

宪法监督程序的实在法逻辑及其展开

汪 栋

(山东农业大学公共管理学院, 山东 泰安 271018)

摘要:现代法治是实在法之治, 宪法取代自然法的高级法地位, 是具有形式理性特质的实在法体系的核心。权威而非真理立法的实在法命题, 意味代表机关监督宪法实施契合人民主权的内在规定性。宪法监督程序的实在法规范形式融合宪法的权利法价值和协作型法功能于一体, 能够承载人民代表机关的宪法监督职能。在实在法逻辑上, 宪法监督权是主权代表者的专属权力, 是制宪权的延伸。全国人大对中央国家机关、拥有立法权的地方人大、民族自治地方人大等宪法主体直接适用宪法的行为予以宪法监督, 其宪法监督权与立法权之别, 以及自我宪法监督的正当性问题, 可运用正当程序原则予以解决, 即通过程序设置界分合宪性审查权与合法性审查权; 同时, 提高宪法监督程序的价值整合力度, 使之高于立法论证力度, 从而实现合宪性审查和与合法性审查的程序分离与构建。

关键词:实在法; 全国人民代表大会; 宪法监督; 正当程序; 制宪权

中图分类号:D 911

文献标识码:A

文章编号:1000-260X(2019)05-0087-14

近年来学界研究宪法监督的成果集中于四个方面: 宪法监督主体研究, 以全国人民代表大会的组织与职能建构为论题, 讨论其宪法监督程序中的主体地位、权力配置与运行等问题; 宪法司法化与宪法解释问题探讨; 宪法监督程序制度研究; 中外宪法监督比较研究。既往研究范式大致循政治宪法学、规范宪法学与宪法社会学三种进路, 不同的方法论指向的结论或有不同, 却都关乎对法治本源性问题的思考: 如何通过宪法监督程序协调高度分化的价值关系以实现宪法的法理型统治^[1]? 以此问题整合前述成果, 选择从宪法的实在法(positive law)逻辑切入, 寻找三种研究范式的交叉点, 探究宪法监督的政治哲学、社会基础与程序逻辑三者之间的内在一致性, 或可融通义理与制度, 厘清宪法监督程序规则的理路。

现代法治不是自然法之治而是以宪法为核心的实在法之治。实在法之治的关键是宪法监督, 确立宪法至上权威。我国人民代表机关主导的宪法监督制度是“社会的思想器官”^{[2](P64)}, 符合现代民主政治与实在法之治的内在逻辑。从自然正义到宪法正义的嬗变, 具有根本性的政治哲学意义。本文通过分疏实在法的政治哲学与社会学基础, 阐释宪法监督的理据; 进而结合我国宪法的文本规定, 解读宪法监督的规范意义, 以期获得对宪法监督程序的实在法逻辑较完整的认识。

一、宪法监督程序的实在法逻辑

宪法监督程序的“权利法”价值和“协作型法”功能, 内在统一于其“实在法”的规范形式。宪法监

收稿日期:2019-07-01

基金项目:国家社会科学基金重点项目“依宪治国的中国道路研究”(14AZD132); 中国法学会项目“地方立法合宪性审查问题研究”(CLS2018D28)

作者简介:汪栋, 法学博士, 山东农业大学教授, 主要从事宪法思想史、比较宪法研究。

督程序规范的价值、功能、形式是“三位一体”的逻辑关系:以权利保障为价值取向,以价值或利益协调为功能定位,以成文规则为表现形式。宪法监督制度是构建现代政治体的基本宪制,从政治哲学的价值革命与重建、社会学的事实验证与归纳,到实在法学上程序规则的试错与论证,宪法监督规则的设置与运行日趋理性化。

(一)从自然法到自然权利的价值嬗变

17世纪中后期霍布斯的“法律命令说”、洛克的自然权利理论、18世纪末19世纪初边沁和奥斯丁的分析法学以新的政治科学与实在法理论否定古代自然法学说,奠定了宪法监督制度的政治哲学与法哲学基础。近现代政治哲学围绕权利价值展开论述,权利概念逐渐演变为实在法上的关键词,最终成为一个纯粹的司法语词^[9]。从英美法治经验看,自由或权利的历史基本上是奉行法律程序保障的历史。诚然,合宪性审查程序的实在法逻辑源自近现代自然权利哲学,却与古代自然法理论之间存在隐秘的关联,传统自然法的高级法理念与新的权利概念共同筑成美国司法审查制度与欧式宪法法院制度的法理基础^[4]。

西方古典政治哲学认为,万物构成一个有目的和意义的自然秩序,人必须探知并遵循自然法才能臻于至善^[5](P128)。古代中国《尚书》关于“天”的解释与之近似。以礼治国,“礼以顺天,天之道也”^[6],“王者受天之命,法天以治人”^[7],“敬天法祖”是传统中国的最高政治准则^[8](P132);宋明理学的“天理”概念亦类似自然法思想^①。

古典哲学断言存在自然法,然而惟明智之士先知先觉,发现并掌握自然法。自然法高于实在法,实在法是自然法的投影。自然法是惟一正确的客观法则,必须以自然法审视实在法,以保证后者不偏离正确的轨道。古代自然正义哲学与现代宪法监督理论之间并非截然两分:从“自然法”到“人民的宪法”,其中的神圣性与权威性一以贯之。自然法虽被否定,但是其超验性、神圣性光环却为现代宪法所艳羡。

然而,毕竟宪法也是实在法,何以取代自然法而成为衡量实在法的最高准则?

古典自然法观念涉及三个问题:有无自然法?如果有的话,那么,人能否发现与认识自然法?如果能够认知自然法,那么,以谁认知的自然法为准?第一个问题人言言殊,可存而不论。对于后两个问题,古人的回答是:惟有圣哲凭借天启而先于普通人知觉自然法,众人信之随之即可^[9]。然而,现代政治哲学的答案是:即便自然法存在,人却不能真正认知自然法^②。从知识论上说,人必须通过其物质感官而认识事物,感官遮蔽了事物的客观面目。感觉、印象与观念是感官与外物相互作用、相互影响的结果^[10](P4-5)。观念既非人固有,亦非纯粹的物,只是事物的不真实的摹本。同理,如果存在关于客观事物的自然法则,人却不可能真正认知它。

同时,现代权利哲学主张人生而平等,每个人的观念与知识都应该得到平等的尊重与对待。因而即便能够真正地认识自然法,对自然法的理解也会见仁见智。

既然自然法晦暗不明,众说不一,不足信,亦不足恃,那么,人类的政治秩序如何建立?实在法如何获取正当性?

因此,现代政治哲学主张政治秩序源于主观的权利或约定而非客观的自然或法则;权威而非真理立法^[10](P137)。政治的实质是以源于自然权利的权威“创制”实在法,而不是依赖智慧的统治者“发现”自然法^[9](P143)。实在法体系是权利价值的系统表述,宪法作为权威性价值共识,取代自然法成为实在法的正当性源泉。诚然,宪法也是实在法,然而其权威性诉诸自然权利而不必祈求自然法。宪法监督是依恃宪法而非自然法规制普通实在法。自然法不足为恃亦源于社会学对经济社会关系的考察,毕竟,经济社会高度分化协作关系是宪法之治的社会基础。涂尔干的“协作型法”概念,从法的功能角度认为,以劳动分工高度发展为基础的大型社会合作只能依赖以宪法监督程序为保障的实在法。

(二)协作型法的价值整合功能

从经济社会的历史发展看,随着人类交往与合作不断地突破血缘与地域限制,现代法与传统法形成鲜明对照:现代法所表征的社会交易模式与立宪政体迥异于君主制或贵族制,立宪政治旨在尊崇人

格,确定权利界限,维护交易秩序与安全,扩大人类合作的基础和范围;法治将人际互动纳入非人格化的规则秩序,这是一种以宪法为最高法的实在法秩序,而非传统的伦理、习俗或自然法秩序;如后文详论,实在法体系具有突出的形式主义特点,实在法之治侧重指形式法(formal law)技术的统治^[11]。

形式法技术并非不容于传统政体。以帝制中国为例,其历史分封建制与郡县制两个时期,虽然“封建之失,其专在下,郡县之失,其专在上”^[12],但二者均以君主制、宗法制、大一统这三个特质贯穿始终,儒教意识形态与此三者表里相通;同时,法家的形式法技术也为君权所依赖。儒学源于宗法等级社会结构,而法家思想多少偏离此结构,暗合现代形式主义的旨趣^[13]。法家主张法律应当具有公开性、一般性与明晰性,强调“一赏、一刑、一教;一赏则兵无敌,一刑则令行,一教则下听上”^[14]。此处的“一”含有无等差的意思,是对宗法伦理一定程度的否定^[15]。宗法“差序格局”适合小型共同体,而难以适应广土众民的大型社会。随着政治体规模的扩大,“差序格局”所依赖的血缘纽带必趋于松弛^[16],非人格化的形式主义规则日见其重。

但是,儒法在帝国“道统”中并非等量齐观,儒学在不触动自身原则而有选择地吸纳法家、道家、阴阳家等价值元素之后,或多或少克服了其“外王”的不足,因而能够长期据于官学的地位^[18](P122-123)。法家影响不容小觑,却受制于分化程度有限的农耕社会结构,法的形式理性发展迟缓,法家所推崇的法制难以演进至现代形式主义法律类型。

传统社会以家族、宗族、村社等相互缺少有机分工协作关系的血缘与地域团体为基本单位,是分化程度较低的“袋装马铃薯式”机械结构^[17]。法家所提供的帝国框架具有内在的脆弱性,小共同体如宗族、村社、庄园、藩镇等必然蚕食帝国赖以为基础的“编氓”。“五口之家”这一典型的小农单位与大一统帝国之间存在深刻的内在矛盾^[18]。尽管如此,帝国体制却不可或缺,否则,宗法地方共同体彼此之间会陷于无休止的冲突困境^③。显然,这些小共同体之间存在一定程度的经济联系,需要超然的帝国权威从中协调。另外,小共同体之间的竞争与外部地缘政治压力,迫使郡县制取代封建制,皇权向下

延伸。就中国历史的大部分时期而言,尽管官方崇奉法家化的儒学,然而民众却天然亲近地方性的小共同体,很少与皇权发生直接的统治与服从关系^[19](P62)。

中外前现代政体在根本价值上多偏重小共同体,难以取大共同体本位,而不可能以个体为本位。对个体价值的尊崇晚近才随劳动分工的发展,以及相应的社会合作规模的扩大而出现。不断扩大与深化的劳动分工与交换,必然打破血缘共同体,弱化地方共同体,推动职业共同体兴起。劳动分工愈发展,社会差异性愈大,在这种不断递增的差异性中产生了对个性与权利价值的尊重,以及对维护日益扩展的交易合作秩序的实在法的需要。就法的功能而言,实在法即社会学意义的协作型法^[20](P361)。基于高度分工的社会协作既不能依靠虽有实效却狭隘的习惯法^[21],也难以仰仗虽超越而无实效的自然法,必须依赖既具备价值或利益协调功能,又具有实际规范性与超越性的实在法。

(三)形式法治的实在法逻辑

自然法在知识论与价值论上皆不足为恃,只能以宪法为最高权威,对普通实在法进行合宪性约制;同时,只有宪法才是经济社会协作关系的最高法律形式与根本性保障。因此,宪法监督制度的哲学与社会学基础分别是权利论与协作法概念。而宪法监督制度的实在法逻辑则在于,宪法是法律因果链条的“第一因”,是构建形式法律体系的起点。

实在法体系是逻辑严密的形式法体系。形式主义法律体系强调法律的层次性、逻辑性、关联性,是因为与法律对应的社会生活具有层次性、逻辑性与关联性。形式主义法是“完美无缺”的法律命题体系,任何社会行为都必定能够被纳入法律的框架进行分析。任何案件都必定能够运用逻辑方法从抽象法律命题导出裁决,法律术语无法表述的问题与法律无关^[22]。这一“理想型”的形式法治方案不排斥伦理、道德,相反,形式理性能够最大限度地体现社会需要的政治、经济、文化和道德上的实体价值凝固于法律规范体系之中;这些实体价值通过严格的程序、概念和命题等法律形式要素予以协调和规范,并以主权者公开的命令形式予以识别与确定^[23]。

社会价值共识既经法律形式吸收,形式与实质合一,形式合法性(legality)即等于实质正当性(legitimacy)^[24]。

形式法体系是对社会生活因果关系的系统表述。社会行为系列存在先后因果关系,而与其对应的法律规范体系即是一个完整自足的因果逻辑体系。从具体的法律决定往其原因追溯,必然会找到第一原因即宪法规范;在宪法规范与某一具体法律决定之间,是逐层展开而相互关联的法律法规,它们构成完整的法律逻辑链条。因此,宪法监督程序制度既是法律因果逻辑关系的展开,也是这一关系得以展开的保证。

法律体系不仅需要符合形式逻辑,而且必须具备形式可识别性。实在法须以语言、文字、仪式、符号等形式而能够为人们认知和遵行^[10](P206)。实在法具有清晰可辨的外部形式,成文宪法之所以取代自然法的高级法地位,这种形式上的可识别性至关重要。

因此,实在法的形式理性主要表现为两点:法律由高度抽象的法律概念和命题组成,其适用有赖于对法律概念和规则的逻辑分析,以及从规则到具体判决的形式逻辑推理^[25]。同时,法律应以有形的、可以识别的、具有外部性的方式表现出来,不管是以一定的词语,签字的仪式,还是实施具有特定意义的行为,法律都具有程式化、外部化的特征。

法治是尊重普遍价值观、经由公正程序落实的形式法治^[26],形式法治在很大程度上是程序法治。程序法治以宪法为根本,而宪法监督程序是保障宪法实施的关键。宪法监督程序是“权利法”,权利价值决定了这些规则是国家制定或认可并予以强制保障的高度形式化的“实在法”;同时决定了这些规则在功能上是“协作型法”。宪法监督程序规则体系是贯穿实在法逻辑的形式理性法,是经济与社会协作的最高法律体现^[20](P85)。

宪法正义对自然正义的否定意味着人而不是自然为自己立法。人民制定宪法旨在自我保存与发展,权利价值构成宪法的基本内涵;而宪法之成其所是,是因人民意志与国家强制作为保障,宪法是权利法,也是实在法。宪法是人民意志的载体,人民意志的形成依赖宪法的协调整合功能,宪法又是协

作型法。宪法是形式法律体系与程序法治的基础,是根本法。宪法的这些实在法特质是自然法不可能具有的。“权利法”与“协作法”的属性为宪法监督提供了价值目标与功能定位,而“根本法”与“成文法”的属性则为其提供了逻辑可计算性与可行性。作为形式理性法,宪法监督程序集中体现了宪法的实在法特质与逻辑,能够承载、界定与实现人民代表机关的宪法监督职能。

二、代表机关监督宪法实施

宪法作为实在法对自然法的否定,意味着人民主权的代表机关是制宪机关,其所创制的宪法是凝聚人民意志的最高法。逻辑上,制宪机关高于立法机关,制宪权高于立法权、宪法高于法律;因而必须区分全国人大及其常委会的“合宪性审查权”与“合法性审查权”,区分“宪法问题”与“法律问题”。作此区分的前提是将宪法的创制与宪法的适用相分离,前者是制宪权行为,包括解释、修改宪法、监督宪法实施等;后者是立法、行政与司法等国家机关直接执行或通过法律作为中介间接执行宪法。宪法监督权是制宪权的延伸,能够改变宪法规定,宪法监督权或“合宪性审查权”仅指对直接适用宪法的行为进行规制的权力,而“合法性审查权”可归之于立法权。宪法监督程序构建的逻辑起点是区别制宪权与立法权,以制宪权制约立法权,这也意味着,制宪权运行程序较之立法权,其价值整合力度更高。如后文所论,作为制宪权延伸的宪法监督权与立法权之别,因而可通过程序设置而实现。

(一)人民代表机关至上

实在法之治的政治前提是“同意的统治”,宪法上可识别的形式是“议会主权”^[27]。“权威而非真理立法”这一“法律命令说”的实在法命题,意味代表机关监督宪法实施契合人民主权的内在规定性。这一命题同时要求主权者必须是形式上清晰可辨的政治决断者^④。如英国学者沃特金斯所言:“构建公共道德原则体系的前提是必须设置一个最高机构,与其他机构区别开来并易于识别;任何暧昧不明的主权者都不能对道德性名词进行定义与分配;不能

由一个悄声咕哝的幽灵似的机构(ghostly body)做这件工作,而必须由一个显然可见的主体作出决断。主权者即命令者,服从命令者必须清楚地识别令之所出。”^[28]主权代表者的人格化、形式化、理性化表征即是政体。

中国政体是人民代表大会制度。人民通过人民代表大会制度实现人民主权,实施宪法,对国家进行治理^[29]。人民代表大会制度是一种间接民主制形式。间接民主是现代政治的必然选择,其必然性源于社会分工与交换关系的高度发展^{[3](P72)}。民主体现在主权是建立在每个人同意的基础之上,以及每个人对于政治生活的参与^[30]。间接民主或他治是一种必要的社会分工,是自治的延伸。民主政体固然是多数的统治,但是人民的直接管理既容易受激情摆布,而且在一个高度分化的社会中也不现实^[31]。纯粹而直接的民主制只能是一个由人数不多的公民组成的社会,这些公民亲自组成并且管理政府。它本身既不稳定,而且如后文所论不适宜于一个高度分化的大型社会。为了克服纯粹民主制的不治之症,必须引进代议制,实行间接民主或代表式民主制,它虽然是不纯的民主制,却能够克服纯粹民主制的弊端^[32]。

尽管人大制度是我国民主政治的基本形式,但是,它不仅不排斥直接民主,而且需以直接民主形式作为必要的补充。宪法第2条第3款规定,人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。这是一个概括性条款,为我国包括直接民主在内的民主形式的创新、发展与完善提供了宪法空间;它的另一层宪法意义也是深远的,即全国与地方各级人民代表大会是宪法的执行机关,人民创造的其他民主形式也是对宪法的执行,是人民主权的具体展开。

人民代表机关至上具有深刻的学理基础。从政治哲学上分析,国家是一个主权法人,其人身化的代表是宪法设置的国家主席一职,而国家最高意志的整合与实现机关是全国人民代表大会。因此,就形式而言,国家主席是主权者代表机关,就实质而言,全国人大是主权者代表机关。人民是主权者,但人民不是一大群人的偶然聚集,而是一个统一于其代表者的共同体^{[10](P131)},组成共同体的每个人的

意志与人格集中于主权代表者,也就是统一于人民代表机关这惟一人格。因此,人民主权所具有的惟一性、至上性、不可分割性表现为主权代表者即全国人大的最高宪法地位。

(二)代表机关权力的性质

人民是宪法的制定者、实施者、解释者、监督者。人民创造了包括人民代表大会制度在内的所有政治、经济、文化、社会等各方面的制度。人民行使制宪权立宪,然后才有人民代表大会制度。如潘恩所说:“宪法是一样先于政府的东西,而政府只是宪法的产物,一国的宪法不是其政府的决议,而是建立其政府的人民的决议。”^[33]

逻辑上,宪法先于人大,依据宪法组织全国人民代表大会;事实上,1954年宪法为第一届全国人大制定通过。宪法与全国人大究竟孰先孰后?显然,全国人大兼具制宪机关与立法机关两种性质,“全国人大是由全国选举产生的代表组成的,它即代表全国人民,其性质是全国人民行使国家权力的最高机关,而不单纯是立法机关。”^[34]作为制宪机关的全国人大,是人民、主权、制宪权的化身,没有全国人大,也就没有宪法,全国人大先于宪法而存在;而且,在此意义上,全国人大的行为不可能违反宪法^⑤。翟小波虽持此说:“纯粹从法秩序的逻辑来说,在中国宪法上,全国人大及其常委会不可能违宪”^{[35](P63)},却未见另一面,全国人大作为立法机关,它的产生、组成、任期、职能等均源于宪法规定,没有宪法,就没有全国人大,宪法先于全国人大,全国人大是宪法的实施机关与执行机关。就此而论,全国人大的行为有可能违反宪法。宪法第62条第12项规定,全国人大有权改变或者撤销其常务委员会不适当的决定^⑥。撤销是一种宪法责任,全国人大常委会作为立法机关须承担自己违反宪法的责任;同理,全国人大作为立法机关,其不适当的或违反宪法的行为的可能性也是存在的^⑦。诚如许崇德先生所言:“且不说常委会制定的法律有违宪的可能性,即使是全国人大制定的基本法律,也不能保证绝对不会违宪。”^{[36](P6)}宪法高于法律的逻辑意味着全国人大的制宪机关身份高于其立法机关身份,相应地,其拥有的制宪权高于其拥有的立法权。

全国人大既是制宪机关又是立法机关。诚然,人民是宪法的制定者,制宪权根本上属于人民所有,但是,人民的“出场”与“在场”必须采取全国人大这一组织形式。人民不是一群个体的偶然聚集,而是一个有着内在联系的有机整体,人民要呈现或表述自己,就必须且只能通过适当的、特定的组织形式。共和国是人民统治与人民采用人民代表大会制度进行统治这一实质与形式的统一体。在政治哲学上,如果将宪法当作原初契约,那么,全国人大就是契约之外,为每个参与立约者所委托的第三方主权代表者,它代表每个人的人格,它的决定就是每个立约者的决定。最为重要的是,人民的行动必须以全国人大的行为方式作出。因此,人民是宪法的制定者、实施者、解释者与监督者,这一政治命题惟有通过全国人大这一具体制度形式才能得到完整表述,才能得以真正落实。

比较可知,全国人大相对其他国家机关的宪法优势有两点:全国人大是制宪机关,在此意义上它是最高权力机关,其他国家机关均为其创建,全国人大的立法机关身份亦为其创建;另一方面,全国人大是立法机关,其地位高于行政、司法、军事等国家机关。作为立法机关的全国人大,其宪法地位固然高于行政、司法与军事等机关,但是,不能说立法机关创建了它们,否则,宪法就没有必要在创设全国人大之外,另对行政、司法、军事等国家机关进行规定,而只须规定人大制度,全国人大再以立法对行政、司法、军事等国家机关作出规定。要之,厘清代表机关权力的性质及其与其他国家机关的宪法关系是构建宪法监督程序的逻辑前提。

(三)宪法的直接适用及其宪法监督

宪法实施是指宪法规范在现实生活中的贯彻落实,包括宪法适用和宪法遵守两个方面。宪法适用是指国家机关对宪法实现进行的有目的的干预,确保宪法令行禁止。宪法遵守是指宪法主体,尤其是国家机关严格依宪法行使职权。对宪法实施的概念可作更细致的分解,宪法实施就是宪法的执行和遵守,具体包括:宪法适用、合宪性审查、宪法解释和宪法遵守^[35](P37)。据凯尔森的纯粹法理论,法的执行即是法的适用,法的适用首先是指依据高级规

范创设低级规范,低级规范包括针对不特定对象的可反复适用的普遍性规范,以及针对特定对象的不能反复适用的个别规范。其次是指依规范之授权实施制裁^[37]。值得注意的是,此处法的适用不包括间接适用,仅指直接适用。因此,宪法适用即是指直接适用宪法,可分为两类:一类是特定宪法主体直接依据宪法进行立法,包括创设普遍规范对宪法的条文和术语的含义进行阐明即宪法解释,或者依据宪法作出具体的个别决定,要之,即依据宪法创设普遍规范或个别规范;另一类是依据宪法对违宪行为进行制裁,也即合宪性审查或宪法监督。

合宪性审查或违宪审查,是指享有合宪性审查权的国家机关通过法定程序,以特定方式审查和裁决某项立法或权力行为是否合宪的制度,是宪法监督的重要手段。宪法监督是指为保证宪法实施所采取的各种办法、手段、措施和制度。合宪性审查与宪法监督几乎是同一概念,均指对违宪行为进行纠正与制裁。宪法解释虽然不像宪法监督那样以审查、纠正违宪为目的,具有相对独立性,却是宪法监督经常运用的工具。诚然,宪法监督是以宪法为标尺衡量公权力行为,属于宪法的适用;但是,宪法监督亦有可能变更宪法规定,在此意义上则属于宪法的创制,此时宪法监督权实质上是制宪权的延伸。

除了宪法适用,宪法遵守也是宪法实施的重要一面。全国人民代表大会、国务院、最高人民法院等国家机构按照宪法规定建立,它们的职权遵照宪法规定运行。宪法遵守与宪法适用构成宪法实施的完整内容。宪法遵守强调对宪法规则的尊重与服从,宪法适用则强调违反宪法规则的责任追究;同时,宪法适用包括依据宪法规范创设低级规范的行为,这与宪法遵守有所重叠,此不详论。

本文定义的宪法实施仅限于宪法的直接适用而不包括间接适用。与宪法的直接适用相区别,宪法的间接适用是指宪法先由代表机关转化为更具体的规范,再由相应机关通过适用此具体规范来适用宪法。根据宪法规定,有权直接适用宪法的国家机关主要有全国人大及其常委会、国务院等中央国家机关、宪法授予立法权的地方各级人大及其常委会,以及民族自治地方的各级人大及其常委会。无疑,全国人大及其常委会是直接适用宪法的最主要

的国家机关,其他国家机关一般是直接适用法律,间接适用宪法,只有在没有相关法律的情况下,直接依据宪法规定而行动时才是直接适用宪法^[35](P38)。因此,区别宪法直接适用与间接适用有两个标准:其一,国家机关的权力行为与宪法之间有无法律作为中介;其二,国家机关的行为在宪法或宪法性规范上有无直接授权。

以国务院为例,国务院的大部分行为是直接适用法律,只有存在法律空白时,国务院才直接适用宪法。当然,依第二个标准,国务院直接适用宪法,还必须有宪法的明确授权。宪法第89条第1项规定:“(国务院)根据宪法和法律,规定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令。”“根据宪法和法律”这个措辞表明,在缺少法律明确规定,且法律未作保留时,国务院可根据行政保留原则与宪法的明确授权而直接适用宪法^⑥。相比之下,宪法第90条第2款对于国务院部委的要求是“根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限内,发布命令、指示和规章”,这款规定里没有提到宪法,因此,国务院部委不能直接适用宪法,而只能通过法律和国务院的行政法规、决定、命令而间接适用宪法。

再以有立法权的地方人大为例。依标准一,省、直辖市、设区的市人大以直接适用法律和行政法规为主,仅在两类事项上可直接适用宪法:其一,属于地方性事务,不需要制定全国统一的法律和行政法规,但需要制定地方性法规的事项;其二,除了只能保留给法律规定的事项之外,其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的,可以先制定地方性法规。依标准二,省、直辖市、设区的市人大的立法源于宪法第100条的授权。

要之,能够直接适用宪法的只有全国人大及其常委会、国务院等中央国家机关、有立法权的地方人大及其常委会、民族自治地方人大等宪法主体(港澳特别行政区据前述两个标准亦可直接适用宪法,受全国人大宪法监督,此不评论)^⑦。因此,宪法实施即宪法的直接适用及其宪法监督,是指全国人大及其常委会和国务院等其他中央国家机关、有立法权的地方人大、民族自治地方人大及其常委会等宪法主体直接适用宪法创设普遍规范与个别规范,

并专门由全国人大及其常委会对这些直接适用宪法的行为进行宪法监督,旨在实现人民主权的法治化过程。这一宪法实施的概念严格区别宪法的直接适用与间接适用,其意义是多方面的。

上述宪法实施的概念可清晰界定“违宪行为”的外延,进而确定我国宪法监督的范围。如果宪法实施仅指对宪法的直接适用,那么,可能违宪的行为主体非常有限,主要是指全国人大及其常委会、国务院等中央国家机关、有立法权的地方人大及其常委会及民族自治地方的人大及其常委会等宪法主体,除了全国人大及其常委会之外,其他主体直接适用宪法的行为相对较少。这些行为或者表现为普遍规范,即基本法律、普通法律、行政法规、其他中央国家机关的规范性文件、地方性法规、自治条例和单行条例,或者表现为具体的决定和命令等个别规范。这些行为均是对宪法的直接适用,存在违宪的可能性。逻辑上,宪法监督的范围只限于上述行为。如此定义宪法实施的概念,将使违宪行为的外延大为缩小,对大多数国家机关行为的审查只可被归为合法性审查。

严格区分合法性审查与合宪性审查,可进一步健全我国的纵向权力体制,构建与完善效力等级分明的法律体系,强化上位法对下位法的统领作用。这是因为合法性审查将下位法的适用责任明确化了,下级国家机关原则上只能直接适用上级国家机关制定的普遍规范或个别规范,而不能直接诉诸宪法。这对于理顺权力关系,明确权力行为的监督职责与责任追究,提高权力效能都是有利的。同时,“只有把违宪审查与违法审查在审查程序上加以界分,才能彻底避免两类审查制度的混同,从而使我国的违宪审查真正获得新生,违宪审查制度才能真正发挥其宪法监督的功能”^[38]。

显然,由于将间接违宪行为审查即合法性审查分离于宪法监督之外,这就使得我国合宪性审查的外延更为清晰、准确,有利于突出合宪性审查的权威与价值,有利于全国人大及其常委会减少工作负荷^[39],将更多资源投入到对少数具有普遍性价值的涉嫌违宪案件的审查,提高审查效益。

与此同时,清晰界定宪法的直接适用范围,有利于全国人大及其常委会加强自我约束,增强其作

为国家权力中枢的权威性。无疑,与其他能够直接适用宪法的主体相比,全国人大及其常委会对宪法的直接适用行为频率与数量最高,是合宪性审查的主要客体。这就必然要求全国人大及其常委会加强自我约束,审慎决策。鉴于全国人大及其常委会的所有行为都是对宪法的直接适用,因而构建、优化与之相应的宪法监督程序将会保障全国人大及其常委会工作的合宪性,增强其作为代表机关的民主性、正当性和权威性。

三、宪法监督与正当程序

目前我国宪法监督制度存在合宪性与合法性审查程序不分^[40]、法律合宪性审查程序不明^[41]、审查机关自我监督程序正当性不足等问题。这些问题的解决之道首先在于从宪法的实在法逻辑出发,确立宪法监督程序构建的目标在于保障宪法实施,维护宪法权威。进而必须遵循两个基本原则,即通过程序设置实现全国人大及其常委会的合宪性审查权与合法性审查权的区分;提高宪法监督程序的价值论证与整合力度,使之高于立法论证力度。再次,宪法之治是高度分化经济社会利益关系协调整合的内在要求,超越地域与血缘限制的社会交往与合作规模的日益扩展是宪法监督程序化、规范化、理性化的源头活水,因而要注意夯实程序法治的经济社会基础。

(一)全国人大自我宪法监督

如前所述,只要属于直接适用宪法的行为都是宪法监督的对象,除了全国人大及其常委会之外,其他宪法主体如国务院、有立法权的地方人大及其常委会与民族自治地方人大及其常委会很少直接适用宪法,这些主体的行为更多涉及到法律实施而非宪法实施、法律监督而非宪法监督、合法性审查而非合宪性审查,只有少数直接适用宪法的行为属于宪法监督的对象。比较而言,全国人大及其常委会的行为才是宪法监督的主要对象,这就提出一个监督者自我监督的正当性、可行性问题^⑩:全国人大及其常委会的自我监督是否符合“任何人不得为自己案件的法官”这一自然正义原则^[42](P16)?

逻辑上,全国人大既是立法机关,又是制宪机关,后一身份高于前一身份。宪法第62条第1、2项规定,全国人大行使修改宪法,监督宪法的实施的权力;第67条第1项规定,全国人民代表大会常务委员会行使解释宪法,监督宪法的实施的权力。这些规定表明,宪法修改权、宪法监督权、宪法解释权这三项权力惟全国人大及其常委会享有,它们不是普通的立法权,而是制宪权的延伸。与立法权相比,制宪权是真正的创始性的权力,而立法权只能是对宪法的执行权;立法权不能改变宪法,更不能违反宪法,而制宪权可以对宪法进行立、释、改、废,制宪权不可能违宪,就像人民的行为不可能违宪一样。因此,当全国人大作为制宪机关代表人民“出场”时,其所作出的宪法修改、宪法解释、合宪性裁决等都不可能违宪,至多能够说这些行为违反自然法。然而,现代政治哲学中的人民意志就是自然法,人民意志中最为重要的部分通过形式化、规范化而表现为最高实在法即宪法,如果说作为主权代表者的制宪机关的行为违反宪法,就如同说人民自己反对自己一样荒谬^[10](P253)。诚然,全国人大的宪法监督权高于立法权,是终极性的制宪权的一部分,具有制宪权的性质,全国人大以制宪机关的身份审查作为立法机关的全国人大的立法,是制宪机关监督立法机关,而不是立法机关的自我监督。但是,说到底,全国人大毕竟将制宪机关与立法机关两重身份集于一体,理论上固然可将这两重身份相分离,实践中又如何真正加以区分呢?

(二)区分宪法监督权与立法权的实质标准

实际上,有两个标准可用以区分全国人大的制宪机关与立法机关身份。第一个标准无疑是全国人大所行使的权力的性质。如果其权力行为是直接适用宪法制定普遍规范或个别规范,即普通的立法权或议决权,此时,全国人大自然是立法机关的身份;而如果其行使的是对法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例,以及其他有权直接适用宪法的主体所作出的决定等(除法律之外,后五种如果是对法律的直接适用,则应当归入合法性审查范畴)的审查权,则是宪法监督权,此时,全国人大的身份是制宪机关。可见,全国人大所行使的权力的

性质取决于其权力行为所针对的事项。这里的困难在于,全国人大的立法事项与宪法监督事项之间的区分标准较为模糊且不确定,但是,无论如何,全国人大的立法须受到宪法限制,这是无疑义的,如果有越界的嫌疑,即可归入到宪法监督范围。

(三)界分宪法监督权与立法权的程序标准

为进一步区别宪法监督权与立法权,还须引入另一个具有操作性的标准,即程序标准。以宪法修改权的行使为例,它与普通立法权相比,最为直观的区分标准是程序要求不同。宪法第64条规定,宪法的修改,由全国人民代表大会常务委员会或者五分之一以上的全国人民代表大会代表提议,并由全国人民代表大会以全体代表的三分之二以上的多数通过。此条规定确立两个显然可辨的区别标准,即提案程序与通过程序,都远比普通立法严格。有此标准可循,我们即可判断宪法修改权与立法权之不同。许崇德先生指出:“因为宪法是全体代表的2/3通过的,而法律是过半数代表通过的。所以,普通多数的意志有可能同绝对多数的意志相左。因此,我国的法律不应排斥在审查对象之外。”^[36](P6)这段话表明,程序不仅具有形式可识别性,而且具有实质意义,即通过程序标准区分制宪权与立法权。同理,宪法监督权的行使可适用比普通立法更严格的程序标准,通过确立与提高程序标准,实现全国人大制宪机关与立法机关这两重身份的实际分离,最终实现裁判者与当事人身份的分离,解决全国人大“自任法官”的问题,从而体现“程序公正的最本质的特征”^[42](P9)。

当然,全国人大在逻辑上确定无疑地具有制宪机关与立法机关两重身份,前一身份是人民主权代表者,是真正的国家最高权力机关,后一立法机关的身份固然优越于行政、司法等其他国家机关,但是,却低于因而必须服从其制宪机关的身份。同时,我们可依全国人大行为所针对的事项与适用的程序标准不同,而识别其何时是制宪机关,何时是立法机关,从而不仅在逻辑上,而且在事实上实现全国人大制宪机关与立法机关两重身份的分离。然而,说到底,如果是同一机构、同一群人对待处理同一事项,例如,制定某一法律,又对这一法律进行复

审,那么,尽管前一阶段的制定程序(立法程序)不如后一阶段的复审程序(宪法监督程序)严格,这似乎仍然不能彻底解决该机构自任法官的问题。

自任法官的弊端是:其一,裁决者与当事人合一,裁决者利在其中,难以公正无偏;其二,自我复审容易受先前成见与思维定势的掣肘。论者认为,如果审查程序设计合理,全国人大宪法监督权的具体运作完全可以避免这两个问题。对于第一个问题,我们可设想具体情境以觅解决之道。例如全国人大作出为本机构增加某项福利的决议而无宪法依据或有违宪嫌疑,该决议被提交全国人大复审,一方面,可提高法定得票数,以增加复审通过的程序难度;另一方面,可设置人大代表的公共人格与自然人格相互分离的程序制度,即惟有人大代表在职时可享受此利益。诚如洛克所言:“在组织完善的国家中,全体的福利受到应得的注意,其立法权属于若干个人,他们定期集会,掌握由他们或联同其他人制定法律的权力,当法律制定以后,他们重新分散,自己也受他们所制定的法律的支配;这是对他们的一种新的和切身的约束,使他们于制定法律时注意为公众谋福利。”^[43]如果此两项程序仍未能阻止该福利法案复审通过,那么,只能说全国人大的宪法监督行为修改、补充、更新了宪法规定,这是制宪权的延伸,因而具有无可置疑的正当性。须强调的是,宪法监督或复审程序提高法定得票数具有深刻的超越技术层面的价值,前一情境中,如果全国人大的决议特别关照某一特定社会群体,因为涉嫌违宪而被提交进入宪法监督程序,由于复审通过必须获得更多的赞成票,那么,此一特定利益将会得到更多人大代表的审慎思考与讨论,而人大代表具有广泛的利益背景,质言之,宪法监督过程中的利益竞争与价值整合力度要远超立法程序。人大的宪法监督程序与司法程序相比,优势则更为明显,由于人大代表的利益与视角的多元性,因而更能够胜任主体间公议与共同决策的职能^[39](P126)。基于此,严格的宪法监督程序能够充分保障全国人大宪法监督权的正当性。

第二个问题的解决尚待更深入的论证。初步设想是,全国人大具体承办监督事项的工作机构可以由对预备复审的事项无成见或“前见”者组成,或者

委托无直接利益关系的第三方机构,对拟审查事项提出初步议案,然后提交全国人大审议。

由上可见,全国人大的宪法性权力包括:一是直接适用宪法,依据宪法制定法律或作出决议;二是为保证自己制定的法律得到实施,对其他国家机关执法行为进行“合法性审查”的权力;三是直接适用宪法,对包括自身在内的前述特定主体的直接适用宪法的行为进行“合宪性审查”的权力,即宪法监督权。前两种权力合称立法权,也就是说将“合法性审查权”视为立法权的延伸,第三种权力即“合宪性审查权”或宪法监督权要高于立法权;如果说立法权是全国人大作为立法机关所具有的权力,那么,宪法监督权则是全国人大作为制宪机关所具有的权力。比较这两种权力可知,立法权诚然优越于行政、司法、军事等其他国家权力,但是在实在法逻辑上,不能说它是最高国家权力,惟制宪权以及作为制宪权逻辑延伸的宪法监督权才是真正的最高国家权力。全国人大的制宪权与立法权之间的实体性质之别,以及程序设置之异,是现行宪法的明确规定。宪法文本与实在法逻辑在宪法监督问题上并无扞格不入之处。

无论是提高法定得票数、实行主权代表者公共人格与自然人格分离,还是委托第三方机构论证,这些程序解决方案均需要较高程度的经济社会发展作为制度运行的动力或基础,需要充满活力的有序的政治参与。要注意的是,提高法定得票数不能仅从数量上考察,提高法定得票数的实质是提供更多样的利益或价值考量机会与角度,使得宪法监督所针对的审查议案得到更广泛、更充分的协商论证。传统的民主政体理论多从“量”上进行考察,从形式上看,民主是多数人的统治,是“量”的政治;相比而言,民主政治的“质”更重要,而民主的“质”在很大程度上取决于国家意志、社会意识与个人意愿三者的互动程序机制,宪法监督程序是这三者互动关系的最高法律形式。

(四) 宪法监督程序政治参与的社会基础

通常认为,政治参与度愈高,政府与个人之间的沟通愈密切。国家的主要功能是对流传最广的、“大多数人”的观念和情感作出反馈,国家就是这种

反馈的结果,代表的选举仅仅意味着计算国家中支持某种意见的人数。实际上,对民众意愿作如此直接简单回应的国家,根本无法行使自己的权力,它不得不迎合大多数人模模糊糊的情感。这种困境的症结在于国家与个人之间没有任何中介,就形成了直接的作用与反作用,“只要政治秩序使代表能够直接接触由个人随意聚集起来的大众,个人就必然会自行制定法律。所以,这种直接接触并不会使国家成为其本身”^[19](P81)。幸而对高度分化的社会而言,治理这种政治顽症的社会条件是现成的,这就是基于劳动分工而影响与日俱增的职业群体与利益团体,它们作为联结国家与个人的纽带,能够克制双方的冲突,缓和民主的激情,“防止弱势力落入强者手中的惟一办法,就是在两者之间设立某些具有反抗能力的团体,以削弱强势力的作用。只有当国家不再直接脱胎于人民大众的时候,国家才更少会服从大众的作用,更多地归为自身”^[20](P81)。

现代社会的利益团体可归结为地方团体与职业团体两大类社会组织。前者体现地域利益,而地域利益是血缘利益的投影^[19](P70),它随着劳动分工的发展日渐式微;后者体现行业利益即麦迪逊所说的财富的种类分化,它随着劳动分工的发展而呈不断增长的趋势。这些利益团体居于国家与个人之间,能够起到联结国家与个人的积极作用,能够克服两者之间由于直接接触而产生的消极后果。相比之下,职业团体尤其具有深远的政治意义。涂尔干指出:“随着劳动分工的发展,职业生活越来越重要了。因此,我们有理由相信,这种职业生活必定会成为我们政治结构的基础。于是,有一种观念便获得了基础:职业团体变成了真正意义上的选举单位。”^[21](P83) 政治参与的基础从地方利益转向职业利益是社会发展的趋势,职业团体越来越代替地方团体成为现代社会的基本政治单位,“法人团体将来会变成一种基础,一种政治组织的本质基础。……选举团不能按照地方区域划分,而必须按照职业划分,也就是说,政治议会必须恰当地反映多样化的社会利益及其相互关系”^[20](P39)。国家与个人之间的联系既需要以职业团体为中介,也需要以职业团体为载体。职业团体相互之间既有分工专责,也有交易合作,既有相互分离,更有相互依赖,彼此结成

社会连带关系,众多职业团体社会组织力量之间的互动博弈能够形成稳定的均势社会生态^①。

(五)作为社会思想器官的宪法监督程序

现代大型社会的治理需要慎思明辨,需要复杂的政治法律设施对全社会的意愿进行反思性整合。宪法监督程序是一整套的权力组织与运行机制,也是一整套的沟通、甄别、批判与反思的思考机制,社会通过宪法监督程序反思与审视自身,从而获得有关其自身的最纯粹自觉的意识。宪法监督程序就公共议题进行沟通、辩论、批判、反思的过程,体现了现代政治与法律治理的特点,即注重多元利益的参与、沟通与协作。因而,作为“协作型法”,宪法监督程序规制现代政体运思的过程,能够发挥对公共价值的整合、构建与引领的制度功能。

民主的真正性质包括国家意志与民众意识的融合程度以及融合的正当程序。民主立法意味着主权者必须强化信息能力,实现外部信息汲取和审慎立法之间的有效均衡,如此才能提供高质量的立法供给^[44](P159)。以立法为主要监督对象的合宪性审查更应该强化信息能力,注重通过程序设置实现民众意识和国家意志之间的有效融合。国家意志与社会意识是两个相对分离的不同层面,如何以及在何种质量上实现两者的融合,是检验政体效能的两个标准:程序与质量。就两者融合的“质”而言,国家意志不是对大众意愿的不经反思的简单回应,不是“民声”的传声筒。基于大众话语的“压力型立法”是立法者思考与信息能力不足的表现,立法者不能应对法律规制活动的知识与信息挑战,仓促应对民意的立法往往失却应有的冷静、客观、慎重与全面,背离理性立法的内在机理,决策的后果堪虞^[44](P147)。“压力型立法”固然需要改变,却也表明宪法监督程序的价值与目标所在,即宪法监督机关必须对“民声”与“民情”进行反思、辩论、批判、整合,将其提升成为国家意志,实现国家意识与民众意识的良好融合。另一方面,就两者融合的“量”而论,国家意志应当能够最大程度地覆盖到尽量多的民众,将边沁的“最大多数人的幸福”与波普的“最小痛苦”决策原则相结合,真正充分地实现人民主权。民主的“质”与“量”均取决于民主的程序,高质量的立法与决策依

赖创制普遍规范与个别规范的过程与方式,根本上则须依靠宪法监督的正当程序。

四、结 语

通过反思性整合以实现政治上的“合众为一”是宪法监督程序的基本功能。现代社会是利益与价值分化多元的社会,如果公共领域依然像传统社会那样保留着模糊不清、混乱不明和无意识的状态,整个集体生活依然完全是由各种意识不到的传统、成见以及依稀难辨的情感组成的,根本没有什么机构与方法能够阐明它们,那么,社会将会一成不变,难以发展进步。在此意义上,宪法监督程序不仅能够协调整合价值之争,而且能够吐故纳新、积累共识、推动与引导社会进步。社会公共价值的革新离不开宪法监督程序的技术支持。当然,作为价值博弈前提与基础的是最低限度的价值共识,其核心是权利价值。保障与发展人格或人的权利是国家的目的与义务,是宪法监督程序本身,也是法治共同体得以建构于其上的价值基础。

权利与宪法是内容与形式的关系。权利价值通过形式上可预期、可计算的实在宪法规范而得到确定与保障。同时,自然权利对自然正义的否定意味着“智慧”统治的终结,公民诉诸“法治联合体”的不是君临万民的监护与救赎,而只是对人们之间价值与利益关系的居间协调裁决。如奥克肖特对现代政治的评价:“人是活动的‘物体’,人的行为是惯性的而非有目的的运动,他的‘得救’在于‘不断成功地获取人一直所想要的那些东西’。当然,公民结合体没有力量实现这点。”^[45]这也就决定了宪法在功能上是“协作型法”。亦如奥克肖特言:“政府的职能是解决多种多样的信仰和活动产生的某些冲突;维护和平,不是通过禁止从偏爱中产生的选择和多样性,不是通过强加实质的统一,而是通过一视同仁地将程序的一般规则实施于所有国民。”^[46]就此而论,宪法监督程序是“权利法”、也是“协作型法”,两者统一于其“实在法”的法理逻辑。

注:

① 尽管朱熹的理学“至广大”、“尽精微”,其根本核心却在

于建立这样一个观念公式:“应当”(人世伦常)=必然(宇宙规律)。朱熹包罗万象的“理”世界是为这个公式而设;万事万物之所以然(“必然”)当即人们所必须(“应当”)崇奉、遵循、服从的规律、法则、秩序,即“天理”是也。参见李泽厚. 中国古代思想史论[M]. 北京:生活·读书·新知三联书店,2017.213.

- ② 传统哲学认为,事物之间存在可为人认知的客观必然因果关系。而在休谟看来,因果关系只是人的思维习惯,并不具有必然性与客观性。康德认为,经验事物呈现因果联系,是人类的先天认识形式决定的。人类知识的两大部类,数学、几何学等由人的先天认识结构所决定,关于实际事物的知识亦是如此。由此来看,观念的世界与真实的世界永远无法完全相符。参见(英)休谟. 人类理解论[M]. 关文运译. 北京:商务印书馆,1957.20.(德)康德. 纯粹理性批判[M]. 蓝公武译. 北京:商务印书馆,1960.30—31.
- ③ 即便传统帝国的“庙堂”提供了大一统的政治形式,这种形式也是脆弱的,难以填补“庙堂”与“乡土”之间的虚空,这就导致传统中国人没有结构清晰、秩序井然的社会,只有茫茫江湖;出了作为熟人世界的有限范围(即小共同体),就置身于陌生人组成的混沌的交互空间——“江湖”。参见李恭忠. “江湖”:中国文化的另一个视窗——兼论“差序格局”的社会结构内涵[J]. 学术月刊,2011(11):33.
- ④ 主权者形式上的可识别性在知识论上具有重要价值,在国民的心理与情感上亦然。如白浩特所言,(主权者议会)是富于尊严的;在一种政制中,如果其最显要的部分是庄严(堂皇)的,它们就是良好的;任何显要的部分,要想成为良好的,必须在某种程度上是庄严(堂皇)的。人类的想象力需要藏于政府之中,就像需要藏于艺术之中一样。参见(英)沃尔特·白芝浩. 英国宪法[M]. 夏彦才译. 北京:商务印书馆,2010.162.
- ⑤ 根据“议会主权”原则,代议机关作为主权代表者,不受包括宪法在内的实在法的限制。“世间所盛传的法律限制之加于巴力门者无一有真实的存在于英国。”参见(英)戴雪. 英宪精义[M]. 雷宾南译. 北京:中国法制出版社,2001.116.
- ⑥ 地方人大对下级人大“不适当”决议的撤销权,不是严格意义上的宪法监督权;“不适当”可由地方人大判断,而地方立法或决议是否违宪只能由超越地方层面,据于制宪者地位的全国人大及其常委会做出判断。参见许崇德. 论我国的宪法监督制度[J]. 法学,2009(10):6—7.
- ⑦ 张友渔认为,全国人大常委会对全国人大负责并报告工作,全国人大选举和罢免它的成员,可以修改、撤销

它的不适当的决定,全国人大常委会违宪,全国人大可以制裁。那么,还可进一步问,全国人大违宪怎么办?这是决不可能的。这是对我们国家根本制度的怀疑!如果真的出现,那就是说整个国家成问题了。论者认为,张友渔先生的前一回答是立足于全国人大常委会的立法机关身份,后一回答则是立足于全国人大的制宪机关身份。参见张友渔. 加强宪法理论的研究[A]. 中国法学会. 宪法论文选[C]. 北京:法律出版社,1983. 14.

- ⑧ 在行政与立法的关系面向上,规范行政保留指向宪法所确定的、由行政予以保留的规范制定权的自主空间。我国《宪法》第八十九条是规范行政保留的宪法依据。第八十九条第(一)项中的“宪法和法律”属于并列关系而非选择关系,其中的“法律”可能是组织规范,也可能是根据规范。凡属于法律保留范围的事项之“根据”,为“根据规范”的法律;凡不属于法律保留范围的事项之“根据”,为“组织规范”的宪法或组织法。因此,在未确立一般法律保留原则的情况下,国务院基于《宪法》第八十九条第(二)至(十七)项职权而享有的行政管理职权范围内的规范制定权,在法律保留的事项范围外,具有独立的宪法地位,属于宪法位阶的规范行政保留。参见门中敬. 规范行政保留的宪法依据[J]. 国家检察官学院学报,2017(1):91.
- ⑨ 要注意的是,最高人民法院能否直接依据宪法作出司法判决,亦须根据本文所提出的两个标准作出判断。除最高人民法院外,各级人民法院不能在判决书中直接引用宪法规定,即不能直接适用宪法。虽然我国法院没有宪法解释权,但是法官有权力也有义务在个案审判中进行“法律的合宪性解释”,这是一种间接适用宪法的方式。参见张翔. 宪法释义学[M]. 北京:法律出版社,2013.84. 我国最高权力机关审查制近似于欧式“集中型”审查。欧式与美式合宪性审查制度之别在于审查的组织体系不同,前者是“集中型”,后者是“分散型”,而任务、目的、审查程序相似。参见路易·法沃勒. 欧洲的违宪审查[A]. (英)路易斯·亨金、阿尔伯特·J·罗森塔尔. 宪政与权利[C]. 郑戈、赵晓力、强世功译. 北京:三联书店,1997.31. 欧式审查制是对美国司法审查制的借鉴,后者奉行“司法至上”亦非没有缺陷。美国司法权与立法权之间的互动衔接程序难以导向两者之间的宪法性商谈。尽管司法权具有较强的政治功能,“政治问题”仍应在法院之外通过政治程序予以解决,毕竟司法缺乏制度性资源执行所有的宪法规范。Tushnet甚至主张美国应借鉴荷兰宪法第120条,以宪法修正案的方式废除司法审查。See Mark Tushnet. Abolishing Judicial Review [J]. Constitutional Commentary,2011,27

(581):584.

⑩ 吴家麟先生说:“基本法律如果违宪了怎么办?那只好由全国人大来个‘自我监督’了,而理论和实践都证明了:自我监督等于没有监督。”参见吴家麟.论设立宪法监督机构的必要性和可行性——为现行宪法颁布8周年而作[J].法学评论,1991(3):6.

⑪ 必须强调的是,中国共产党领导与民主集中制的宪制原则贯穿合宪性审查程序展开的全过程。《立法法》第99条第2款规定社会组织只能提出审查“建议”,这或许是担忧审查机关负担过重和社会无序低效参与等问题。随着社会组织党建工作的推进,这些问题可获解决。社会组织中的党组织是领导核心,是社会组织重大议题的设定者,因此,对于是否启动合宪性审查程序问题会作出审慎思考与决定。党组织发挥的是政治统合性作用,这种统合性是社会组织特殊利益与意愿的政治基础。因此,社会组织提出的审查请求,实质是其本身利益的特殊性与党组织所代表的国家利益或公共利益的普遍性的统一。党的政治统合性贯穿合宪性审查全过程,民主集中制的宪制原则要求不仅在合宪性审查程序的启动环节需要党的领导,而且在集中审查阶段,党中央也要主持政治协商,负责指导审查机构作出最终结论。参见李朔严.政党统合的力量:党、政治资本与草根NGO的发展——基于Z省H市的多案例比较研究[J].社会,2018,(1):165.刘连泰.中国合宪性审查的宪法文本实现[J].中国社会科学,2019,(5):100。

参考文献:

- [1] (德)马克斯·韦伯.经济与社会[M].林荣远译.北京:商务印书馆,1997.241.
- [2] (法)爱弥尔·涂尔干.职业伦理与公民道德[M].渠东,付德根译.上海:上海人民出版社,2006.
- [3] (美)列奥·施特劳斯.霍布斯的政治哲学[M].申彤译.南京:译林出版社,2001.3.
- [4] (美)爱德华·S·考文.美国宪法的“高级法”背景[M].强世功译.北京:生活·读书·新知三联书店,1996.68.
- [5] (美)列奥·施特劳斯.自然权利与历史[M].彭刚译.北京:生活·读书·新知三联书店,2003.
- [6] 左传·文公十五年[A].十三经注疏[C].北京:中华书局,1980.1856.
- [7] 冯友兰.中国哲学史[M].北京:中华书局,2014.442.
- [8] 李泽厚.中国古代思想史论[M].北京:生活·读书·新知三联书店,2017.
- [9] (古希腊)柏拉图.理想国[M].郭斌和,张竹明译.北京:商务印书馆,1986.279.
- [10] (英)托马斯·霍布斯.利维坦[M].黎思复,黎廷弼译.杨昌裕校.北京:商务印书馆,1985.
- [11] (美)昂格尔.现代社会中的法律[M].吴玉章,周汉华译.北京:中国政法大学出版社,1994.189.
- [12] 顾炎武.顾亭林诗文集·郡县论一[M].北京:中华书局,1959.12.
- [13] 王人博.一个最低限度的法治概念——对中国法家思想的现代阐释[J].法学论坛,2003,(1):14.
- [14] 商君书·赏刑第17[M].北京:中华书局,2009.138.
- [15] 秦晖.“大共同体本位”与中国传统社会(上)[J].社会学研究,1998,(5):19.
- [16] 严耕望.中国地方行政制度史:秦汉地方行政制度[M].上海:上海古籍出版社,2007.19.
- [17] 马克思恩格斯选集(第1卷)[M].北京:人民出版社,1972.693.
- [18] 李根蟠.从秦汉家庭论及家庭结构的动态变化[J].中国史研究,2006,(1):6.
- [19] 费孝通.乡土中国·生育制度[M].北京:北京大学出版社,1998.
- [20] (法)埃米尔·涂尔干.社会分工论[M].渠东译.北京:生活·读书·新知三联书店,2000.
- [21] (法)勒内·达维.英国法与法国法:一种实质性比较[M].潘华仿等译.北京:清华大学出版社,2002.5.
- [22] (德)马克斯·韦伯.论经济和社会中的法律[M].张乃根译.北京:中国大百科全书出版社,1998.62-63.
- [23] 汪栋.宪法程序考论[M].北京:法律出版社,2016.5.
- [24] David Dyzenhaus. “Now the Machine Runs Itself”: Carl Schmitt on Hobbes and Kelsen [J].Cardozo Law Review, 1994,16(1):6.
- [25] 黄金荣.法的形式理性论——以法之确定性问题为中心[J].比较法研究,2000,(3):290—291.
- [26] 陈林林.法治的三度:形式、实质与程序[J].法学研究,2012,(6):12.
- [27] (英)戴雪.英宪精义[M].雷宾南译.北京:中国法制出版社,2001.116.
- [28] John Watkins.Hobbes’s System of Ideas [M].London: Hutchinson University Library, 1973.114.
- [29] 许崇德.许崇德自选集[M].北京:学习出版社,2007.203.
- [30] (美)达尔.论民主[M].李柏光,林猛译.北京:商务印书馆,1999.32.
- [31] (美)汉密尔顿,杰伊,麦迪逊.联邦党人文集[M].程逢如,在汉,舒逊译.北京:商务印书馆,1980.45.
- [32] (美)列奥·施特劳斯,约瑟夫·克罗波西编.政治哲学

- 史(下)[M].李天然等译.石家庄:河北人民出版社, 1993.766.
- [33] (美)潘恩.潘恩选集[M].马清槐等译.北京:商务印书馆, 1981.146.
- [34] 胡锦涛.立法法对我国违宪审查制度的发展及不足[J].河南省政法管理干部学院学报, 2000, (5): 10.
- [35] 翟小波.论我国宪法的实施[M].北京:中国法制出版社, 2009.
- [36] 许崇德.论我国的宪法监督制度[J].法学, 2009, (10).
- [37] Kelsen. Pure theory of Law [M]. Berkeley: University of California Press, 1967.235.
- [38] 范进学.完善我国宪法监督制度之问题辨析[J].学习与探索, 2015, (8): 67—68.
- [39] 韩大元.《宪法解释程序法》的意义、思路与框架[J].浙江社会科学, 2009, (9): 19.
- [40] 胡锦涛.论法规备案审查与合宪性审查的关系[J].华东政法大学学报, 2018, (4): 26.
- [41] 莫纪宏.论法律的合宪性审查机制[J].法学评论, 2018, (6): 29.
- [42] John V. Orth. Due Process of Law: A Brief History[M]. Lawrence, Kansas: University Press of Kansas, 2003.
- [43] (英)约翰·洛克.政府论(下)[M].叶启芳, 瞿菊农译.北京:商务印书馆, 1964.89—90.
- [44] 吴元元.信息能力与压力型立法[J].中国社会科学, 2010, (1).
- [45] (英)迈克尔·奥克肖特.《利维坦》导读[A].渠敬东主编.现代政治与自然[C].上海:上海人民出版社, 2003.240.
- [46] (英)迈克尔·奥克肖特.政治中的理性主义[M].张汝伦译.上海:上海译文出版社, 2004.145.

【责任编辑:来小乔】

Positive Law Logic of Constitutional Supervision Procedures and Its Deductions

WANG Dong

(College of Public Administration, Shandong Agriculture University, Tai'an Shandong, 271018)

Abstract: Rule of law in modern times is the rule of positive law, and constitution replaces the higher legal status of natural law, and is the core of the positive law system with characteristics of formal rationality. The positive law proposition of authoritative legislation rather than truth legislation means that the supervision of constitutional implementation by representative organs conforms to the inherent stipulation of people's sovereignty. The positive norm of constitutional supervision procedures integrates the value of rights law and the function of collaborative law, which can carry the constitutional supervision function of people's representative organs. In terms of positive law logic, the constitutional supervision power is the power exclusive to sovereignty representatives and extension of constituent power. The National People's Congress exercises constitutional supervision over the direct application of constitution by central state organs, local people's congresses with legislative powers and people's congresses of ethnic autonomous areas. The difference between constitutional supervision power and legislative power, as well as legitimacy of self-constitutional supervision, can be tackled by due process principle, namely, the constitutional review power and the legitimacy review power can be set apart through procedures setting. At the same time, more efforts should be put in value integration of constitutional supervision procedure than in legislative demonstration, so as to realize the procedure separation between constitutional review and legitimacy review and the construction of both.

Key words: positive law; NPC (National People's Congress); constitutional supervision; due process; constitutional rights