

国家文化义务履行的合宪性审查机制

任喜荣*

内容提要 我国的宪法审查机制在整体上表现出不活跃的特征,法规备案审查主要是“合法性审查”而尚无“合宪性审查”的实例、具备宪法效力的宪法条文个案解释阙如、通过“合宪性宣告”实现对法律的合宪性解释现象突出。由于文化内涵的模糊性和文化领域的广泛性,实践中国家文化权力的裁量空间巨大,合宪性判断缺失的现状在文化领域表现突出。成熟的宪法解释以及活跃的司法裁判说理是破解制度难题的发展方向。但是,从目前的情况看,不论是宪法条文本身,还是司法实践都存在一系列问题,不能有效“激活”合宪性审查机制,严重制约了宪法的实施效果,削弱了宪法的权威性。如何在人民代表大会制度框架下“激活”我国宪法审查机制需要做深入的理论研究。

关键词 宪法解释 合宪性审查 合法性审查 国家文化义务 文化权利

由于缺乏高效、有活力的宪法审查机制而导致的宪法权威性不足,在我国早已备受关注和批评。宪法审查机制的“备而不用”,即宪法虽然设计了对于普通立法和国家公权力行为的合宪性审查,但却从未作出违宪判断的制度运行现状,成为我国宪法实施不充分的重要制度表征。如何激活宪法审查,但又不至于使获得民主同意的立法和重大决策面临经常的挑战,在现有制度模式基础上形成一种“适度活跃”的审查机制,是宪法和法律委员会设立后解决我国宪法实施困境的有益探索。

19 世纪中叶以来,中国一直处在转型当中。在 100 多年的时间里,中国社会实现了从一个信奉儒家传统的封建帝国向社会主义市场经济国家的巨变。由于社会制度的变革远远快于思想观念的变革,国家发展所需要的思想观念的支撑往往需要自上而下的塑造和推动,因此国家在文化上秉持建构主义的理论立场^①,就成为中国近代化以来一以贯之的政治文化现象。从 20 世纪初期的“再造文明”^②,到 21 世纪初期的“深化文化

* 吉林大学理论法学研究中心、吉林大学法学院教授。本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“合宪性控制的理论与实践”(项目批准号:16JJD820006)的研究成果。

① 有学者将其概括为“文化唯理主义”,参见黄明涛《公民文化权利研究》,中国政法大学出版社 2015 年版,第 83 页。

② 1919 年,胡适发表了《新思潮的意义》一文,提出“新思潮的唯一目的是再造文明”。参见胡适《胡适文集》(第 1 卷),施玮等整理,北京燕山出版社 1995 年版,第 54 页。

体制改革”^③,事实上都是这一历史惯性的产物。本文基于中国社会这一特殊的历史进程,以国家文化权力的积极履行为例,分析其中隐含的合宪性审查需求。不论是对相关宪法条款的内在冲突及其解释困境的分析,还是对司法裁判说理混乱的实证分析,都一再反映了中国当下回应不足的合宪性审查实践,亟需在理论上探寻激活我国宪法审查机制的制度关键并加以完善。

一、国家文化义务履行需要进行合宪性审查

当代中国文化建构主义的立场在宪法条文中的表现鲜明。一方面,宪法中的文化条款数量较多^④,另一方面,宪法文化条款的内在逻辑结构具有积极的制度建构特征,宪法从宣示文化主权到确定国家基本文化政策,再到确认公民基本文化权利,同时辅之以在国家机构之间配置文化职权,覆盖了文化领域发展所需要的基本制度要素。宪法中的文化条款在逻辑上形成了以公民的文化权利保障和国家的文化义务履行为核心、以国家的基本文化政策为引导、以国家机构的文化职权配置和文化责任承担为支撑,具有鲜明价值立场的文化宪法规范结构。这一规范结构的有效运行依赖于国家文化义务的积极、全面履行。近年来,国家在文化领域的财政投入逐年增加,对公共文化服务领域的投入更是受到重视。^⑤文化领域的相关立法也在迅速完善当中^⑥,国家在文化发展领域的政治责任和社会责任正在加速转变为法定义务。

毫无疑问,国家承担着不可推卸的文化责任,包括:为了保护文化的多样性,国家需要对濒危、弱势、边缘、稀有的文化形态加以特殊的保护;作为文化遗产和文化发展的载体的文化财产需要国家保护;向国民提供普遍的公共文化服务;以及保障公民文化权利的实现,等等。从公民文化权利实现的角度看,国家义务具有多层次性^⑦,人权法学者将其具体划分为尊重义务、保护义务、实现义务、给付义务或促进义务等^⑧。国家在履行文化义务的过程中需要进行合宪性思考,如:国家在文化领域的立法很多具有管制因素,那么文化发展的管制与自治如何平衡?公民的文化权利中既包括社会权利也包括自由权利,如何在保障公民参加文化生活等社会权利的同时,不侵犯公民进行文学艺术创作

③ 《中共中央关于深化文化体制改革推动社会主义文化大发展大繁荣若干重大问题的决定》(2011年10月18日中国共产党第十七届中央委员会第六次全体会议通过),载《求是》2011年第21期。

④ 参见任喜荣《国家基本文化政策条款的规范分析》,载《社会科学战线》2014年第2期。

⑤ 中共中央办公厅、国务院办公厅2015年1月印发了《关于加快构建现代公共文化服务体系的意见》,提出“从基本国情出发,认真研究人民群众的精神文化需求,因地制宜,科学规划,分类指导,按照一定标准推动实现基本公共文化服务均等化,切实保障人民群众基本文化权益,促进实现社会公平。”参见新华社《中共中央办公厅 国务院办公厅印发〈关于加快构建现代公共文化服务体系的意见〉》,载《中华人民共和国国务院公报》2015年第3期。

⑥ 如《电影产业促进法》2016年11月通过,2017年3月开始实施;《公共图书馆法》、《公共文化服务保障法》2016年12月通过,2017年3月开始实施;《文物保护法》、《著作权法》及其配套行政法规也在加紧修订。

⑦ See Asbjørn Eide, *Economic, Social And Cultural Rights, A Textbook*, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 142.

⑧ 参见龚向和、刘耀辉《基本权利的国家义务体系》,载《云南师范大学学报》2010年第1期。

等自由权利?当国家将文化发展的责任转变为法定义务后,在缺乏高效的宪法审查机制的情况下,国家文化义务履行的合宪性如何控制?上述思考并不是毫无意义的,因为:其一,国家对文化发展方向的积极引导,有可能侵犯公民文化发展的自由选择权;其二,国家的文化资源配置政策,有可能导致文化利益的失衡,从而形成文化歧视;其三,国家积极的文化发展战略,在缺乏有效的权力控制机制的情况下,有可能导致政府自由裁量权的空间过大,从而使得义务的不履行或过度履行都没有清晰的法律依据,造成权力的滥用。实践中,文化领域的特殊性加剧了自由裁量权过大的可能性,从而导致合法性审查的空间极其有限,合宪性审查更是难以实施。

(一)文化义务的法律边界不清晰

国家的文化义务是指根据宪法和法律的规定,国家在公共文化服务、公民文化权利保护以及文化财产保护等方面所应承担的义务。根据国家义务的多层次理论,国家对公民文化权利负有尊重的义务、保护的义务、实现的义务以及促进的义务或给付的义务。“不同的国家义务主体对不同的国家义务履行的重点与方式是不同的。”^⑨国家的文化义务设定了国家在文化领域的权力界限,文化义务的严格履行有利于划清国家与社会以及国家与个人在文化发展中的作用空间,从而实现文化自治与国家干预的平衡。然而,国家文化义务的边界并不容易清晰划定。一方面,“文化”的内涵丰富,但凡与人的精神创造、行为模式、生活方式相关联的领域都可以被冠之为“文化”,文化概念具有模糊性和不稳定性,文化上的观念冲突极易形成。虽然为了避免歧义,“文化”这个概念很少单独出现在法律文本中,总是与某种限定词或本身作为一种限定词出现,如“传统文化”“少数民族文化”“社会主义文化”“文化遗产”“文化权利”“文化多样性”等等,但是,这样做除了可以为“文化”限定一个相对稳定的意义空间和可以规范化的社会关系领域外,并没有彻底解决文化概念的模糊性问题。另一方面,宪法关于国家的基本文化政策以及公民文化权利的规定具有概括性,同时又分散在不同的章节,不论是立法裁量、行政执法还是司法救济都无法以之作为直接依据,需要进行系统精致的宪法解释。然而,目前而言,不论是宪法的解释主体、解释原则与解释方法,都还有巨大的理论和实践发展空间。

(二)文化立法与文化执法的裁量空间大

国家机关在文化权力行使的内容、方式、程度等方面的自主性程度高。在保护何种文化权利、如何保护文化权利,特别是在对不同权利的价值平衡过程中,国家机关的裁量权较大。其中,立法机关的裁量权主要通过民主的立法程序和法规的备案审查程序来控制。如为实现对传统文化的塑造,我国的刑法表现出“去伦理化”^⑩的特征。《刑法》中不论是总则部分的罪刑法定原则、法律面前一律平等原则、罪刑相适应原则,还是分则中规定的伪证罪、妨害作证罪以及窝藏包庇罪等,都没有区别对待亲属之间的犯罪

^⑨ 杜承铭《论基本权利之国家义务:理论基础、结构形式与中国实践》,载《法学评论》2011年第2期。

^⑩ 参见孙广坤《亲属相犯行为定罪量刑的介述与思考——基于法与伦理的博弈视角》,载《法律适用》2016年第8期。

和普通人之间的犯罪。这种不考虑人伦亲情的立法立场,与中国传统儒家文化恰成对照,从而具有明显的“反传统”的倾向。中国的现代化过程是一个积极的反传统的过程,新中国建立以来又叠加了社会主义文化的塑造过程。通过立法的去伦理化而反传统,同时树立社会主义文化的主导地位,是当代中国立法的文化选择。然而,法律在去伦理化的同时,也破坏了家庭与社会的和谐,不得不通过司法解释和法律的修改实现对传统伦理的回归。例如在刑事司法实践中,“最高人民法院和最高人民检察院等部门单独或者联合,对亲属相犯行为的定罪量刑先后出台7次司法解释,充分考虑了伦理规范对亲属相犯行为定罪量刑的影响。”^⑪2012年修改后的《刑事诉讼法》第188条第1款确立了证人强制出庭制度,强化了证人出庭义务。同时,“为维系家庭稳定、社会和谐,该条首创亲属拒证权‘出庭豁免’模式,赋予被告人配偶、父母、子女拒绝被强制出庭权。”^⑫这样的修改被评价为:“宣示了人伦亲情普世价值的回归,立足于权利本位赋予亲属证人出庭选择权。”^⑬

文化执法的裁量空间同样巨大。改革开放以来,中国的广播电视行业开始产业化运营。为迎合市场需要,节目低俗、雷同、抄袭、粗糙以及违规引进国外节目的情况比较普遍。2004年以来,国家广电总局对广播电视行业进行了四次集中整治,整治内容涉及凶杀暴力、外国动画片、庸俗的婚恋节目、群众参与度过高的真人秀节目以及电视节目整体的“泛娱乐化”现象等等。^⑭期间出台的一系列限制娱乐节目的制作形式、播出时间、广告插播等内容的规范性文件被概括称为“限娱令”。“限娱令”引发了人们对政府规制与社会自治的关系,以及如何在实现政府管理的同时保障精神自由、文学艺术创作的自由等宪法问题的思考和学术争论。以“限娱令”为代表的国家对文化市场的规制,应客观加以评价,不能简单以新闻媒体的经营自主权或公民的精神自由权加以否定。事实上,经营和使用广播电视的自由不可能是绝对的,应受到宪法和法律的限制,也应该尊重社会的道德和习俗。但是,其中反映出来的国家在文化领域的自由裁量权过高则十分明显。

(三) 公民文化权利与国家文化义务的冲突经常发生

由于文化概念的模糊性和文化领域的广泛性,宪法或法律中的文化规范往往存在内在冲突。在缺乏稳定、高效的宪法和法律解释机制的情况下,有关的国家机关往往获得事实上的解释权,从而可以对权力行使进行合法性或合宪性“推定”。受到影响的公民或其群体无法通过有效的途径就权利是否受到不公平对待进行立法或司法审查,并藉此获得救济。如“孟母堂”事件所引发的人们对个性化传统文化教育在义务教育阶段的禁止的思考。2005年9月,全日制私塾“孟母堂”在上海松江开设,教学内容以读经

⑪ 前引⑩,孙广坤文。

⑫ 谢登科《困境与突破:我国亲属拒证权制度反思》,载《法律科学(西北政法学报)》2015年第4期。

⑬ 前引⑫,谢登科文。

⑭ 参见赵瑜《媒介市场化、市场化媒体与国家规制——从净化荧屏、反三俗和限娱令谈起》,载《新闻大学》2015年第1期。

为主。2006年7月,上海市松江区教育局以“读经教育”与义务教育多学科、全面发展的要求不相符,违反了义务教育法的多项规定为主要理由将其取缔。^⑮“孟母堂”的开办与停办在当时引起了巨大的社会反响和学术争论,该事件也被评为当年的“十大宪法事例”之一。对于地方政府取缔“孟母堂”是否有明确的法律依据问题,学者们的观点是基本一致的,即认为孟母堂的教育行为的确违反了《义务教育法》和《民办教育促进法》的相关规定。^⑯但是,由于这一事件所引申出来的父母的教育选择权问题、儿童的教育自由权问题、国家的权力边界问题却引起了广泛的学术争论。^⑰“孟母堂事件所涉及的公民受教育的权利和义务问题、政府教育行政机关的执法权限问题、《义务教育法》第2条、第4条和第35条的解释问题,无一不是根本性的宪法问题。”^⑱与国家在文化领域的积极建构立场相关,国家在文化权力行使过程中裁量权是否过度行使,从而干预了公民的文化自由权或文化的自主发展,往往会引起较大的争议,需要引入宪法思维和建立有效的合宪性审查机制。

国家文化义务的履行,既涉及最高国家权力机关在文化选择问题上的政治衡量,也涉及中央或地方的行政机关在行政执法中的文化决策。只有跳出普通的立法和司法程序,从合宪性判断的宏观制度视野出发,才能对权力运行的实践有更清晰的认识。对裁量权的行使是否正当的判断,需要从宪法条文的解释入手进行宪法判断。但是,对于文化宪法条款的解释需要系统、精致的解释技术。我国目前极不活跃的宪法解释实践还无法满足合宪性审查的需要。

二、文化宪法条款的内在冲突及其解释困境

我国宪法中的文化条款可以分为三类,即基本文化政策条款、文化权利条款、文化管理权条款。^⑲其中基本文化政策条款的数量最多。^⑳文化的内涵丰富,与国家的政治价值立场、公民的表达自由与宗教信仰自由以及国家的教育责任和公民的受教育权利

^⑮ 参见胡锦涛主编《中国十大宪政事例研究》,中国人民大学出版社2009年版,第263页。

^⑯ 参见张震《我国宪法文本中“受教育义务”的规范分析——兼议“孟母堂”事件》,载《现代法学》2007年第3期。

^⑰ 参见张步峰、蒋卫君《现代私塾“孟母堂”能否见容于法治》,载《法学》2006年第9期;秦强《“孟母堂事件”与宪法文本中“受教育条款”》,载《山东社会科学》2007年第2期;前引⑯,张震文。

^⑱ 前引⑰,秦强文。

^⑲ 这三种类型的文化条款分别规定在第一章总纲、第二章公民的基本权利和义务、第三章国家机构部分。统计来看,中国的宪法文本中有25处使用了“文化”这个概念,2处使用了“精神文明”这个概念,1处使用了“社会主义核心价值观”这个概念。考虑到中国的宪法条文仅有143条并且条文内容不长,“文化”概念的出现频率还是相当高的。

^⑳ 本人曾在此前的一篇文章中细致分析过中国宪法中的基本文化政策条款,认为宪法序言中的第7、11、12自然段比较明显地规定了基本文化政策的内容;宪法总纲第19、20、21、22、23、24条,以及第4条第2款和第4款内容也与文化政策相关;第二章中的第46条和第47条也规定了基本文化政策的内容。具体可分为三种类型的内容:文化发展的指导思想和总体目标条款;以社会主义文化为核心的多元文化发展条款;文化的制度建设以及科学文化活动的鼓励和帮助条款。宪法中的大多数文化条款都是基本文化政策条款。这部分条款所发挥的主要功能是明确规定文化的社会主义发展方向,以及国家在文化发展中的责任。参见任喜荣《宪法基本文化政策条款的规范分析》,载《法学评论》2014年第2期。

等领域交叉重叠。为避免在过于宽泛的意义上分析宪法上的文化规范,本文选取宪法第一章总纲中的第22条和第二章公民基本权利和义务中的第47条加以分析,二者是文化宪法规范体系的核心。

(一)《宪法》第22条释义

《宪法》第22条规定:“国家发展为人民服务、为社会主义服务的文学艺术事业、新闻广播电视事业、出版发行事业、图书馆博物馆文化馆和其他文化事业,开展群众性的文化活动。”“国家保护名胜古迹、珍贵文物和其他重要历史文化遗产。”

首先,通过“事业”这一词语的使用,明确了文学艺术、新闻广播、出版发行、文化场馆建设等社会活动的公共性。在我国的国家治理中,“事业”是一个独特的词汇,与国家的行政管理和企业的生产经营相区别,特指以实现公共利益为目的,非营利,需要由国家提供经费支持的系统性社会活动。《公益事业捐赠法》(1999)、国务院《事业单位登记管理暂行条例》(1998年制定,2004年修订)间接确认了“事业”的特殊含义。^①其次,明确了国家在文化事业发展中的责任主体地位。由于事业本身是指系统性的社会活动,因此,“国家发展”“国家开展”“国家保护”等术语的使用就不仅仅是指财政经费支持那么简单,而应该包括相应的管理机构的设立、事业单位的成立、法律法规的制定、以及其他社会支持系统的建立等等。再次,界定了文化发展的方向,即“为人民服务”“为社会主义服务”“群众性”,传达了关于文化发展的清晰的价值立场,从而使本条与宪法序言中的四项基本原则相互呼应。又次,本条还实现了对文化事业的基本领域的列举,包括:文学艺术、新闻广播、出版发行、图书馆博物馆以及其他“文化事业”。最后,该条第2款将文化遗产保护也纳入国家责任范围,并概要式界定了国家保护的文化遗产类型,即名胜古迹、珍贵文物、重要历史文化遗产。

该条是典型的基本文化政策条款。基本文化政策条款是关于国家文化发展的指导思想、发展目标、文化建设的基本内容、文化发展的基本手段等一般性原则规定条款。该条不仅为宪法第三章国家机构部分对文化管理权的规定打下了基础,同时也成为文化领域立法的宪法文本依据。^②作为基本文化政策条款,该条虽然笼统地将“国家”确定为文化发展的责任主体,但既没有对文化职权在不同的国家机关之间进行配置,也没有对公民的文化权利进行直接确认。该条所发挥的主要规范功能是赋予立法者制度建构

^① 《事业单位登记管理暂行条例》第2条规定“本条例所称事业单位,是指国家为了社会公益目的,由国家机关举办或者其他组织利用国有资产举办的,从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织”《公益事业捐赠法》第3条规定“本法所称公益事业是指非营利的下列事项:(一)救助灾害、救济贫困、扶助残疾人等困难的社会群体和个人的活动;(二)教育、科学、文化、卫生、体育事业;(三)环境保护、社会公共设施建设;(四)促进社会发展和进步的其他社会公共和福利事业。”

^② 《文物保护法》第1条就有规定“为了加强对文物的保护,继承中华民族优秀的历史文化遗产,促进科学研究工作,进行爱国主义和革命传统教育,建设社会主义精神文明和物质文明,根据宪法,制定本法”《著作权法》第1条也规定“为了保护文学、艺术和科学作品作者的著作权,以及与著作权有关的权益,鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播,促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣,根据宪法制定本法。”显然都包含着将宪法中的基本政策条款具体化的立法考量。

的积极义务,逐步实现“为人民服务、为社会主义服务”的国家文化发展义务的制度化 and 规范化。该条缺乏对公民权利和法律后果的清晰界定,因此,并不具有司法救济的直接可能性。如果不与宪法精神、原则以及文化权利条款相结合进行整体解释,以该条为依据,国家在文化发展中的裁量权将难以确定有效的法律边界。

(二)《宪法》第 47 条释义

《宪法》第 47 条规定:“中华人民共和国公民有进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由。国家对于从事教育、科学、技术、文学、艺术和其他文化事业的公民的有益于人民的创造性工作,给以鼓励和帮助。”该条是关于公民文化权利的规定,其中对文化权利性质的界定需要进行解释和论证。

首先,该条前半部分确认公民有进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由权。其中进行科学研究的自由有时被解读为“学术自由”^{②③},进行文学艺术创作的自由有时被解读为“艺术自由”^{②④}。从文字表述上看,这部分的规定将文化权利首先界定为自由权利,同时又隐含了社会权利的界定。具体理由是,通过细致分析条文中包含的“进行……其他文化活动的自由”的规定,可以发现,尽管何为“其他文化活动”宪法条文并没有明确规定,但是,如果结合第 22 条关于文化事业的基本领域的列举,则可能包括从事或参与新闻广播、出版发行、图书馆博物馆文化馆建设及有关活动、以及参与群众性文化活动等。从该表述所包涵的内容看更接近于《经济、社会、文化权利国际公约》第 15 条第 1 款^{②⑤}规定的“参加文化生活的权利”,因此并不完全属于自由权的范围,而是同时具有社会权利的特征。有学者将进行文学艺术创作和其他文化活动的自由统一解读为“艺术自由”^{②⑥},是不全面的。

其次,该条后半部分附条件规定了国家的促进义务,即“国家对于从事教育、科学、技术、文学、艺术和其他文化事业的公民的有益于人民的创造性工作,给以鼓励和帮助”。所谓“附条件”是指该条设定了国家鼓励和帮助的条件,即“有益于人民的创造性工作”。这样的规定方式与第 22 条采用的“为人民服务”“为社会主义服务”等表述方式形成了呼应,同时也与该条前半部分隐含的社会权利属性相一致。

基于对第 47 条的整体分析可以发现,该条虽然没有明确阐述文化权利的社会权利性质,但对文化参与权的规定,以及国家积极的促进义务的规定,则隐含了对文化权利具有自由权与社会权的双重属性的定性。文化权利具有自由权利与社会权利的双重属性,也是宪法学研究中的基本共识。如有学者认为文化权的内容主要有三个方面:科学研究和文艺创作权,文化生活参与权和分享权,文化成果受保护权。其中,“在中国,科

^{②③} 参见王德志《论我国学术自由的宪法基础》,载《中国法学》2012 年第 5 期。

^{②④} 参见张魁《艺术自由的文化与规范面向》,载《政治与法律》2014 年第 6 期。

^{②⑤} 《经济、社会、文化权利国际公约》第 15 条第 1 款规定“本公约缔约各国承认人人有权:(甲)参加文化生活;(乙)享受科学进步及其应用所产生的利益;(丙)对其本人的任何科学、文学或艺术作品所产生的精神上 and 物质上的利益,享受受保护之利。”

^{②⑥} 参见王镔《论文化宪法》,载《首都师范大学学报》(社会科学版)2013 年第 2 期。

研自由和文艺创作属于接近思想自由的范畴。”^{②⑦}也有人认为,“宪法中涉及文化的权利可以分为文化表现权、文化保障权、文化平等权、文化参与权,它们的完满实现构成文化政策法治化的根基。”其中,“文化表现权属于传统自由权的范畴。”^{②⑧}

文化权利的双重性质使得国家义务的多层次性更为明显。一方面,作为自由权的文化权利要求国家严格履行尊重义务,避免对公民文化自由权的过度干预;另一方面,作为社会权的文化权利则要求国家履行积极的保护和促进义务。宪法第47条在概括式确认了作为自由权和社会权双重属性的文化权利之后,又明确规定国家对于“有益于人民的创造性工作,给以鼓励和帮助”,其中后半句可以看作是对前半句的具有中国特色的补充,结果仍然是赋予了国家是否支持文化发展的较大的自由裁量权。

(三) 两个条文的内在紧张关系

两个条文既具有内在的统一性,又包含着冲突的可能,从而形成了内在的紧张关系。

首先,第22条将文化建构主义的价值立场转换成了国家在文化发展上的宪法责任,并提供了巨大的制度建设空间。从文化权利保障的立场看,该条的规定使国家的保护和促进义务实现了宪法上的规范化,有利于作为社会权利的文化权利的发展。第22条与第47条在社会权利的面向上具有内在的统一性。然而,第47条同时确认了文化权利的自由权利属性,由于允许国家“附条件”承担保护与促进的义务,从而有可能降低国家对文化自由权的尊重义务的严格履行,削弱文化权利的自由权利性质。

其次,第47条对于文化权利的社会权利内容,只规定了文化参与权,对于《经济、社会、文化权利国际公约》中所规定的“享受科学进步及其应用所产生的利益;对其本人的任何科学、文学或艺术作品所产生的精神上 and 物质上的利益,享受被保护之利”则没有作出明确规定。由于文化自由权利被削弱,文化社会权利不完整,因此,通过公民文化权利的保障实现限制国家文化权力过度行使的目的,存在诸多困难。

以第22条为代表的基本文化政策条款赋予了国家在文化发展上的巨大的自由裁量空间,国家权力因此得以深度介入文化领域,调控文化关系的发展方向。以第47条为代表的文化权利条款却因为内在的矛盾而减弱了对国家权力的控制能力。文化宪法条文的内在紧张关系,说明孤立地解释和实施其中的一个条文,将可能产生削弱甚至违背其他条文的规范目标的可能性。特别是以第22条为代表的基本文化政策条款既为国家在文化事业发展方面设定了义务,同时也打开了国家权力干预公民的文化选择与文化发展的大门。因此,不论哪个国家机关行使宪法解释权,都需要通过合理的宪法解释原则来对不同的条文内容加以协调,否则就会造成宪法实施的困境。

^{②⑦} 上官丕亮、孟凡壮《文化权的宪法解读》,载《学习与探索》2012年第1期。

^{②⑧} 贾宸浩、相焕伟《宪法上的文化权利:我国文化政策法治化的根基》,载《山东大学学报》(哲学社会科学版)2014年第3期。

三、文化权利条款在裁判说理中的解释混乱

文化宪法条款的内在冲突及其解释困境,反映到司法实践中就表现为裁判说理的混乱。我国各级法院并没有被赋予宪法解释权,实践中最高人民法院也多次在有关司法解释和规范性文件中明确规定法院不得引用宪法作为裁判依据。^{②9} 2016年,最高人民法院在《人民法院民事裁判文书制作规范》(法〔2016〕221号)的“裁判依据”部分规定:“裁判文书不得引用宪法和各级人民法院关于审判工作的指导性文件、会议纪要、各审判业务庭的答复意见以及人民法院与有关部门联合下发的文件作为裁判依据,但其体现的原则和精神可以在说理部分予以阐述。”这以规范性文件的形式确认了使用宪法作为说理依据的正当性。尽管如此,目前的裁判数据分析表明,法院只有在极少数情况下才会援引宪法进行裁判说理甚至直接适用宪法条文裁判案件,其中,以宪法作为判决依据的案例2015年有10件,2016年有19件,援引宪法作为裁判说理依据的数量稍多,但每年也仅有一两百件。^{③0} 在《人民法院民事裁判文书制作规范》出台前,以宪法第47条规定的文化权利作为说理依据的司法判决可以找到少量的实例。这些判决在说明宪法一直活跃于司法实践中的同时,也揭示了法院在运用宪法的“原则或精神”进行说理时的“随意”性。本文选取四个案例加以说明。

在贵州省赤水市人民法院1991年3月19日就《周西成演义》一书名誉权纠纷案做出的关于胡骥超、周孔昭、石述成诉刘守忠、《遵义晚报》社侵害名誉权纠纷案的判决^{③1}中,判决在说理部分提出:“文学艺术创作是公民的自由,国家对公民在文学、艺术事业中有益于人民的创造性工作,给以鼓励和帮助。公民在行使文学艺术创作自由的权利时,不得损害其他公民的合法的自由和权利。”这一论证明显依据《宪法》第47条和第51条,但只是截取了第47条中的“文学艺术创作的自由”,并且用“文学艺术创作的自由”替代了第51条中的“自由和权利”,缩小了对两个条款的解释,且没有提及与宪法的关联。

^{②9} 最高人民法院在1955年的《关于在刑事判决中不宜援引宪法作论罪科刑的依据的复函》中明确反对各级法院在刑事判决中引用宪法,其后在1986年《最高人民法院关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件的批复》中,以及在2009年的《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》(法释〔2009〕14号)中都没有规定法院可以援引宪法进行裁判。

^{③0} 参见邢斌文:《2015年中国法院援引宪法观察报告》《2016年中国法院援引宪法观察报告》,载 <http://xingbinwen.fydz.cn/b/884888>, <http://xingbinwen.fydz.cn/b/923464>, 最后访问时间:2018年7月8日。

^{③1} 参见《最高人民法院公报》1992年第2期。

案例名称	判决日期或案件字号	与《宪法》第 47 条相关的说理	援引《宪法》第 47 条的方式	是否同时援引其它《宪法》条文
案例 1 胡骥超、周孔昭、石述成诉刘守忠《遵义晚报》社侵害名誉权纠纷案	贵州省赤水市人民法院 1991 年 3 月 19 日判决	文学艺术创作是公民的自由，国家对公民在文学、艺术事业中有益于人民的创造性工作，给以鼓励和帮助	间接援引《宪法》第 47 条；使用了“文学艺术创作自由”概念；未明确与《宪法》的关联	同时间接援引《宪法》第 51 条：公民在行使文学艺术创作自由的权利时，不得损害其他公民的合法的自由和权利

在葛长生诉洪振快名誉权、荣誉权纠纷案中，一审和二审法院都依据宪法进行了说理，但说理的方式却有所差别。一审法院认为：“学术自由、言论自由以不侵害他人合法权益、社会公共利益和国家利益为前提。这是我国宪法所确立的关于自由的一般原则，是为言论自由和学术自由所划定的边界。任何公民在行使言论自由、学术自由及其他自由时，都负有不得超过自由界限的法定义务。”^⑫判定被告对“狼牙山五壮士”名誉的损害成立，应当承担侵权责任。二审法院维持了一审法院的判决，但是针对有关“学术自由”的阐述有所变化：“关于洪振快上诉提出的言论自由、学术自由及与人格权利冲突的平衡问题，本院认为，我国现行法律保护公民言论的自由和进行科学研究的自由，同样也保护公民的人格尊严不受侵犯，保护公民享有的名誉、荣誉等权益。公民享有法律规定的权利，同时也必须履行法律规定的义务，包括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。”^⑬二审法院没有明确指出宪法的规定，但所运用的表述方式，则更接近于《宪法》第 47 条和第 51 条的表述。从该案一审判决的说理来看，其中的“言论自由”应该是来自于第 35 条，而“学术自由”则明显引申自第 47 条的“科学研究的自由”。我国宪法条文中没有“学术自由”的文本规定。尽管宪法第 47 条关于科学研究的自由可以解释出“学术自由”的含义，但“学术自由”的含义显然广于科学研究的自由；言论自由、出版自由等与“学术自由”的含义也有重合。从该案二审判决的说理来看，似乎明显意识到了这个问题，用“科学研究的自由”取代了一审说理中的“学术自由”，回到了更接近宪法文本的表述方式。

^⑫ 北京市西城区人民法院(2015)西民初字第 27841 号民事判决书。

^⑬ 北京市第二中级人民法院(2016)京 02 民终 6272 号民事判决书。

案例名称	判决日期或案件字号	与《宪法》第 47 条相关的说理	援引《宪法》第 47 条的方式	是否同时援引其他《宪法》条文
案例 2 葛长生诉洪振快名誉权、荣誉权纠纷案	一审： 北京市西城区人民法院民事判决书，(2015)西民初字第 27841 号	学术自由、言论自由以不侵害他人合法权益、社会公共利益和国家利益为前提。这是我国《宪法》所确立的关于自由的一般原则，是为言论自由和学术自由所划定的边界	间接援引《宪法》第 47 条；使用了“学术自由”概念；明确与《宪法》的关联	同时间接援引《宪法》第 35 条、第 51 条；学术自由、言论自由以不侵害他人合法权益、社会公共利益和国家利益为前提
	二审： 北京市第二中级人民法院民事判决书，(2016)京 02 民终 6272 号	现行法律保护公民言论的自由和进行科学研究的自由	使用了“科学研究的自由”概念；避免了与《宪法》的关联	几乎照抄《宪法》第 33 条第 4 款、第 51 条；避免与《宪法》关联

实践中，还能够看到从第 47 条中归纳出“创作自由”的判决。

在彭德初等诉肖耀庭名誉权纠纷案^⑤中，判决书说理部分阐述：“我国宪法保护公民的创作自由，允许小说可以以真人真事为原型，直接或间接地反映现实生活。但公民在行使文学艺术创作自由的权利时，不得损害其他公民合法的自由和权利。”

在北京慧鑫盛世国际贸易发展有限公司与上海追得贸易发展有限公司侵害著作权纠纷上诉案^⑥中，判决书在说理部分论述到：“创作行为的法律基础并非其利用内容的权利人的许可，而在于宪法中规定的作为言论自由或表达自由中的重要内容之一——创作自由。因此，创作中如利用了他人合法权利指向的客体（如作品、肖像等），并不会导致创作行为‘无效’。”两个案例对“创作自由”的理解不同。案例 3 将“创作自由”作为“文学艺术创作的自由”的权利类型的概括。而案例 4 却将“创作自由”作为“言论自由或表达自由中的重要内容之一”。事实上，“创作自由”不是一个严谨的宪法权利类型的概括。宪法第 47 条虽然使用了“进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由”，但宪法学者对于该条的研究，从未单独使用“创作自由”来对其中的权利类型加以概括。^⑦

^⑤ 湖南省临澧县人民法院(2011)临民一初字第 131 号民事判决书。

^⑥ 北京知识产权法院(2015)京知民终字第 00392 号民事判决书。

^⑦ 参见前引^②，王德志文；前引^④，张慰文；周叶中主编《宪法》，高等教育出版社 2011 年版，第 267 页；许崇德主编：《中国宪法》，中国人民大学出版社 2010 年版，第 328-329 页。

案例名称	判决日期或案件字号	与《宪法》第 47 条相关的说理	援引《宪法》第 47 条的方式	是否同时援引其他《宪法》条文
案例 3 彭德初等诉肖耀庭名誉权纠纷案	湖南省临澧县人民法院民事判决书, (2011) 临民一初字第 131 号	我国《宪法》保护公民的创作自由, 允许小说可以以真人真事为原型, 直接或间接地反映现实生活	间接援引《宪法》第 47 条; 使用了“创作自由”概念; 明确与《宪法》的关联	同时间接援引《宪法》第 51 条: 公民在行使文学艺术创作自由的权利时, 不得损害其他公民合法的自由和权利
案例 4 北京慧鑫盛世国际贸易发展有限公司与上海追得贸易发展有限公司侵害著作权纠纷上诉案	北京知识产权法院民事判决书, (2015) 京知民终字第 00392 号		没有援引《宪法》第 47 条; 使用了“创作自由”概念; 明确与《宪法》的关联	间接援引《宪法》第 35 条: 创作行为的法律基础并非其利用内容的权利人的许可, 而在于《宪法》中规定的作为言论自由或表达自由中的重要内容之一——创作自由

上述四个案例中, 前三个案例都将第 47 条与第 51 条结合适用, 重心在于第 51 条的权利限制内容, 为案件败诉方承担法律责任提供论证依据。只有案例 4 从权利本身出发论证。上述四个案例虽然都运用了第 47 条进行说理, 但都没有涉及本文第三部分所探讨的第 22 条与第 47 条以及第 47 条本身的内在冲突问题。

上述情况说明, 虽然司法实践中一直存在引用宪法作为说理依据的内在动力, 但由于缺乏宪法的明确授权, 缺乏宪法解释程序和规则的明确依据, 法院对宪法的“适用”不仅混乱, 而且包含着“滥用”的可能。虽然我国法院适用宪法还处在“犹抱琵琶半遮面”的状态, 但由于尚未发展出成熟的宪法解释程序和解释技术, 从而已经隐藏了可以预见的危险, 由此不难理解, 为什么说问题的症结已经不是应否允许法官造法, 而是如何对其造法行为予以控制。

四、回应不足的合宪性审查机制运行

宪法条文的内在紧张关系可以通过宪法解释权的行使得到缓解, 在矛盾无法调和时甚至可以通过修宪得到最终的调整。司法裁判说理的混乱也可以通过系统、权威的宪法解释来避免。但是, 合宪性审查机制的实际运行不能充分回应上述实践需求, 基本

上处于“备而不用”的“虚置”状态。

我国宪法明确将宪法解释权和宪法监督权赋予全国人大及其常委会,同时要求地方各级人民代表大会在本行政区域内保证宪法、法律、行政法规的遵守和执行。^{③7} 上述规定决定了我国是立法审查的违宪审查模式。由于还没有制定专门的宪法解释程序法,目前关于违宪审查程序的有关规定,主要依据《立法法》第99条至第102条的规定。《立法法》第99条规定,国务院,中央军事委员会,最高人民法院,最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会,以及除此之外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,都可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求或建议,现实中也的确发生过普通公民建议全国人大常委会进行违宪审查的实例^{③8}。但是,自《立法法》2000年实施以来,全国人大常委会从未正式启动违宪审查程序。自1954年宪法制定以来,全国人大常委会从未做出过“关于某某宪法条文的解释”^{③9},也从未针对备案审查的具体法律法规正式做出过全部或部分违宪的决定。合宪性审查机制整体上不活跃。

(一) 法规备案审查主要是“合法性审查”尚未进行“合宪性审查”

对备案的法规进行审查是宪法法律赋予人大的一项重要监督职权,法规备案审查制度是我国宪法监督制度的重要内容,是具有中国特色的一项宪法性制度设计。^{④0} 备案审查制度日益受到重视,2017年12月24日全国人大常委会首次审议备案审查工作情况报告。“有件必备”“有备必审”“有错必纠”^{④1}成为备案审查的原则。备案审查制度发挥日益重要的作用,根据全国人大常委会法制工作委员会主任沈春耀在《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于十二届全国人大以来暨2017年备案审查工作情况的报告》中统计,十二届全国人大以来,截至2017年12月上旬,常委会办公厅共接收报送备案的规范性文件4778件,收到公民、组织提出的各类审查建议1527件,其中属

^{③7} 《宪法》第62条规定,全国人民代表大会有权修改宪法、监督宪法的实施;《宪法》第67条规定,全国人民代表大会常务委员会有权解释宪法,监督宪法的实施;第99条规定,地方各级人民代表大会在本行政区域内,保证宪法、法律、行政法规的遵守和执行;第131条规定,人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

^{③8} 时间稍远一些的如2003年5月许志永、俞江、滕彪三位法学博士向全国人大常委会提出审查《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》的建议;时间近一些的如2016年律师苗永军提出的“附条件逮捕”制度的审查建议、2017年108位知识产权专业研究生提出的对有关著名商标的地方立法进行审查的建议等。根据公开资料,2013年至2017年5年里,全国人大常委会法工委共对121件行政法规、125件司法解释进行了主动审查,对1496件公民、组织提出的审查建议进行了被动审查,并对上千件地方性法规进行了有重点的专项审查研究。

^{③9} 尽管根据有些学者的分析,全国人大常委会事实上通过不同的形式行使着宪法解释权。参见胡锦涛、王丛虎《论我国宪法解释的实践》,载《法商研究》2000年第2期;周伟《宪法解释案例实证问题研究》,载《中国法学》2002年第2期。

^{④0} 参见信春鹰《加强备案审查制度和能力建设完善宪法法律监督机制》,载 http://www.npc.gov.cn/npc/bmzz/llyjh/2016-06/06/content_1991128.htm,最后访问时间:2017年12月16日。

^{④1} 参见朱宁宁《备案审查:有件必备、有备必审、有错必纠》,载《中国人大》2017年第19期。

于全国人大常委会备案审查范围的有1206件。通过审查,地方性法规中“扣留非机动车并托运回原籍”的行政强制规定被修改;最高检有关“附条件逮捕”的司法解释2017年4月停止执行;地方性法规中关于政府投资和以政府投资为主的建设项目的审计结果作为工程竣工结算依据的规定被清理;要求地方对地方性著名商标制度依照上位法进行清理,等等。^⑫ 备案审查工作可谓成效显著。

根据《宪法》和《立法法》的规定,对备案法规的审查,既包含合法性审查,也包括合宪性审查。但是,从目前法规备案审查制度的运行实际来看,都只是在进行“合法性审查”,尚无“合宪性审查”实例。合宪性审查与合法性审查具有重大区别,前者是基于宪法解释基础上的审查,后者是基于法律解释基础上的审查。没有合宪性审查即意味着我国的宪法解释实践仍然处于极度不活跃的状态。

(二) 具备宪法效力的宪法条文个案解释阙如

我国目前简略的宪法解释程序机制主要参照民主的立法程序。该程序虽然有利于多元利益的协调和整合,但从实践来看,却使宪法解释基本虚置。最高权力机关更愿意选择修改宪法或进行立法,而不是宪法解释。韩大元教授曾指出:“在20多年的社会改革进程中我们面临过许多需要运用宪法解释权解决的宪法问题,客观现实的发展也提出过启动宪法解释程序的契机。但在具体的宪法运行过程中我们没有对宪法解释权在社会变革中的功能给予必要的关注,而是不适当地强调了宪法修改权的功能。”^⑬我国现行宪法自颁布以来已进行5次修改,颁布了52条宪法修正案,修改的频率较高。在缺乏活跃的宪法解释的前提下,通过将宪法中的原则性规定法律化的方式,也成为宪法实施的重要方式。林彦教授分析了我国宪法主要通过立法,即宪法的法律化的形式加以发展的事实,并分析了这种制度选择的四个原因,包括:立法过程遭遇的各种阻力相对小;全国人大的立法在很大程度上与宪法修正案具有民主同质性;与消极的、一事一议式的宪法解释或违宪审查制度相比,积极的、体系性的立法更容易赢得共识且制度构建的效率也更高;全国人大及其常委会的立法极少受到制度化的监督。^⑭

我国文化立法的发展印证了上述判断。宪法中的基本文化政策条款目前主要通过发挥对国家政策的指导原则功能、资源配置功能、立法审查功能以及责任主体的界定功能,发挥规范效力。^⑮ 从其规范效力的作用方向来看,主要是立法指向的,即“主要发挥对立法机关的拘束力,通过课予立法者制度建构的义务,实现基本政策的制度化”^⑯。我国目前制订了大量的文化立法,这个过程还在加快。全国人大及其常委会2015年初至

^⑫ 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十二届全国人大以来暨2017年备案审查工作情况的报告》,载《中国人大》2018年第1期。

^⑬ 韩大元《“十六大”后须强化宪法解释制度的功能》,载《法学》2003年第1期。

^⑭ 参见林彦《通过立法发展宪法——兼论宪法发展程序间的制度竞争》,载《清华法学》2013年第2期。

^⑮ 参见前引④,任喜荣文。

^⑯ 前引④,任喜荣文。

2016 年底,分别对《民办教育促进法》《体育法》《档案法》《高等教育法》《教育法》《促进科技成果转化法》《文物保护法》《义务教育法》等 8 部法律进行了修改,其中有较多内容涉及到文化发展。2017 年制定了《图书馆法》《公共文化服务保障法》《电影产业促进法》三部文化领域的立法。2018 年 4 月通过的《英雄烈士保护法》虽然主要是关于英雄烈士优抚制度的规定,但是也体现了鲜明的文化发展方向。^{④7}文化立法在快速发展的同时,宪法中的基本文化政策条款以及文化权利条款既没有进行过宪法解释,也没有关于文化立法的合宪性审查发生。

尽管通过修宪、立法(包括修法)使得中国的宪法实施维持着一个相对健康的状态,但缺乏有活力的宪法解释和违宪审查,却严重削弱了合宪性控制机制的功能,从长远来看会损坏宪法的权威,破坏社会主义法治。事实上,“宪法解释和宪法修改是解决宪法规范与社会现实冲突的基本方式,宪法解释方式更为灵活,有利于节约立法成本,稳定宪法秩序。宪法解释不变动宪法的具体条文,通过明确或调整宪法内涵的方式来弥合宪法规范与社会现实之间的冲突,保持宪法对社会的调整功能。”^{④8}因此,“多元且平衡的发展方式可能更有利于确保我国宪法的长期稳定发展。”^{④9}

(三)通过“合宪性宣告”实现对法律的合宪性解释

全国人大及其常委会既是宪法解释权的主体又是法律制定权的主体,二者的统一使得全国人大的立法具有了“当然的”民主正当性和合宪性。根据《宪法》和《立法法》的规定,全国人大可以改变和撤销全国人大常委会制定的不适当的法律,但是对于全国人大制定的法律的审查则没有任何规定。因此,我国现有的合宪性审查安排并不包含对全国人大所制定的法律的审查。从目前人民代表大会的运行逻辑出发,全国人大是最高国家权力机关,拥有修宪权、宪法解释权、宪法监督权、立法权,对于法律的合宪性质疑,只需要启动法律的修改程序或解释程序,就可以解决问题,而不需要对法律是否合宪进行判断。全国人大所制定的许多法律中,都有“根据宪法制定本法”的表述,有学者提出:“‘根据宪法,制定本法’内含两层规范结构,即立法权源法定和法源法定”。^{⑤0}考虑到全国人大本身便具有宪法解释权,因此,这样的规定本身也是一种合宪性的宣告。如《著作权法》第 1 条规定:“为保护文学、艺术和科学作品作者的著作权,以及与著作权有关的权益,鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播,促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣,根据宪法制定本法。”下位阶的立法虽然不会直接宣告自己的合宪性,但也往往明确规定上位法依据,宣告合法性,进而增加合宪性的程度。国务院制定的《著作权法实施条例》(2002 年 8 月 2 日国务院令第 359 号)第 1

^{④7} 该法第 1 条明确宣布“为了加强对英雄烈士的保护,维护社会公共利益,传承和弘扬英雄烈士精神、爱国主义精神,培育和践行社会主义核心价值观,激发实现中华民族伟大复兴中国梦的强大精神力量,根据宪法,制定本法。”

^{④8} 韩大元《论当代宪法解释程序的价值》,载《吉林大学社会科学学报》2017 年第 4 期。

^{④9} 前引^{④4},林彦文。

^{⑤0} 叶海波《“根据宪法,制定本法”的规范内涵》,载《法学家》2013 年第 5 期。

条规定:“根据《中华人民共和国著作权法》,制定本条例。”此种合宪性或合法性宣告从辩证的角度进一步反映了合宪性判断的不活跃。

五、通过解释“释放”合宪性审查的活力

中国并不缺乏作为制度整体的合宪性审查,缺少的只是能够及时回应现实需求的、有活力、高效的合宪性审查机制。合宪性审查机制不需要重新建构,但是需要“破题”和“激活”,以释放现有制度的活力。从目前的实践看,由全国人大及其常委会概括行使宪法监督权,造成了合宪性审查的“备而不用”;由法院在司法实践中运用宪法进行说理,在缺乏权威宪法解释的前提下,容易出现对宪法条文理解上的混乱,造成宪法条文内涵的不稳定。因此,结合两种制度的元素,构造一种“适度活跃”的宪法审查机制,是值得探索的发展方向。根据上文的系统分析,无论是具体发生在国家文化义务履行中的裁量空间过大问题,还是更为一般化的宪法条文之间的内在冲突和裁判说理的混乱,都将症结指向了极度不活跃的宪法解释现状。

(一) 宪法解释是最主要缺失的制度环节

合宪性审查的核心运作机制是通过对宪法文本的解释,判断法律规则或某种公权力行为是否合宪,从而保证宪法的最高权威性和维护国家法制的统一。因此,合宪性审查与宪法解释无论是作为两种权力还是作为两种制度都紧密相连。

从权力配置的角度看,拥有合宪性审查权的机关势必同时拥有宪法解释权;从权力运行的角度看,进行宪法文本的解释是进行合宪性审查的前提和具体内容。合宪性审查机关无论是发现需要进行审查的对象,还是做出是否违宪的判断,都需要对宪法文本进行解释。有学者指出:“宪法解释与监督宪法实施之关联性表明两方面的内涵:其一,只有运行宪法解释,才能启动监督宪法实施;其二,只有享有宪法解释权的机关才有权进行宪法审查。”^①在我国,全国人大常委会享有宪法解释权,同时行使宪法监督权(主要是合宪性审查权),在行使宪法监督权的过程中,对宪法文本进行解释是基本的权力行使方式。

从目前的实际情况看,全国人大常委会“宪法解释权的虚置”现象极其严重,也“缺乏与宪法解释制度配套的操作程序”^②。除了一些模棱两可的通过行使重大事项决定权进行的宪法解释实践,^③以及全国人大常委会工作机构以“法律询问答复”的方式进行的实际解释外,^④全国人大常委会从未做出“关于某某宪法条文的解释”。在《宪法》明

① 郑贤君《宪法解释:监督宪法实施之匙》,载《人民法治》2015年第2期。

② 前引④,韩大元文。

③ 参见前引③,胡锦涛、王丛虎文;王旭《论我国宪法解释程序机制:规范、实践与完善》,载《中国高校社会科学》2015年第4期;秦前红《〈宪法解释程序法〉的制定思路和若干问题探究》,载《中国高校社会科学》2015年第3期。

④ 参见前引③,周伟文。

确了宪法解释和监督的权力主体,《立法法》规定了合宪性审查的启动主体、反馈机制以及法律后果,甚至也存在违宪审查和宪法解释的实践诉求的背景下,宪法解释的实践缺失显然成为制度上最为关键和明显的特征。

实践中要求全国人大常委会行使宪法解释权的制度需求一直存在,这其中既有明确宪法条文含义的解释需求,也有进行合宪性审查的解释需求。

2003年11月,湖南省人大常委会向全国人大常委会法工委提出《关于如何理解宪法第四十条、民事诉讼法第六十五条、电信条例第六十六条规定的请示》,请求全国人大常委会法工委就请示中涉及的宪法和法律条款进行解释,全国人大常委会也回函同意湖南省人大常委会的理解,就是典型的宪法解释。^⑤但是,这种以“询问”和“答复”的方式进行的解释“不是针对某一类情况做出的抽象的、普遍适用的规则,而是就具体案件的情况与事实,为解决特定事项作出并由有关的国家机关遵守执行之”^⑥,并不具有普遍的适用性。不仅如此,这种解释实践还面临更大的挑战,全国人大常委会虽然拥有宪法解释权,法工委作为全国人大常委会的工作机构显然并不具有宪法解释权,因此本身也面临合宪性的挑战。根据《立法法》第46条和第64条的规定,国务院,最高人民法院,省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会等主体,可以向全国人大常委会提出法律解释要求,全国人大常委会工作机构可以对有关具体问题的法律询问进行研究予以答复。但可否提出以及如何提出宪法条文的解释要求,则不论是《宪法》还是《立法法》都没有作出规定。

公民个人向全国人大常委会提出对行政法规或司法解释进行合宪性审查的建议也

^⑤ 《全国人大常委会法制工作委员会关于如何理解宪法第40条、民事诉讼法第65条、电信条例第66条问题的交换意见》(法工办复字[2004]3号)(以下简称《交换意见》)具有宪法解释的意味。在《交换意见》中,湖南省人大常委会法制工作委员会请求全国人大常委会法制工作委员会就宪法第40条、民事诉讼法第65条、电信条例第66条进行解释,并附上了自己的研究意见,即“1. 公民通信自由和通信秘密是宪法赋予公民的一项基本权利,该项权利的限制仅限于宪法明文规定的特定情形,即因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查。2. 移动用户通信资料中的通话详单清楚地反映了一个人的通话对象、通话时间、通话规律等大量个人隐私和秘密,是通信内容的重要组成部分,应属于宪法保护的通信秘密范畴。3. 人民法院依照民事诉讼法第六十五条规定调查取证,应符合宪法的上述规定,不得侵犯公民的基本权利。”全国人大法工委复函称“你委2003年11月25日(湘人法工函[2003]23号)来函收悉。经研究,同意你们来函提出的意见。”同样类型的《交换意见》或《复函》在法律数据库中没有找到其他例证。

^⑥ 前引^⑤,周伟文。

可以见到有关的报道,如2016年苗永军就“附条件逮捕”提出的违宪违法审查申请。^{⑤7}但是,从《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于十二届全国人大以来暨2017年备案审查工作情况的报告》中的内容来看,全国人大常委会并没有根据当事人的申请进行合宪性审查,而只是进行了合法性审查。

全国人大常委会如能够积极的行使宪法解释权,通过解释权的行使回应实践需求,可以起到“激活”整个合宪性审查制度的目的。

(二) 宪法和法律委员会的设立实现了组织机构上的初步完善

2018年3月,我国现行宪法进行了第五次修正,《宪法》第44条修正案将全国人大法律委员会更名为宪法和法律委员会。根据2018年6月十三届全国人大常委会第三次会议通过的《全国人民代表大会常务委员会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》(以下简称《职责问题的决定》),新设立的宪法和法律委员会除继续承担原法律委员会的职责之外,“增加推动宪法实施、开展宪法解释、推进合宪性审查、加强宪法监督、配合宪法宣传等工作职责”。其中“推动”“开展”“推进”“加强”“配合”等术语的内涵及其对应的程序和方式还没有明确的法律规定。从宪法和法律委员会的设立方式来看,中共中央和最高国家权力机关并不准备对已有的合宪性审查机制做重大的制度调整,采取的是变动最小的改革举措。

关于我国违宪审查模式的设计,曾有宪法委员会模式、宪法法院模式、复合型审查模式等学术探讨。^{⑤8}可以预见,该制度变化虽然终结了是否建立专门的宪法委员会的学术探讨,但不会终结关于合宪性审查模式的学术争论。《立法法》第99条规定最高人民法院和最高人民检察院是合宪性审查的启动主体之一,对于启动事由来源中可能包含的立法机关与司法机关的衔接问题,目前仍没有确定的答案。这意味着关于复合型审查模式还有持续研究的空间。复合型宪法审查模式的本质是在人民代表大会制度的框架下,以尊重全国人大常委会享有最终的宪法解释权为前提,在维持立法审查的制度机制总体不变的前提下,允许法院在个案中对宪法条文进行适用,吸收司法审查的活力。有学者指出,复合型宪法审查模式“既能保证宪法解释的权威性和国家法治的统一性,

^{⑤7} 2016年9月律师苗永军以当事人名义向全国人大常委会法工委邮寄了一份“审查建议申请书”,他在申请中提出:刑事诉讼法中并没有“附条件逮捕”的规定,最高检《人民检察院审查逮捕质量标准(试行)》第4条附条件逮捕条款《关于人民检察院审查逮捕工作中适用“附条件逮捕”的意见(试行)》涉嫌违反上位法,建议对其进行违宪、违法审查。参见《推动“附条件逮捕”废止的律师:这是职业生涯最有成就感的事》,载 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1732727,最后访问时间:2018年6月9日。上述报道得到《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于十二届全国人大以来暨2017年备案审查工作情况的报告》的印证,该报告指出“法制工作委员会对收到的审查建议逐一进行认真研究,对审查中发现存在与法律相抵触或者不适当问题的,积极稳妥作出处理。”并在所举出的6个代表性案例中,将这个案例包括其中。“根据2016年内蒙古自治区一位公民提出的审查建议,对有关司法解释规定‘附条件逮捕’制度的问题进行审查研究,经与制定机关沟通,相关司法解释已于2017年4月停止执行。”参见前引④2,沈春耀文。

^{⑤8} 参见王振民《中国违宪审查制度》,中国政法大学出版社2004年版,第383页;包万超《宪政转型与中国司法审查制度》,载《中外法学》2008年第6期。

也能充分发挥法官释宪的专业技能,保障宪法审查与解释的经常性、可操作性和高效性。”^{⑤9}宪法和法律委员会的设立将改变国家权力机关内部合宪性审查权分散的现状,在主体明确的前提下,合宪性审查程序与合法性审查程序可以分别设立并且更有可操作性。

(三) 完善宪法解释制度体系和规范体系

宪法解释技术的不发达是宪法学在实践功能上落后于其他部门法学的重要原因,宪法释义学的发展不足也是使宪法学在具体制度的研究上缺乏学科特色的方法论症结。宪法和法律委员会的设立为完善宪法解释制度在组织机构上提供了重要契机,有望使宪法解释突破目前极不活跃的实践状态。

开展宪法解释是宪法和法律委员会的工作职责。根据《职责问题的决定》,新设立的宪法和法律委员会在承担原法律委员会工作职责的基础上新增“开展宪法解释,推进合宪性审查”等职责。由于实践中全国人大常委会从未就宪法条文专门进行解释,因此,宪法解释的建议主体、宪法解释的审议程序、宪法解释的效力等问题并没有在实践中引发激烈理论争议。宪法和法律委员会具体承担宪法解释工作职责之后,上述问题将日益受到关注并需要通过立法加以解决。

宪法解释程序法的制定有望加快。宪法解释权的行使需要完善的程序规则。目前,在没有制定专门的宪法解释程序法之前,宪法解释可以根据《全国人民代表大会常务委员会议事规则》(以下简称《议事规则》)第三章“议案的提出和审议”的一般性规定进行。但是,该章的内容并不能完全适应宪法解释的需要,从宪法解释议案的提出主体看,《议事规则》并没有赋予省级人大常委会提出议案的主体地位,但是在《立法法》第46条中,省级人大常委会已经是法律解释议案的提出主体。考虑到地方人大立法权的重要性以及省级人大在法规备案审查程序中的重要性,省级人大常委会不能依程序提出宪法解释议案,显然是重大缺陷。从宪法解释的提出路径看,除了依正常的议事规则提出的解释要求外,也有依合宪性审查程序提出的解释要求,《议事规则》缺少相应的程序设计。因此,制定专门的宪法解释程序法的需求日益明显。宪法解释程序法制定后,可以将全国人大常委会行使宪法解释权的程序从立法程序或重大事项决定程序中分离出来,为发展系统性的宪法解释理论和解释技术提供制度基础。

通过法院对宪法条文的说理性运用,进一步刺激宪法解释技术的完善。司法实践中,法院对文化权利条款说理的过于随意的现状,说明司法实践本身不能直接提高宪法解释水平、更不能直接决定宪法条文的含义。但是,司法的活跃性可以推动宪法解释技术的进步。司法适用是法律解释的动力之源。事实上,“法律解释主要是指司法解释或法官解释。”^{⑥0}实践中的法律纠纷复杂多样,当部门法不能为一种法律纠纷的解决提供充

^{⑤9} 汪进元《宪法个案解释基准的证成逻辑及其法律控制》,载《中国法学》2016年第6期。

^{⑥0} 陈金钊《法律解释学——立场、原则与方法》,湖南人民出版社2009年版,第3页。

分的法律依据,或者为了增加裁判的说理性,有时需要诉诸宪法寻求规范依据。这样的实践需求会推动宪法解释机关更新和提高解释技术。在不动摇全国人大及其常委会拥有宪法解释和宪法监督的最终权力的前提下,允许法院根据适当的程序规则,将具体案件中的法律适用提请宪法和法律委员会进行解释和审查,经过精致的理论设计,完全可以适应我国人民代表大会制度的民主和法治逻辑。

专门的审查机构、可操作的审查程序、有活力的司法介入以及符合宪法规定的权力运行逻辑,将改变我国合宪性审查机制不活跃的现状,最终将促使本文开篇所举例说明的由于国家在文化义务履行中的裁量权过大所导致的缺乏合宪性审查的制度弊端得以解决,使中国共产党第十九次全国代表大会提出的“加强宪法实施和监督,推进合宪性审查工作,维护宪法权威”的要求得到实现。

Abstract: The constitution review mechanism in China shows the characteristics of inactivity on the whole, in which record and inspection of regulations is mainly legitimacy review and has no example of constitutionality review, there is the lack of interpretation of constitutionality provisions with the validity of the Constitution, and the phenomenon of constitutionality interpretation to the law through the declaration of constitutionality is noteworthy. As the fuzziness of the cultural connotation and the universality of the cultural field, the discretionary space of national cultural power in practice is huge, and the status quo of the lack of constitutionality judgment is obvious in the field of culture. In view of the above system practice, mature constitutional interpretation and active judicial judgment reasoning are the development direction of solving the difficult problems of the system. However, from the current situation, both the constitutional provisions and the judicial practice have a series of problems, cannot effectively activate the constitutionality review mechanism, seriously restrict the implementation effect of the Constitution, and weaken the authority of the Constitution. How to activate the constitutionality review mechanism in China under the framework of people's congress system needs to do in-depth theoretical research.

(责任编辑:李小明)