主要是提出法律案的主体。根据《立法法》第54条,提出法律案应同时提出法律草案文本,所以提出法律案的主体应当确保法律草案符合宪法。^⑫此处有两个问题值得注意。其一,有权提出法律案的主体可以将实际起草工作委托给其他主体。^⑬按照权责一致原则,此时仍然要由提出法律案的主体对草案的合宪性负责,实际承担起草工作的主体可以为其提供帮助。其二,为增强人大对立法工作的主导作用,《立法法》第53条第1款要求全国人大专门委员会或常委会工作机构提前参与其他机关牵头的法律草案起草工作。一般而言,经过提前参与机构的沟通、协调和指导,关于草案合宪性的分歧基本能够得到解决。但如果各方仍有不同意见,应当尊重牵头机关的判断,以充分发挥其专业优势,提前参与机构可以待草案进入审议阶段再提出完善意见。在审议阶段,综合性审查主体是与法律案相关的、宪法和法律委员会之外的全国人大其他专门委员会,它们主要从政策性和技术性角度审查立法能否实现预定目标。^⑭

^⑩ 参见朱学磊:《论法律规范合宪性审查的体系化》,载《当代法学》2020年第6期,第42-43页。

^⑪ 需要注意的是,对于设区的市地方性法规、自治条例和单行条例以及涉及应当制定法律或行政法规事项的海南自由贸易港法规,《立法法》第72条第2款、第75条第1款以及《海南自由贸易港法》第10条第3款分别规定了批准程序,有权主体在批准时也要对其进行合宪性审查。所以对这些规范而言,规范上的审查主体既包括制定主体也包括批准主体。

^⑫ 根据《立法法》第14、15、26、27条,有权向全国人大和全国人大常委会提出法律案的主体包括全国人大各专门委员会、国务院、中央军委、最高人民法院和最高人民检察院;全国人大主席团、全国人大常委会、一个代表团或30名以上代表联名,有权向全国人大提出法律案;全国人大常委会委员长会议、常委会组成人员10人以上联名,有权向全国人大常委会提出法律案。

^⑬ 参见《立法法》第53条第2款,《全国人民代表大会常务委员会议事规则》第20条。

^⑭ 参见蔡定剑:《中国人民代表大会制度》,法律出版社2003年版,第246-248页。

就地方性法规、经济特区法规、浦东新区法规、海南自由贸易港法规、自治条例和单行条例而言,它们的起草和审议流程与法律大致相同。有权提出法规或条例案的主体同时要提出相应的规范草案,^{⑤⑥}因而要承担草案的合宪性审查任务。如果有多方主体参与起草工作,应当尊重牵头机关对草案合宪性的判断。在审议阶段,综合性审查主体是地方人大法制委员会之外的其他专门委员会。

就行政法规、监察法规和军事法规而言,起草机构主要是国务院、国家监察委员会所属部门和中央军委相关部门。和各级人大及其常委会不同的是,上述机关的规范制定工作具有更强的专业性,在审查阶段没有像人大专门委员会那样的综合性审查主体,相关审查工作由其法制机构一体承担。

和综合性审查主体相比,专业性审查主体的范围比较清晰,主要包括全国人大宪法和法律委员会,地方人大法制委员会,国务院、国家监察委员会以及中央军委的法制机构。它们在起草阶段为综合性审查主体提供指导或帮助,在审议阶段与其他部门或专门委员会一起审查草案的合宪性并负责提出审查报告。

第三,在辅助性审查主体层面,《立法法》《行政法规制定程序条例》《军事立法工作条例》均规定了专家参与起草和审议法律规范的渠道。^{⑤⑦}在起草阶段,起草机构可以吸收专家参与其中或者直接委托专家起草;在审议阶段,可以邀请专家参加论证会,对专业性较强的草案的可行性作出评价。在上述过程中,专家可以利用专业知识对法律规范的合宪性产生影响。

2. 进一步发挥各类主体审查能力的方法

首先,明确事实上的审查主体的合宪性审查责任及其履行方式,实现合宪性审查对规范制定过程的全覆盖。当前我国的事中审查多数是内部运作,主要依靠惯例或相关主体的自觉,审查动力具有不确定性。^{⑤⑦}作为应对,可以把合宪性审查明确为规范制定参与机构的职责,并且通过审查行为的外部展示予以督促落实。具体而言,在起草阶段,有权提出法律、法规或条例案的主体应当在送审时就草案的合宪性作出说明。在审议阶段,综合性和专业性审查主体同样应当就此提出报告。除非法律规范所涉内容依法需要保密,合宪性说明或报告应当在交付审议后向社会公开。

其次,合理安排全国人大宪法和法律委员会与其他事实上的审查主体的关系。事中审查对象的广泛性以及审查主体的多元性,决定了宪法和法律委员会很难无差别地对所

^{⑤⑥} 根据《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第22条和第52条,人大主席团、人大常委会、人大专门委员会、本级政府以及10人以上代表联名,可以向本级人大提出法规、自治条例和单行条例案;人大常委会主任会议、人大专门委员会、本级政府和人大常委会组成人员5人以上联名,可以向本级人大常委会提出法规、自治条例和单行条例案。

^{⑤⑥} 参见《立法法》第36条第2款、第53条第2款,《行政法规制定程序条例》第13条第3款、第20条第1款以及《军事立法工作条例》第22条第3款、第23条第1款。

^{⑤⑦} 关于该问题在地方立法中的具体表现和原因分析,参见谭清值:《合宪性审查的地方制度构图》,载《政治与法律》2020年第2期,第68-70页。

有对象进行审查,而是应当通过科学方法指导其他规范制定参与机构的审查活动。^{⑤⑧}宪法和法律委员会作为法律制定过程中的专业性审查主体,可以为法律的起草机构和其他审议机构提供帮助。其他规范的起草和审议机构对草案的合宪性产生疑问,可以先与同级专业性审查主体沟通,由其判断是否有必要把问题提交宪法和法律委员会研究处理。这既有利于充分利用审查资源从而提高审查效率,也可以避免宪法和法律委员会过分干预其他主体的规范制定权。

最后,为宪法专家顾问参与审查工作提供制度化渠道。现行法律法规虽然为专家参与合宪性审查创造了条件,但其重点在于吸收政策、技术或部门法领域专家的智慧来提高规范的可行性,^{⑤⑨}这有助于规范制定主体履行宪法规定的作为义务,但对判断由此而制定的规范是否符合宪法却力有未逮。为此,可以依托专业性审查主体建立宪法专家顾问制度,邀请来自宪法及相关专业的专家学者参与其中,对规范拟采取的各种措施的合宪性提出意见,为专业性审查主体提供参考进而对规范上的审查主体产生影响。为确保专家参与的实效,可以要求专业性审查主体在向规范上的审查主体提交的审查报告中,说明采纳宪法专家顾问意见的具体情况。

(三) 双重审查标准之完善

根据党和国家加强宪法实施和监督的基本要求,^{⑥⑩}我国法律规范的制定过程既是积极的宪法实施过程,规范制定主体要在分析相关事实的基础上选择合理的规制手段,也是消极的宪法实施过程,规范制定主体还要确保规范本身没有超出宪法许可的范围。^{⑥⑪}就此而言,我国的事中审查标准同样可以遵循功能性和规范性二分法。至于两类审查标准的具体要求,还需结合我国宪法和法律规定进行分析。

1. 功能性标准之补足

前已述及,功能性标准的核心要求是法律规范应当有助于实现政策目标。我国《立法法》《行政法规制定程序条例》《军事立法工作条例》均存在相关要求,通常表述为“针对性”“可执行性”“可操作性”等。^{⑥⑫}其中有两个问题值得注意。一是这些规定较为笼统,起草和审议机构通过寥寥数语即可宣称已经符合要求,但由此产生的规范可能在功能上并不完备。^{⑥⑬}二是相关制度保障不够完善。起草阶段的草案说明可以作为适用功能性标准的主要载体,但在审议阶段还缺少类似制度,不利于功能性标准完全落地。

上述问题可以从两方面着手解决。一方面,进一步明确功能性标准的具体要求。在可能的解决方案中,由于成本收益分析方法强调以货币化衡量方式直观展现规范的有效

^{⑤⑧} 参见前注^{⑤⑩},朱学磊文,第44-45页。

^{⑤⑨} 参见前注^{⑤⑩},郑淑娜主编书,第113页。

^{⑥⑩} 参见《习近平法治思想概论》编写组:《习近平法治思想概论》,高等教育出版社2021年版,第138-139页。

^{⑥⑪} 参见翟国强:《中国宪法实施的双轨制》,载《法学研究》2014年第3期,第88-91页。

^{⑥⑫} 参见《立法法》第6条第2款,《行政法规制定程序条例》第6条第1款,《军事立法工作条例》第5条。

^{⑥⑬} 参见张婷:《立法草案说明的功能定位及其制度完善》,载《湖北社会科学》2020年第8期,第135-138页。

性,可行性较强,所以有学者建议在我国的立法程序中引入该方法。^[64]对此应当看到,我国确有引入成本收益分析方法的规范空间,《宪法》第27条第1款关于“一切国家机关实行精简的原则”“不断提高工作质量和工作效率”的规定可以作为这一方法的宪法基础。但是,这并不意味着我们应当在所有规范制定工作中无差别地适用该方法。原因在于,不是所有领域的规范都可以通过量化的方式来展现其成本和收益,而且域外实践表明成本收益分析方法本身也是有成本的,在某些领域成本还非常高昂,^[65]有可能加重规范制定主体的负担。因此,我国可以部分采纳该方法,但不宜将其设定为开展功能性审查的唯一工具,而是可以根据规范所涉领域的成本和收益量化难度的大小,配之以不同的审查要求。具体而言,可以借鉴规制经济学领域普遍采用的经济性规制和社会性规制二分法,^[66]将法律规范分为经济性立法与社会性立法两种类型。经济性立法调整市场经济活动中各类主体的资格和行为,以效益最大化为导向,在这种情形下,量化成本和收益具有较强的可行性,原则上应当论证其收益大于成本。社会性立法涉及环境、卫生、健康等领域,旨在维护公平、正义和安全等基本价值,此类收益具有较强的主观性,对其进行量化分析存在困难,可以采用“软性”(soft)成本收益分析方法,^[67]论证制定规范的收益能够证成为此付出的成本。在上述两类规范之外,对其他不涉及经济考量以及调整范围或事项比较单一的规范,无需进行成本收益分析,可以通过问卷调查、座谈研讨、实地调研等方法进行定性分析,论证制定中的法律规范是解决相关问题的恰当选择。

另一方面,增加功能性标准的制度载体。对此无需另起炉灶,对既有相关制度进行改造即可。针对所有事中审查对象,除了要求起草机构在将草案提交审议时提供说明,还可在审议阶段将法律规范评估从当前的裁量行为变成羁束行为。法律规范是否符合功能性标准的要求应当作为草案说明和评估报告的必要内容,其他问题是否需要说明或评估由起草和审议机构视情况而定。如前所述,为确保功能性标准的实效,草案说明和评估报告应当以公开为原则,以不公开为例外。

2. 规范性标准之明确

我国的形式合宪性标准需要在两个层面进行讨论。一是在宏观层面厘清形式合宪性的基本构成要素,二是在微观层面阐述各构成要素的具体内容。关于形式合宪性的构成问题,权限和程序作为基本要素已经成为共识,但目的能否纳入其中尚有不同观点。受四阶比例原则学说的影响,我国有学者把规范目的视为实质合宪性的要素,^[68]也有学者认为这“在逻辑上无法成立”^[69]。笔者认为,从审查结构来看,形式合宪性主要是在平面维

[64] 参见刘莘、金成波:《立法成本收益分析在中国:理念更新与制度确立》,载《江苏社会科学》2016年第3期,第153-155页。

[65] 参见高秦伟:《美国规制影响分析与行政法的发展》,载《环球法律评论》2012年第6期,第102页。

[66] 参见张红凤、杨慧:《规制经济学沿革的内在逻辑及发展方向》,载《中国社会科学》2011年第6期,第62-64页。

[67] See John D. Graham, *Saving Lives Through Administrative Law and Economics*, University of Pennsylvania Law Review, Vol.157:395, p.433-434 (2008).

[68] 参见张翔:《刑法体系的合宪性调控——以“李斯特鸿沟”为视角》,载《法学研究》2016年第4期,第58页。

[69] 梅扬:《比例原则的适用范围与限度》,载《法学研究》2020年第2期,第61页。

度判断规范制定行为的宪法边界,宪法所规定的各类目标构成边界之一;实质合宪性则是在既定边界之下,在立体维度处理受宪法保护的权利或价值的权衡问题。就此而言,目的合宪是进行实质合宪性审查的前提之一,将其置于形式合宪性范畴之中更为妥当。

形式合宪性的具体内容可以从三个维度依次展开。首先,在程序维度上,《宪法》的要求已经通过《立法法》《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》《行政法规制定程序条例》和《军事立法工作条例》等得到具体化,所以事中审查基本是间接审查,相关规范能够满足上述要求即可。其次,在权限维度上,《宪法》的大部分规定也在上述规范中得到具体化,但仍有少数权限争议需要在宪法层面给出答案。主要问题有两个:一是全国人大和全国人大常委会立法和修法的界限。立法界限的核心问题是《宪法》第62条第3项中的“基本法律”之界定。这在实践中通常由全国人大常委会判定,^⑩不利于发挥宪法约束立法权的功能。修法界限的核心问题是如何理解《宪法》第67条第3项中的“部分补充和修改”。实践中不乏全国人大常委会对全国人大的立法进行大比例修改的事例,^⑪这可能导致宪法关于修改量的要求很难具有规范意义。二是国务院行政立法的宪法界限。如前所述,问题的关键在于厘清国务院行政管理职权的边界,目前各界对此尚未形成共识,不利于行政立法权的充分展开。针对上述问题,较为稳妥的办法是由全国人大常委会作出宪法解释,为合理配置立法资源提供更加明确的规范依据。最后,在目的维度上,应当特别注意党中央的决策部署对宪法目标的塑造和引导作用。宪法的目标条款通常具有较强的抽象性和开放性,能够容纳多种不同的解释方案。规范制定主体在探究宪法目标时,如果某种解释方案能够得到党中央决策部署的支持,就应当优先适用此种方案,确保法律规范与党中央决策部署相一致。^⑫

在形式合宪性的基础上,实质合宪性重在审查法律规范的合理性。由于不同国家的宪法实践和价值取向各有特色,因此实质合宪性的审查标准不尽相同。前已述及,对此可以从本国的宪法文本、司法判例和理论学说等领域进行提炼和归纳。虽然我国没有司法性的宪法判例,但从全国人大常委会的合宪性审查实践来看,比例原则的影响愈发明显。全国人大法律委员会在审议法律草案的实践中所采用的方法和比例原则“在目标上、方法上、价值取向上有着异曲同工之妙”^⑬,全国人大常委会法工委法规备案审查室关于合宪性审查标准的解读也与比例原则相契合^⑭。在理论界,针对我国宪法没有明确规定比例原则的现实,有不少学者论证它已经蕴含于相关宪法条款之中。^⑮由此可见,依据比

⑩ 参见易有禄:《全国人大常委会基本法律修改权行使的实证分析》,载《清华法学》2014年第5期,第122页。

⑪ 参见沈春耀:《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国人民法院组织法(修订草案)〉审议结果的报告》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2018年第6号,第747页。

⑫ 参见李忠夏:《合宪性审查制度的中国道路与功能展开》,载《法学研究》2019年第6期,第13页。

⑬ 前注④,邢斌文,第182页。

⑭ 参见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。

⑮ 参见陈征:《论比例原则对立法权的约束及其界限》,载《中国法学》2020年第3期,第148-150页;范进学:《论宪法比例原则》,载《比较法研究》2018年第5期,第112-114页;刘权:《比例原则的中国宪法依据新释》,载《政治与法律》2021年第4期,第74-78页。

例原则进行实质合宪性审查在我国具备一定程度的理论和实践基础。对此,笔者认为,比例原则可以作为实质合宪性的审查工具,但将其直接规定为一项宪法原则为时尚早。

比例原则之所以可以成为审查工具,是因为它重在价值判断的分析结构可以较好地起到规范权力的作用。对此,以色列最高法院前院长阿哈龙·巴拉克精练地指出,“被选中的方法不仅要接受它们与它们所欲实现目标之关系的审查,还要接受它们与宪法权利之关系的审查”“只有同时通过了双重审查的方法才会被认为是合理的”。^{⑦⑥}之所以不宜将其规定为宪法原则,是因为比例原则在我国的实体内涵仍在发展之中。虽然从起源上看比例原则的核心内涵是保障基本权利,但在法律规范制定领域,某些规范与基本权利并不直接发生关联,却同样可以成为比例原则的适用场域。例如,针对全国人大及其常委会创设的改革型地方立法变通机制,有学者主张应当运用比例原则加以审查,以促进改革与法治的良性互动。^{⑦⑦}在宪法实践有待进一步发展的情况下,仓促赋予比例原则宪法地位反倒会限制其适用范围。因此,在事中审查领域,可以把比例原则的定位从实体论层面的基本原则转变为方法论层面的操作规程,^{⑦⑧}将其视为“一套可供理性操作和论辩的思维工具”^{⑦⑨},引导相关主体按照特定步骤开展审查,根据规范是否违反具体的宪法条款而非比例原则本身得出审查结论。

作为比例原则的三项子原则,适当性、必要性和均衡性原则的适用“既涉及价值判断,也涉及事实判断”^{⑦⑩}。鉴于功能性审查已经在事实层面对法律规范的有效性得出了初步结论,所以在实质审查阶段,比例原则应当主要在价值层面展开。具体而言,适当性原则要求规范的手段与目的之间存在合理关联,这在性质上属于事实判断,应当尊重功能性审查的结论。在必要性原则层面,应当重点审查规范所选择的最小损害手段能否通过宪法检验,因为某些手段虽然从事实上来看造成的损害最小,但这种损害可能在宪法上仍然是不可接受的。^{⑦⑪}在均衡性原则层面,应当重点审查被选中的规范手段是否会对其他同样受宪法保护的权利或价值造成不利影响。按照阿列克西作为“最优化命令”的原则理论,一项原则受到损害或者无法实现的程度越大,另外一项原则得到实现的重要性应当越大,否则就违反了均衡性原则。^{⑦⑫}

(四) 以宪法为导向的审查程序之建构

在厘清了审查主体和标准之后,接下来的问题是如何使标准得到完整准确的执行。和域外国家相比,我国的规范制定过程同样不乏各种利益诉求的碰撞,但不同之处在于,

^{⑦⑥} See Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, translated by Doron Kalir, Cambridge University Press, 2012, p.132.

^{⑦⑦} 参见王建学:《改革型地方立法变通机制的反思与重构》,载《法学研究》2022年第2期,第44-48页。

^{⑦⑧} 参见蒋红珍:《比例原则适用的范式转型》,载《中国社会科学》2021年第4期,第115页。

^{⑦⑨} 郑晓剑:《比例原则在现代民法体系中的地位》,载《法律科学》2017年第6期,第104页。

^{⑦⑩} 杨登杰:《执中行权的宪法比例原则——兼与美国多元审查基准比较》,载《中外法学》2015年第2期,第373页。

^{⑦⑪} 参见李忠夏:《航空安全法案》,载张翔主编:《德国宪法案例选释:基本权利总论》,法律出版社2012年版,第250-251页。

^{⑦⑫} See Robert Alexy, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, Ratio Juris, Vol.16:131, p.136 (2003).

坚持中国共产党的集中统一领导是我国规范制定活动的突出特征。习近平总书记指出:“各有关方面都要从党和国家工作大局出发看待立法工作,不要囿于自己那些所谓利益,更不要因此对立法工作形成干扰。”^{⑧3}党的十八届四中全会明确提出“使每一项立法都符合宪法精神”^{⑧4}。这就要求各相关主体在规范制定过程中的博弈不能以违反宪法为代价。据此,我国的事中审查程序应当致力于把党的要求落实为具体的制度约束,根据规范制定过程的特征,明确规范在不同阶段的审查主体、审查重点以及违反宪法的处理方法,尽可能提高规范上的审查主体得出的最终审查结论的科学性。

具体而言,为了充分发挥不同类型审查主体的比较优势,避免起草和审议机构因双重审查标准的羁绊而进退失据,可以先适用功能性标准,再适用规范性标准。在起草阶段,主要由起草机构进行功能性审查。如果遇到影响功能性标准适用的规范性问题,可以咨询同级专业性审查主体。如果起草机构认为草案已经符合功能性标准,可以将其提交审议。

在审议阶段,需要根据法律规范的不同类型采取不同的审查步骤。就法律而言,我国实行由全国人大宪法和法律委员会统一审议法律草案的制度,全国人大其他专门委员会可以提出审议意见。在不改变既有制度的条件下,可以由法律所涉领域的专门委员会负责功能性审查。为避免重复审查并尊重起草机构在立法事实问题上的专业优势,审议阶段的功能性审查可以分两类进行。对于源自全国人大常委会立法规划或年度立法计划的法律草案,其起草工作通常得到国务院部门乃至全国人大专门委员会的支持,在审议阶段无需再进行全面的功能性审查,可以重点审查起草机构选择的审查方法是否合理、该方法所需的各项信息是否全面以及据此而进行的论证是否充分。对于除此以外的其他法律草案,相关起草工作通常缺少稳定支持,在审议阶段仍需接受全面的功能性审查。功能性审查报告形成之后,交由全国人大宪法和法律委员会作后续处理。宪法和法律委员会的规范性审查可以和上述功能性审查同步进行。以功能性审查报告和规范性审查结论为基础,宪法和法律委员会形成统一的合宪性审查报告,将其作为草案审议结果报告的必要组成部分。在正式提出审议报告之前,如果宪法和法律委员会认为双重审查标准的适用存在冲突,可以先与其他专门委员会沟通解决,否则就应当在审议报告中作出说明,提请全国人大或全国人大常委会审查处理。

就地方性法规、经济特区法规、浦东新区法规、海南自由贸易港法规、自治条例和单行条例而言,它们的制定程序与法律基本一致,地方人大法制委员会与其他专门委员会的分工可以参照上述思路执行。此外,对于需要经过批准才能生效的设区的市地方性法规、自治条例和单行条例以及涉及应当制定法律或行政法规事项的海南自由贸易港法

^{⑧3} 习近平:《全面推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法》(2013年2月23日),载习近平:《论坚持全面依法治国》,中央文献出版社2020年版,第20页。

^{⑧4} 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过。

规,批准主体宜尊重制定主体对事实问题的判断,主要由其内部的专业性审查主体从规范性层面进行审查。

就行政法规、军事法规和监察法规而言,国务院、中央军委和国家监察委员会的法制工作机构负责对草案的功能性和规范性进行一体审查,但双重审查标准的适用同样可以依次展开。可以先适用功能性标准并提出审查评估报告,在此基础上再适用规范性标准,进而形成关于草案合宪性的报告。如果发现双重标准的适用存在冲突,可以先与起草单位或其他相关部门协商解决,否则就应当提请国务院、中央军委召开常务会议或者国家监察委员会召开全体会议审查处理。

就全国人大及其常委会的立法性决定以及国务院的决定和命令而言,其调整范围相对较小,所涉关系相对简单,可以分别由全国人大宪法和法律委员会、司法部直接运用规范性标准进行审查。

针对在审议过程中发现的合宪性问题,由专业性审查主体结合综合性审查主体的意见作出相应处理。第一,如果草案不符合功能性标准或者目的不合宪,可以建议提案主体撤回。第二,如果草案不符合形式合宪性之权限标准,可以建议提案主体转交或者在其职权范围内直接转交有权机关处理。第三,如果草案不符合形式合宪性之程序标准,可以将草案退回违反程序的上游环节,建议相关机构予以补正。第四,如果草案不符合实质合宪性之必要性和均衡性标准,可以建议提案主体修改或者在其职权范围内直接予以修改。如果上述处理意见未被提案主体接受,可以由专业性审查主体建议规范上的审查主体不予表决通过。

五、结 语

为贯彻落实党中央关于推进合宪性审查工作的决策部署,全国人大常委会自2018年以来愈发重视事中审查工作,^⑧事中审查从幕后走到台前,开始以“看得见”的方式发挥作用。然而本文的分析表明,在我国除了法律之外,还有多种类型的法规、自治条例、单行条例和规范性文件需要接受事中审查,这在客观上要求不同类型的主体各负其责,加强沟通协作,在宪法设定的框架内实现规范目标。虽然《宪法》《立法法》和其他相关规范为事中审查提供了依据,但总体而言比较笼统和抽象,在审查对象、主体、标准和程序等核心问题上缺少充分的指引或保障,不利于事中审查工作的有序开展。因此,提供更加具体、明确和系统的规范依据是推动事中审查迈向制度化的关键步骤。鉴于事中审查工作分散在多个国家权力系统中,在法律层面健全其规范依据是最为理想的办法,但考虑到我国的相关实践仍在探索阶段,还没有形成成熟稳定的做法,所以不宜操之过急,可以采取循序渐进的“三步走”策略。首先,由全国人大常委会、国务院、中央军委

^⑧ 参见沈春耀:《健全保证宪法全面实施的体制机制》,载《中国人大》2019年第22期,第14页。

和国家监察委员会分别在各自系统内制定关于事中审查的指导性文件,明确各级规范制定主体和相关参与机构开展合宪性审查的职责、对象、标准和程序,逐步积累经验。其次,在全国人大常委会主导下,制定专门针对事中审查的规范性文件,以此统一各系统的做法。最后,总结事前、事中和事后审查各自的基本规律,制定合宪性审查程序法,为在法律规范动议、制定和实施的全过程开展合宪性审查提供坚实的法律保障,推动形成有中国特色的法律规范合宪性审查制度体系。

Abstract: In China's full coverage style of constitutional review system, interim review is a main way to implement the constitution during drafting and deliberation processes of legal norms. Past interim review practices in China were fragmented and therefore it is necessary to build the interim review system from aspects of objects, subjects, standards and processes. On the basis of comparative law and combining China's constitution and related laws, it is clear that there are many kinds of legal norms to be reviewed. Besides laws, different kinds of statutes, autonomous and specific regulations and some normative documents are also review objects. As a response to this situation, it is useful to classify related authorities and institutions as different types of review subjects and provide conditions for fully playing their roles. Constitutionality of proposed legal norms should be improved from both functional and regulative perspectives so that objectives of these norms can be achieved within the constitutional boundary. During the process of interim review, review tasks can be distributed according to comparative advantages of different subjects and handling methods of unconstitutional norms should also be defined in advance. In order to make system building of interim review well-organized, it is better to provide a sturdy normal basis for it.

(责任编辑:强梅梅)