

【文章编号】1002—6274(2018)03—021—10

# 论我国公民合宪性审查建议权的双重属性

## ——以《宪法》第41条为分析基础

焦洪昌 江 溯

(中国政法大学法学院,北京 100088)

【内容摘要】我国《宪法》第41条的规范结构及合宪性审查制度的运行实践表明,公民合宪性审查建议权具有监督权和救济权的双重属性。近年来,公民合宪性审查建议权逐渐成为重要的权利救济手段,与司法制度的冲突开始浮现。亟待整合权利救济渠道,建立公民审查建议的法院移送机制,以维护法制统一与司法公信力。民主监督属性则是《宪法》赋予公民合宪性审查建议权的规范属性,不能因法院移送机制改革而削弱。为此应当放宽对建议人的主体资格限制,赋予普通公民为公益起诉并提出审查建议的权利;并在合宪性审查制度中设立听证程序,作为加强民主监督属性的措施。

【关键词】合宪性审查建议权 双重属性 《宪法》第41条 监督权 救济权

【中图分类号】DF2 【文献标识码】A

我国2000年《立法法》第90条创设的规范性文件被动审查制度是一项工具性的改革。<sup>①</sup>意在解决此前几届全国人大常委会实行的主动审查模式劳而无功,不堪重负的问题。自1979年《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》赋予省级人大及其常委会以地方立法权并规定备案制度之后,全国人大常委会即主动开始对备案法规进行合宪性审查,<sup>②</sup>这种做法一直持续到上世纪末。然而在上世纪八、九十年代权力下放的改革背景下,旨在监督地方立法权的审查工作未得到足够重视。审查机关人力不足,审查工作缺少规范依据,审查意见对地方人大也没有约束力,成效甚微。<sup>[1]P316-319</sup>故而2000年《立法法》以“不告不理”的被动审查模式取代了主动审查。<sup>[2]</sup>

2000年《立法法》第90条第1、2款分别规定了特定国家机关启动被动审查的要求权和其他国家机关、组织及公民启动被动审查的建议权。立法者的本意是将特定国家机关要求权作为启动审查的主要方式,公民等主体在执法活动中发现规范性文件存在违宪违法情况时,应当逐级向特定国家机关提出,由特定国家机关要求全国人大常委会审查;公民建议权仅仅是对要求权的补充。<sup>[3]P302</sup>

从立法意图可以看出,创设被动审查制度并非宪制层面的改革措施,公民合宪性审查建议权在这一制度中又处于从属地位。因此,这一权利被创设之时,在理论准备和制度建构层面均存在先天不足。理论上,立法时对这一权利的基本性质、价值目标、宪法依据、相关制度衔接等问题缺少周密论证和清晰认识。制度上,公民行使建议权的操作规则一直阙如;对公民所提建议的研究、审查和反馈程序也仅在全国人大常委会的两个内部文件中做了简略规定,且很长一段时间内未被严格执行。

长期以来,法学界为完善公民审查建议制度提出了大量改革建议,但关于这一权利的理论短板尚未被补足。其中最关键者,就是这一权利的基本性质及规范依据,这决定了公民审查建议制度在我国宪制结构中的定位及改革方向。本文拟从该权利的宪法规范入手,结合多年来的权利行使实践,考察公民合宪性审查建议权的两重不同属性。再由这两重权利属性,讨论我国合宪性审查制度中公民参与机制的改革方案。

### 一、公民合宪性审查建议权的双重性质

我国公民合宪性审查建议权的直接法律依据是

作者简介:焦洪昌(1961-),男,北京人,法学博士,中国政法大学法学院院长、教授、博士生导师,中国宪法学会副会长,主要研究方向为宪法学;江溯(1978-),男,安徽安庆人,中国政法大学法学院博士研究生,主要研究方向为宪法学。

现行《立法法》第99条第2款和《各级人民代表大会常务委员会监督法》第32条第2款。《宪法》层面对这一权利没有明文规定或权威解释。但立法者创设这一权利时,有意将其作为公民“参与国家管理”、“行使批评建议权”的一种方式。<sup>[3]P304</sup>这实际是宪法第41条规范含义的体现。学界通常把《宪法》第41条的批评建议权视为这一权利的宪法依据。因此要分析这一权利的性质,应当从《宪法》第41条的规范构造入手。

还有研究提出,《宪法》中另外几处文本表述也与这一权利存在关联。如序言末段规定的“全国各族人民……都必须以宪法为根本的活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责”,<sup>[4]</sup>第2条“人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务”,第27条第2款“一切国家机关和国家工作人员必须……倾听人民的意见和建议”,以及第35条关于言论自由的规定等。<sup>[5]P33-34</sup>但这些条文或是政治意义大于规范意义,或是与合宪性审查建议权缺少直接的逻辑关系,可以用于辅助理解这一权利的性质,但不宜视为这一权利的规范依据。

### 1. 《宪法》第41条的规范结构

《宪法》第41条包含6项具体权利:批评权、建议权、检举权、申诉权、控告权、取得赔偿权。<sup>③</sup>对这些权利的基本性质,学界尚无共识。主流意见称其为监督权<sup>[6]P403</sup>或舆论监督权<sup>[7]</sup>。亦有研究称其为请愿权<sup>[8]</sup>或诉愿权<sup>[9]P198</sup>。而请愿权是什么性质的权利,学界也看法不一:我国台湾学者一般认为请愿权是一种权利救济权,属于程序性权利;<sup>[10]P327[11]P286</sup>大陆学者则多认为请愿权本质上仍是监督权,<sup>[12]P145[13]</sup>属于实体性权利;德国和日本学者还有将请愿权视为自由权、受益权、参政权等观点。<sup>[14]</sup>

鉴于众说纷纭,学界主流意见逐渐倾向于将第41条列举的权利逐项区别讨论,分为政治性权利(对应监督权或参政权属性)和非政治性权利(对应权利救济权或请求权属性)两类。政治性权利是实体性权利,非政治性权利则是程序性权利。

这两种属性既可以从权利行使方式上区分,如将批评权、建议权、检举权划归政治性权利,将取得赔偿权归为非政治性权利;又可以从权利主张的内容上区分,如申诉权和控告权可以按申诉、控告的事由是基于公共利益还是私人利益,来判断具体个案中该权利

应归为政治性还是非政治性。<sup>[12]P147[15]</sup>

区分标准的多样化本身就反映出这些权利性质的复杂性。学界共识仅限于第41条诸权利可分为政治性和非政治性两类,但对于各项权利分别应属于哪个类别仍无定论。主流意见认为批评权、建议权、检举权属于监督权,取得赔偿权属于权利救济权。但也有观点认为:如果行使批评权、检举权的目的是为了获得救济的话,也应当视为权利救济权。<sup>[16]P399</sup>

这种认识分歧很大程度上是由第41条各项权利行使样态的模糊性造成的。例如控告权,顾名思义似乎很接近典型的救济性权利——诉权,但我国有300多部法律、法规、行政规章中使用了“控告”一词,其受理部门包括行政机关和法院,控告事由涵盖个人权益、公共利益、内部行政行为等。像为公共利益向行政部门行使的控告权,与检举权有何区别并不容易区分。<sup>[17]</sup>难以确定权利的内涵,自然也就难以确定权利的性质。

### 2. 公民合宪性审查建议权的监督权属性

宪法第41条的复杂性同样体现于公民合宪性审查建议权之中。从权利名称看,这一权利应归入“建议权”下。但从内涵判断,公民针对某一规范性文件提出审查建议,往往是认为该规范性文件存在违宪违法的错误,这实际上也是一种批评。因此这一权利同时具有批评权和建议权的特征。无论是批评权还是建议权,依主流观点都应当归入政治性权利,是人民实施民主监督、参政议政的一种方式。这也符合前述《立法法》的制度设计原意。

2003年以来,我国合宪性审查实践中多次出现“公益上书”事件,例如2003年“孙志刚事件”引发“三博士”、“五学者”建议对《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》进行审查;2007年69位专家学者对劳动教养制度提出审查建议;2009年北大法学院五教授建议对《城市房屋拆迁管理条例》(下称“《拆迁条例》”)进行审查等。这些审查建议多由专业知识分子提出,建议人自身利益并未受到直接侵犯,建议的主要目的是保护社会上不特定人的普遍权益,推动制度变革,带有鲜明的民主监督特征。这佐证了公民合宪性审查建议权是一种监督权。这类公民建议往往媒体曝光率较高,容易引起社会舆论关注,<sup>[18]</sup>也容易得到审查机关或有关部门的重视。

作为监督权的公民合宪性审查建议权无疑是一

种实体性权利。尽管许多“公益上书”未获得有关部门回应,但“上书”这一行为本身的民主意义与言论自由意义就是行使建议权的目的之一。

### 3. 公民合宪性审查建议权的救济权属性

然而,并非所有公民提出的合宪性审查建议都是为了保护公益或他人利益。也有大量个案中,公民提出审查建议的主要目的是维护自身权益。此时审查建议权更像一种权利救济权。

2016年杭州公民潘洪斌对《杭州市道路交通安全管理条例》提出的审查建议是一起典型个案。潘洪斌因不服杭州市公安局依据该条例对其作出扣留电动车的行政强制措施,提起行政诉讼,一、二审均败诉。随后潘洪斌向全国人大常委会提出审查建议,认为该条例违反了《行政强制法》;并向浙江高院申请再审。再审申请被驳回之后,潘洪斌再次向全国人大常委会提出审查建议,并将浙江高院的驳回裁定一并提交。2017年1月,全国人大常委会法工委向潘洪斌书面反馈了审查结果。2017年6月,杭州市人大常委会修改了该条例,删除了处罚潘洪斌所依据的条款。收到全国人大常委会的反馈后,2017年2月,潘洪斌就杭州市中院的判决向杭州市检察院申请抗诉。<sup>[19]</sup>

这类个案中,公民是因为自身利益受损而提出审查建议,主要目的是在司法诉讼或行政复议中获得救济。合宪性审查机关作出审查结论并非他们寻求救济的终点,他们往往还要继续通过司法程序要求改变对他们不利的判决。这是权利救济权的典型特征。

更复杂的是,公民们由于身份不同、动机不同,联名参与同一个审查建议时,各自行为也会呈现出监督权或救济权的不同性质。例如2003年,1161位公民联名建议全国人大常委会对全国31省区市公务员录用限制乙肝携带者规定进行合宪性审查。据媒体报道,这一千多名建议者大部分是乙肝患者,自身就业权受到直接侵害,<sup>[20]</sup>行使的是权利救济权。但人民大学教授何家弘、四川大学教授周伟、浙江大学教授章剑生等学者也基于公益目的参与联名,他们行使的则是监督权。

公民合宪性审查建议权体现为救济权之时,主要功能是启动合宪性审查程序,以保障建议人的其他实体性权利。它要启动的审查程序虽然不够完善严谨,但仍符合由国家进行“程序给付”的程序权特征。<sup>[17]</sup>此时审查建议权应被视为一种程序性权利。

### 4. 公民合宪性审查建议权的双重属性:与信访权相比较

把对《宪法》第41条的规范分析应用于公民合宪性审查建议权的实践,会发现理论与实践不完全吻合。主流学说将批评权、建议权视为政治性权利。但公民合宪性审查建议权在不同个案中分别呈现监督权或救济权属性,总体上兼有政治性和非政治性的双重性质。主流学说一般认为这种二重性主要体现在申诉权、控告权之上,但公民合宪性审查建议权的行使方式又明显不同于申诉权、控告权。确切的说,公民合宪性审查建议权应当是一种基于《宪法》第41条的双重性质的权利。

这种权利类型并非独创。我国学界普遍认为信访权也具备类似特征。首先,信访权具有典型的政治性和非政治性双重属性。政治性方面,我国信访制度起源于1951年《政务院关于处理人民来信和接见人民工作的决定》。该文件规定“各级人民政府应该密切地联系人民群众,全心全意地为人民服务;并应鼓励人民群众监督自己的政府和工作人员。”1982年《党政机关信访工作暂行条例(草案)》第2条也规定“人民群众通过来信来访向各级党委和政府提出要求、建议、批评和揭发、控告、申诉,是宪法规定的民主权利,也是人民群众参与管理和监督国家各项工作、监督国家工作人员的一种方式。”这些条文明确规定信访权是一种监督权。非政治性方面,文革结束后,信访制度成为拨乱反正、平反冤假错案的重要渠道,实际上承担起权利救济职能。1995年《信访条例》第8条第(3)项将“控告侵害自己合法权益的行为”列入信访处理事项范围,进一步强化了信访权的权利救济属性。这两种权利属性分别体现于不同信访个案之中,因此信访也可以划分为权益型信访和公益型信访。<sup>[21]</sup>

其次,2005年修订《信访条例》时虽没有明确信访权的宪法依据,但条例起草部门曾表示“畅通信访渠道是保障公民的建议权和申诉权”。<sup>[22]</sup>可见该条例的制定原意将《宪法》第41条视为信访权的规范依据。这也是学界的通说。但信访权的行使方式又难以精确划归第41条列举的某项具体权利之下。除了起草部门提到的建议权、申诉权之外,现行《信访条例》还写入了检举。1995年《信访条例》更是在信访事项中列举了批评、建议、检举、控告。鉴于第41条诸项权利的规范内涵本身就不甚清晰,研究者只能将信访权理解为多

项权利的交织混合,权利边界处于模糊和开放状态。<sup>[23]</sup>与之相比,公民合宪性审查建议权的内涵还相对简单,仅体现为批评权和建议权的混合。

再者,学界多认为信访救济具有非程序性的特点。这表现为信访制度缺乏一套清晰的、普遍适用的运作规则。<sup>[24][25]</sup>然而很多研究者也认为信访权很大程度上是一种程序性权利。<sup>[23][26]</sup>信访权虽然不能直接成为信访人主张某种利益的依据,但它可能启动一种救济程序;这种程序虽然充满不确定性,但由经验可知,它仍有很大可能导向某种保障其他实体性权利的结果。

上述比较表明,公民合宪性审查建议权与信访权颇为相似:两者在规范和实践方面都兼具政治性和非政治性的双重性质;两者都被公认以《宪法》第41条为上位法依据,且呈现出第41条诸项权利交织的行使样态;两者都是在缺乏清晰明确的程序规则的情况下,发挥着程序性权利的功能。信访权在我国运作多年,积累了丰富的实践案例和理论成果,研究者可以借鉴此来认识公民合宪性审查建议权何以呈现为一种双重属性并存的权利。

## 二、公民合宪性审查建议权双重属性的实践体现

仔细考量2000年设立被动合宪性审查制度的立法原意,立法者似乎已经考虑到公民基于民主监督和权利救济两种不同原因提出审查请求的情况。按原制度设想:公民在法律执行过程中产生审查需求,应向有审查要求权的特定国家机关逐级提出。这些公民中必然包括自身权益因执法而受损的行政相对人和诉讼当

事人。对他们来说,请求合宪性审查即请求权利救济。执法活动之外,公民因研究、宣传法律而产生的审查需求才应当适用审查建议权<sup>[31]P302</sup>。由于不涉及具体案件,这种审查建议权当然没有权利救济性质。

但《立法法》颁布后,被动审查制度的运行状况与立法者的预期相去甚远。原设想作为主要启动渠道的特定国家机关多年从未提出审查要求。无论监督性质还是救济性质的公民审查需求,都是通过公民审查建议提出。早在公民审查建议制度首次产生重大社会影响的2003年,就既有法律学者们因“孙志刚事件”为公益而对《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》提出的审查建议;也有黑龙江省双鸭山市公民马继云因自己被收容教育,为维权而对《黑龙江省信访收容遣送工作规定》提出的审查建议。<sup>[27]</sup>多年来两种性质的审查建议都层出不穷。

全国人大常委会过去十几年间很少公布收到审查建议的情况。研究者难以精确的量化分析以往所有审查建议中,监督权性质和救济权性质的审查建议的各自占比和增减趋势。但从已经披露的信息推算,救济性审查建议的数量应当多于监督性的审查建议,而且近两年来呈现井喷趋势。《立法法》颁布后至2004年初,全国人大常委会一共收到了23件有效审查建议。<sup>④</sup>2004年5月全国人大常委会设立法规备案审查室以来至2017年年底,一共又收到1652件有效审查建议。其中2016、2017两年内收到有效审查建议978件,约占17年来全部有效审查建议的58%。这978件审查建议中,针对司法解释的审查建议有940件。详见下表:

表1 2000-2017年全国人大常委会收到的审查建议数量 单位:件

	针对 行政法规	针对 地方性法规	针对 司法解释	有效审查建议 总计	无效 审查建议
2000-2004年初 <sup>[28]</sup>				23	21
2004.5-2014 <sup>[29]</sup>				489	673
2015 <sup>[30]</sup>	11	15	159	185	61
2016 <sup>[30]</sup>	3	17	19	39	53
2017 <sup>[30]</sup>	2	16	921	939	145
总计 <sup>⑤</sup>				不少于1675	不少于953

另据媒体报道,2016年和2017年两年间,全国人大常委会收到了近千件针对《婚姻法司法解释(二)》第24条的审查建议。其中绝大多数建议者是在夫妻共同债务诉讼中由于该司法解释而败诉的当

事人。<sup>⑥</sup>可知这些建议中,由诉讼当事人提出、属于权利救济性质的审查建议,数量至少应在900件以上。故而仅针对这一件司法解释提出的、权利救济性的审查建议,就占17年内所有有效审查建议的半数以

上。<sup>⑦</sup>针对《婚姻法司法解释(二)》第24条的审查建议个案反映出一种趋势:随着近年来合宪性审查制度不断完善,以审查建议方式寻求权利救济的公民人数持续增加。权利救济属性在合宪性审查建议权中的重要程度也在不断提升。

### 三、公民合宪性审查建议权作为救济权的改革方向

权利救济性质的公民合宪性审查建议数量呈增长趋势,学界对此早有预见。很多研究者主张:为防止寻求权利救济的审查建议泛滥,导致审查机构不堪重负,应借鉴美、德、法等国及我国台湾地区的经验,将诉讼作为公民提出审查建议的前置程序,并对提起合宪性审查建议的主体资格要件做出明确限定。诸如仅赋予直接利害关系人以建议资格,建议人有义务举证存在自身利益受损的事实,建议人须穷尽救济,且受诉讼时效限制等。<sup>[4][31][32]</sup>

但2000年《立法法》在设计公民审查建议制度之时已对审查建议数量的泛滥有所准备。第90条第2款之所以规定由全国人大常委会的工作机构对审查建议先行研究,就是考虑到审查建议的数量往往很大,都要审查既无必要也无可能,因此由工作机构先行筛选,仅将有必要者送交专门委员会审查。<sup>[3]P302</sup>如果现有工作机构人手不足,也可以通过添加人手来解决。以此为由要求建议人以穷尽救济为前提,理据似不充分。

本文认为,公民合宪性审查建议制度必须与诉讼制度整合与对接,更深层的原因在于:公民审查建议权在实践中已经具有权利救济属性,发挥着救济职能,但在规范上并未严格的按照救济权来构造,势必导致这一制度与其他救济制度之间的脱节与冲突,破坏国家法制的统一性与公信力。

#### 1. 不同权利救济渠道之间的冲突及危害

前举的杭州公民潘洪斌申请合宪性审查事例已经暴露出公民审查建议制度与诉讼制度之间的裂隙。潘洪斌在两审行政诉讼均败诉后,向全国人大常委会提起合宪性审查建议,同时向浙江省高院申请再审。全国人大常委会和浙江省高院分别独立审查了他的要求并各自做出了结论。虽然表面看来,审查机关审查的是抽象的规范性文件,司法系统裁决的是具体案件,但本质上两者的结论是相互冲突

的。审查机关否定了法院判决所依据规范性文件的合法性,意味着法院判决的法律适用违反了“上位法优于下位法”规则。当潘洪斌持全国人大常委会的反馈向检察院申请抗诉,要求推翻浙江省高院的裁定的时候,司法系统不得不直面这个冲突。而现行制度并未明确给出这一冲突的解决方案。实践中,杭州市检察院以修改后的规范性文件对该案无溯及力为由拒绝了潘洪斌的抗诉要求。潘洪斌表示将继续向浙江省检察院申请审判监督。此案尚未了结。<sup>[19]</sup>即便潘洪斌不再寻求推翻原判决,这一公开冲突仍然削弱了原判决的公正性。而我国社会对实质正义的重视程度远超过形式正义。这类冲突如果不断累积,将严重损害司法机关的公众形象。

法治现代化的经验表明,国家层面的所有权利救济渠道应当被纳入统一的层级系统。如果多种救济渠道并存,彼此又相对独立,容易发生冲突,必然会形成恶性的司法竞争局面,导致其中某些救济渠道的威望降低,甚至衰落。<sup>⑧</sup>我国在这方面已有教训,即信访制度对司法公信力的冲击。自上世纪90年代以来,“信访不信法”问题一直是我国法治建设中的痼疾。2013年《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》对这一问题提出解决方案:把涉法涉诉信访纳入法治轨道解决,建立涉法涉诉信访依法终结制度。2014年中央发布《关于依法处理涉法涉诉信访问题的意见》,要求把涉及民商事、行政、刑事等诉讼权利救济的信访事项从普通信访体制中分离出来,由政法机关依法处理;对经过中央或省级政法机关审核,认定涉法涉诉信访人反映的问题已经得到公正处理,除有法律规定的情形外,依法不再启动复查程序。这项改革旨在重新整合司法制度和作为权利救济方式的信访制度,统一权利救济渠道。我国台湾地区的法学理论将请愿权视为权利救济权,对请愿制度也有类似规定。如台湾地区《请愿法》第3条规定“人民请愿事项,不得抵触宪法或干预审判。”第4条规定“人民对于依法应提起诉讼或诉愿之事项,不得请愿。”

#### 2. 整合公民合宪性审查建议权和诉权的改革方案

合宪性审查制度主要针对的是行政法规、规章和地方法规,它和司法诉讼的关系比信访制度更加紧密。随着公众关注程度日益提升,它在实践中必将越来越频繁的发挥权利救济功能,等于在司法

诉讼之外另设了一条独立的救济渠道。而且这一渠道的裁决效力高于司法裁判,其审查结论可以否决法院判案依据的规范性文件的效力,对所有法院均有拘束力。这在诉讼中可以起到釜底抽薪、一劳永逸的效果,理性的当事人有充足动力舍弃司法救济渠道,优先寻求合宪性审查。若不尽快通过顶层设计整合司法制度与合宪性审查制度,可以预见两者间的冲突将愈演愈烈。如果法院据以裁判的规范性文件不断因为违宪违法被修改,法院要么将陷入不断再审改判的境地,司法判决的权威性和终局性难以维持;要么只能以修改后的规范性文件不溯既往为由拒绝受理对生效判决的再审申请。但如此一来,生效判决的公正性将不断受到公众质疑。长此以往可能重蹈“信访不信法”的覆辙,重创司法系统的公信力。

因此,在公民的合宪性审查建议和普通诉讼之间建立关联行使的渠道势在必行。这方面学界已借鉴德国宪法法院制度和法国2008年修宪后的宪法委员会制度提出了比较成熟的方案,即建立法院合宪性审查移送机制:<sup>[33][34]</sup>案件当事人在诉讼过程中,可以向法庭提出合宪性审查请求;经法庭上报至最高人民法院审核后,由最高法依据现行《立法法》第99条第1款,将公民的审查建议转化为审查要求,提交全国人大常委会审查;在未穷尽救济之前,案件当事人不得直接向全国人大常委会提出审查建议。2000年《立法法》第90条第1款起草之时就蕴藏着由特定国家机关移送公民审查请求的设计。这项改革符合《立法法》的原意。也有研究建议直接将合宪性审查建议权改造为诉权或宪法诉愿权。<sup>[35][36]</sup>

#### 四、公民合宪性审查建议权作为监督权的改革方向

##### 1. 民主监督属性对于公民合宪性审查建议权的必要性

随着公民合宪性审查建议权中救济属性的重要程度不断提升,是否应保留它的监督权属性,学界存在不同意见。有研究主张:违宪审查机制本质上并非一种民主表达机制,而应该被塑造为一种权益保障机制。<sup>[32]</sup>对审查建议人施加主体资格限制的改革建议也意味着完全取消公民审查建议权的监督权属性。

但这一主张在规范和实践层面都难以实行。规

范层面上,只要公民合宪性审查建议权还是《宪法》第41条为上位法依据,就不可能完全剥离这一权利的政治属性。虽然在具体个案中,这一权利可能表现为权利救济权。但在规范意义上,其必然带有批评权和建议权的民主监督特征。而《宪法》第41条的监督权又与第2条、第27条的民主政治原则紧密关联,是人民当家作主原则的保障之一。除了“公民”这一基本条件外,是不能对监督权的行使主体设置其他任何主体资格要件的。像信访制度正在实施的涉法涉诉改革,也只是剥离出信访权中救济性质的部分,并入诉权之中行使。而不能彻底否定信访权的监督权属性,不能因此禁止其他公民因公益事由进行信访。

或者说,取消公民审查建议权的监督属性必须以变更其宪法依据为前提,从宪法层面到具体制度层面都需要重新构造制度规范。但除第41条外《宪法》中没有切合的规范条款。诉权或宪法诉愿权并非《宪法》中载明的权利。<sup>[37]</sup>有研究认为,如果要从宪法文本中解释出诉权,最可能依据的规范仍是第41条的控告权。<sup>[17]</sup>如果不修改宪法,这个问题很难解决。

实践层面上,在我国当前政治生活中,民主监督性质的公民审查建议权仍有着权利救济权不能替代的效用。针对同一规范性文件提起审查建议时,行使监督权的公民较之寻求救济的公民,可能产生更大的社会影响力,更有机会获得审查机关重视并推动审查进程。例如2003年杭州公民刘进学因自家房屋被强拆,联合115人上书全国人大,请求对《拆迁条例》作合宪性审查,未获回音。<sup>[38]</sup>而2009年,北大法学院五教授对《拆迁条例》提出的审查建议在当年年底获全国人大常委会法工委副主任公开回应。建议人之一的王锡锌教授还两次接受国务院法制办邀请参与了修改《拆迁条例》的工作。<sup>[39]</sup>其他引起较大社会反响的审查建议,也往往有知名专家学者参与其中,与社会舆论形成监督合力。

况且当前我国法治建设尚不完善,诉讼当事人寻求司法救济时,立案、申请证人出庭、自行选择和会见辩护人等合法权利有时尚难正常行使。如果将法院审核作为提出合宪性审查建议的前置程序,可能会给当事人正当行使该权利平白增添障碍。有鉴于此,赋予无利害关系的其他公民以提起合宪性审

查的权利,有助于冲破公权力的不正当阻挠,维护社会公正。因此,考虑到我国现实国情,至少在司法改革取得明显成效,法院能够独立公正的行使审判权之前,不宜轻易否定公民合宪性审查建议权的民主监督属性。

完全实行司法审查的国家如美国,违宪审查与民主价值之间的不兼容很大程度上是由三权分立的宪制结构和精英主义司法传统造成的。美国司法限制原告资格的一个重要原因是为了排除“意识形态原告”(ideological plaintiff)。即法院不受理个人因政治信念、仅以公民或纳税人身份提出的诉讼。传统观点认为,这类案件应当通过政治程序解决,交给民选官员或代表来处理。法院并非民意代表机关,司法权扩张到民主政治领域将妨碍政府的有效运作。<sup>[40]</sup>然而这一逻辑不适用于我国的合宪性审查制度。我国的合宪性审查机关恰恰就是民意代表机关,是国家机构中最具有民主性的机构。虽然这一制度安排未必优于司法审查,但它的确规避了司法审查在法理上引发的“反多数难题”(counter-majoritarian difficulty)。因此在我国,公民为公共利益提出合宪性审查建议非但不会与民主政治冲突,反而是人民当家作主的题中应有之义。

## 2. 在合宪性审查中整合诉权与监督权的改革方案

公民合宪性审查建议权中的权利救济属性要求整合公民建议权和诉权,民主监督属性则要求维持最广泛的建议权主体资格。这两者间的矛盾如何协调?英国司法审查改革的经验可资借鉴。虽然英国的司法审查并非宪法审查,但二十世纪下半叶,美国违宪审查制度中的“公益模式”(public interest model)强烈影响了英国司法。<sup>[41]P1104</sup>英国传统的行政诉讼严格限定只有个人利益受损的当事人才能行使诉权。在美国影响下,英国司法审查制度中发展出“充分利益”(sufficient interests)理论,赋予法院更大的自由裁量权来决定是否受理公益诉讼,并允许公民群体、社会组织、专家团体以集团诉讼方式为公益提起诉讼。<sup>[41]P993-1008</sup>法院应当守护民主的观念也在英国法官中传播。<sup>[41]P1105-1106</sup>

英国司法审查的变迁是在传统的救济权基础上增添了民主色彩,我国的公民合宪性审查建议权则是在规范的民主监督属性上强化了权利救济属性。

两者殊途同归。我国可借鉴英国的做法,在整合公民合宪性审查建议权与诉权之时,尊重权利的民主监督性质,放宽对诉讼主体的资格限制。法院移送机制应当允许普通公民在自身利益未受损的情况下,个人或联名为公共利益向法院起诉,提出合宪性审查请求。公民作为公益诉讼的原告穷尽救济之后,也应当可以直接向全国人大常委会提出审查建议。

当前限制审查建议权主体资格的观点,大多主张以“利害关系”来作为认定主体资格的依据。<sup>[41]P31[32]</sup>这一标准应是借鉴自我国行政诉讼的原告资格。但我国行政诉讼诉权和合宪性审查建议权的权利属性、规范依据、价值目标均不相同。两者间未必能够简单照搬。试举一例:自十八届四中全会提出“探索建立检察机关提起公益诉讼制度”以来,由检察院行使公益诉讼诉权已是行政公益诉讼的改革方向。如果借鉴行政诉讼原告资格以确定合宪性审查建议权的主体资格,则是否所有公益的合宪性审查也应当由检察机关来提起?但最高人民检察院早已拥有提请合宪性审查的要求权,十几年来却从未行使。这么改革岂非又回到了由特定国家机关启动被动审查的老路。事实上正是因为此路不通,如今才需要借助公民审查建议权来推动审查工作。可见合宪性审查建议权的主体资格不可照搬行政诉讼的原告资格。因此在探索法院合宪性审查移送机制的改革方案的同时,也应当加强对公民提起公益诉讼并附带提出合宪性审查建议的程序的研究。

## 3. 案外人参与合宪性审查的改革方案

实行法院合宪性审查移送机制改革的同时,合宪性审查建议权的民主监督属性仍然要求为案外公民提供参与审查的通道。即便在美、德等完全实行司法审查的国家,违宪审查活动也不绝对排斥公众的民主参与。因为司法审查的结果并非只跟个案当事人有利害关系,而是会影响到所有受规范性文件拘束的社会公众。案外公民有充足的正当理由关注审查情况,参与审查进程。

更深层的原因是,宪法审查本身是一种公共理性的对话过程。罗尔斯将美国联邦最高法院称为“公共理性的范例”。司法审查也就是大法官们遵循“所有理性而合理的公民都认可”的价值作出宪法解释的过程。法庭作为一个公共讨论的论坛,使得公

民“通过集中注意基本宪法问题,来运用公共理性及其政治正义的政治价值”。<sup>[42]P244-254</sup>同样,德国学者也将宪法法院的言辞审理视为“一种与各个领域的重要政治力量进行的公开对话,其目的是维护或者续造宪法”。<sup>[43]P71</sup>故而宪法审查制度必须具备一种开放性机制,确保一般公民仅仅基于公益目的,也能参与到这场公共对话之中。

美国和德国的诉讼制度中均有专门机制确保公众参与司法审查或宪法诉讼进程。美国是通过“法庭之友”(amicus curiae)制度允许案件当事人以外的第三人向法庭提交书面意见,对法官施加影响。“法庭之友”不是普遍的公民权利,而是基于诉讼当事人同意或法院许可而为之的诉讼行为。美国公民自由联盟等民权组织将“法庭之友”制度视为受美国宪法第一修正案保护的“公共论坛”机制。法官则可以通过这一制度获取多元化的信息,更全面的考虑判决对社会各阶层的影响。<sup>[44]</sup>英国的“法庭之友”制度不如美国发达,但上世纪70年代以来司法审查中也开始缓慢的接受这一制度。<sup>[41]P1009-1011</sup>上世纪最后十年和本世纪初,多个大陆法系国家的宪法审查机关也引进了“法庭之友”制度,如巴西宪法法院、秘鲁宪法法院、阿根廷最高法院、以色列最高法院、波兰宪法法院。此外捷克宪法法院也非正式的借鉴了这一制度。<sup>[45]</sup>

德国则在《联邦宪法法院法》第27a条规定“联邦宪法法院得给予专门知识经验之第三人表示意见之机会。”连同第26条第1款法院依职权行使取证权的规定、第22条专业诉讼代理人的规定、及联邦宪法法院议事规程第22条第5款关于听取专业鉴定意见的规定,使得宪法法院在审查时可以充分听取相关领域专家学者的意见。<sup>[43]P67-69</sup>

美国法院的“法庭之友”制度和德国宪法法院的专家意见制度中,是否接受案外人意见的权力都由掌握在审查机关手中。这可以避免大量意见涌入,导致审查机关应接不暇。但高质量的案外人意见仍会对审查机关产生有力的影响。同时这些意见还可以向社会公布,引发公共讨论<sup>⑨</sup>,起到舆论监督的效果。

当前我国的合宪性审查实践中,公民除了行使审查建议权之外,偶尔还会以参加座谈会的方式参与审查。2017年6月7日,全国人大常委会法工委就《婚姻法司法解释(二)》第24条的审查建议,邀请参与联名提出审查建议的两位全国人大代表和最

高法、法工委民法室、民法典编纂工作专班相关专业人士进行专题研讨,听取各方意见,共同研究妥善的解决方案。<sup>[46]</sup>2009年,北大五学者对《拆迁条例》提出审查建议后,也先后应邀参加了国务院法制办、全国人大常委会法工委分别举行的座谈会,向有关部门当面反映观点。<sup>[47]</sup>

在未来的制度建设中,可以考虑将座谈会方式进一步规范为听证会,作为保障公民在合宪性审查中进行民主监督的渠道。对于公民通过法院移送渠道提出的权利救济性的审查建议,全国人大常委会可允许案外公民以出席听证会的方式向审查机关表达意见。使得公民合宪性审查建议权继续发挥民主监督职能,保持公民参与的政治属性。

## 五、结语

2000年以来,我国合宪性审查的公民参与制度从先天不足的状态起步,在实践中不断摸索改进,终于在2017年迎来公民建议数量的井喷。2016年,全国人大常委会法工委制定了《对提出审查建议的公民、组织进行反馈的工作办法》,实现了反馈工作的常态化、制度化。2017年10月,党的十九大报告提出“加强宪法实施和监督,推进合宪性审查工作,维护宪法权威。”这是合宪性审查概念首次进入党的正式文件。12月,十二届全国人大常委会第三十一次会议审议了《十二届全国人大以来暨2017年备案审查工作情况的报告》,首次向社会公布备案审查制度的运行情况;<sup>[48]</sup>并公布了5起公民提起审查建议的案例,向社会传达出鼓励公民积极参与审查的信号。<sup>[49]</sup>

在公民参与制度即将迎来长足发展之际,改革中尤其应注意这一制度的基本属性、规范依据与改革方向。政治性的民主监督权与非政治性的权利救济权构成了公民合宪性审查建议权的双重属性。这两种属性决定了制度改革的方向。权利救济属性要求合宪性审查的公民参与制度必须尽快与司法诉讼等其他救济制度整合,以维护国家法制的统一性与权威性;民主监督属性则要求合宪性审查制度逐步承担起公共对话的职能,通过设置公民的公益诉讼原告资格、合宪性审查听证程序等渠道,保障公共参与,凝聚社会共识,提高政治生活的民主化程度。如是,这一制度将有望承担起保护公民基本权利的职能,成为宪法真正的守护者。



## 注释:

- ① 中国改革的“工具性”概念,参见 Chen Feng, *Economic Transition and Political Legitimacy in Post-Mao China: Ideology and Reform*, Albany: State University of New York Press, 1995, pp. 14-15.
- ② 严格的说,这一审查包括合宪性审查和合法性审查两类审查形式。曾有全国人大常委会领导人提出这两类概念不宜混用(见王兆国:“认真履行宪法和法律赋予的职责 开创人大工作的新局面——王兆国副委员长在宪法学习班上的讲话(摘要)”,《中国人大》2004年第11期)。但各种官方文件和学术著作中一般不区分这两者。故本文也从惯例以“合宪性审查”概念统称之。
- ③ 也有研究者把这一条文的内容划分为5项或4项具体权利。但不同划分法对各项权利的效力的认识并无重大差异。本文为方便讨论采用了最细碎的划分法。
- ④ 有效审查建议是指被审查的规范性文件在全国人大常委会的审查范围之内,即属于行政法规、地方性法规(含自治条例和单行条例),2006年之后还包括司法解释。超出此范围的无效审查建议由全国人大常委会根据文件性质送其他机关处理。
- ⑤ 现有各信息源之间缺少2004年初至2004年5月间的数据。因此总计只能表述为“不少于”目前已有数据的总和。按经验判断,这几个月内出现的审查建议数量应当不会很多,不会显著改变本表的各项数据占比。
- ⑥ 邢丙银“婚姻法司法解释二第24条修正背后:近千封信建议法工委审查”,[http://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_1961044](http://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1961044) 2018-1-22。从报道中可知,这近千件审查建议中,有5件是由45位全国人大代表分别联名提出的代表建议,应当是人大代表根据涉案当事人的反映提出的监督性审查建议,其余近千件建议主要是由全国各地的上千名涉案当事人有组织的提交。
- ⑦ 另据媒体报道,2017年12月至2018年1月底,全国人大又相继收到2000多封针对24条的审查建议信件,“这一数量,超过过去五年全国人大常委会收到各类审查意见的总和”。见王秀中“婚姻法司法解释修改背后的‘接力’”,《南方都市报》2018-2-1(AA13)。
- ⑧ 例如中世纪英格兰中央司法权与地方领主司法权的司法竞争,以地方领主司法权的萎缩而告终。见于明《司法治国:英国法庭的政治史(1154-1701)》北京:法律出版社2015年版,第82-102页;泮伟江《一个普通法的故事:英格兰政体的奥秘》桂林:广西师范大学出版社2015年版,第29-36页。
- ⑨ 例如德国2016年关于边界管控制度合宪性的学界争论,见[德]Eva-Maria Ehemann、田伟“2015年德国宪法学发展概述”,《中国宪法学刊(2015)》北京:法律出版社2016年版,第155-190页。

## 参考文献:

- [1] 蔡定剑. 中国人民代表大会制度[M]. 北京:法律出版社,1998.
- [2] 文晔,张意轩. 全国人大法规审查备案室新张 违宪审查还在远处[J]. 中国新闻周刊,2004,23.
- [3] 乔晓阳. 立法法讲话[M]. 北京:中国民主法制出版社,2000.
- [4] 胡锦涛. 论启动合宪性审查程序主体资格的理念[J]. 国家行政学院学报,2017,6.
- [5] 王春业. 法律文件审查的公民启动研究[M]. 北京:法律出版社,2011.
- [6] 焦洪昌. 《宪法学》(第五版)[M]. 北京:北京大学出版社,2013.
- [7] 石毕凡. 诽谤、舆论监督权与宪法第41条的规范意旨[J]. 浙江社会科学,2013,4.
- [8] 章志远. 论公民请愿自由[J]. 法律科学,2004,4.
- [9] 肖蔚云,魏定仁,宝音胡日雅克琪. 宪法学概论[M]. 北京:北京大学出版社,2002.
- [10] 陈新民. 中华民国宪法释论[M]. 台北:三民书局,1995.
- [11] 吴庚. 宪法的解释与适用[M]. 台北:三民书局,2004.
- [12] 林来梵. 从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言[M]. 北京:法律出版社,2001.
- [13] 王月明. 公民监督权体系及其价值实现[J]. 华东政法大学学报,2010,3.
- [14] 汪地彻. 请愿权理论初探[J]. 前沿,2006,11.
- [15] 何生根. 我国现行宪法第41条的权利属性[J]. 西部法学,2014,1.
- [16] 林来梵. 宪法学讲义(第二版)[M]. 北京:法律出版社,2015.
- [17] 王锴. 论宪法上的程序权[J]. 比较法研究,2009,3.
- [18] 黄金荣. “公益上书”的行动逻辑[J]. 法制与社会发展,2010,4.
- [19] 邢丙银. 备案审查制②|公民潘洪斌:他的一封信推动一地方法规修改[EB/OL]. [https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_1916351](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1916351) 2017-12-22.
- [20] 王海燕. 1611人诉请违宪审查 呼吁修改公务员招考禁令[EB/OL]. <http://www.china.com.cn/chinese/2003/Nov/449775.htm> 2003-11-26.
- [21] 叶笑云,阎巧玲. 非均衡发展中的“倒逼”效应与开源式治理——转型社会的信访制度实证研究[J]. 浙江社会科学,2008,11.
- [22] 新华社. 法制办、信访局负责人就《信访条例》答记者问[EB/OL]. <http://politics.people.com.cn/GB/1026/3125256.html> 2005-1-17.
- [23] 林来梵,余净植. 论信访权利与信访制度——从比较法视角的一种考察[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版),2008-3.
- [24] 应星. 作为特殊行政救济的信访救济[J]. 法学研究,2004,3.
- [25] 于建嵘. 机会治理:信访制度运行的困境及其根源[J]. 学术交流,2005,10.
- [26] 任喜荣. 作为“新兴”权利的信访权[J]. 法商研究,2011,4.
- [27] 盛学友. 两公民信访被收容生质疑:信访收容咋还不废?[EB/OL]. <http://www.southcn.com/news/community/jrgz/200310130260.htm> 2003-10-13.
- [28] 宋锐. 关于全国人大常委会法规备案审查工作的几个问题[J]. 中国人大,2004,3.
- [29] 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[EB/OL]. <http://www.npc.gov.cn/npc/bmzz/llyjh/2016-06/06/>

content\_1991128.htm 2015-6-1.

- [30] 沈春耀. 全国人大常委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——2017 年 12 月 24 日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议上[J]. 中国人大 2018 1.
- [31] 秦前红. 合宪性审查的意义、原则及推进[J]. 比较法研究 2018 2.
- [32] 张翔. 宪法案件的筛选机制——我国启动宪法解释的技术障碍的排除[A]. 中国宪法年刊(2012) [C]. 北京: 法律出版社 2013. 98-112.
- [33] 林来梵. 依宪治国需要发挥宪法的潜能[J]. 理论视野 2017 2.
- [34] 王蔚. 客观法秩序与主观利益之协调——我国合宪性审查机制之完善[J]. 中国法律评论 2018 1.
- [35] 胡建淼, 高春燕. 法规的合宪性审查在中国——问题与对策[J]. 法治论丛(上海政法学院学报) 2005 6.
- [36] 贺海仁. 合法性生产的微观方法与权利救济——我国公民合法性审查建议权的实践逻辑[J]. 法学论坛 2015 5.
- [37] 周永坤. 诉权法理研究论纲[J]. 中国法学 2004 5.
- [38] 郑白. 刘进成——拆迁户的宣传宪法行动[J]. 中国新闻周刊 2003 47.
- [39] 新华网. 备案审查“法中瑕疵”拟向公民反馈“见阳光”[EB/OL]. [http://www.xinhuanet.com/politics/2015lh/2015-03/08/c\\_1114562570.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2015lh/2015-03/08/c_1114562570.htm) 2015-3-8.
- [40] Jaffe, Lonis L. Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hohfeldian or Ideological Plaintiff[J]. 116 U. Pa. L. Rev. 1033 (1968).
- [41] [英]卡罗尔·哈洛, 理查德·罗林斯. 法律与行政[M] 杨伟东等译. 北京: 商务印书馆 2004.
- [42] [美]约翰·罗尔斯. 政治自由主义[M] 万俊人译. 南京: 译林出版社 2000.
- [43] [德]克劳斯·施莱希, 斯特凡·科里奥特. 德国联邦宪法法院: 地位、程序与裁判[M] 刘飞译. 北京: 法律出版社 2007.
- [44] 项焱, 海静. “法庭之友”: 一种诉讼信息披露机制[J]. 法制与社会发展 2017 2.
- [45] Kochevar, Steven. Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions[J]. 122 YALE L. J. 1653 (2013).
- [46] 邢丙银. 婚姻法司法解释二第 24 条修正背后: 近千封信建议法工委审查[EB/OL]. [http://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_1961044](http://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1961044) 2018-1-22.
- [47] 付雁南. 北大五教授上书一年后[N]. 中国青年报 2010-11-17(6).
- [48] 邢丙银. 全国人大常委会委员信春鹰: 要让备案审查制度产生硬约束效果[EB/OL]. [http://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_1923221\\_1](http://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1923221_1) 2017-12-27.
- [49] 庄岸. 备案审查制① | 全国人大常委会发布 5 起审查建议案例有何深意[EB/OL]. [http://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_1915005](http://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1915005) 2017-12-21.

## On the Double Nature of the Citizen's Right to Make Suggestions for Constitutional Review in China: Analyses Based on Article 41 of the Constitution

*Jiao Hong-chang, Jiang Su*

( Law School of China University of Political Science and Law, Beijing 100088)

**【Abstract】**Both the normative structure of Article 41 of the Constitution and practices of constitutional review prove that the citizen's right to make suggestions for constitutional review has the dual nature of supervision and relief. In recent years, the right to make suggestions for constitutional review is turning into an important means of relief gradually, which causes its conflicts with the judiciary. To uphold the uniformity of the legal system and the judicial credibility, it is imperative to integrate rights relief channels and to establish the judicial transfer procedure of citizen's suggestions for constitutional review. According to the Constitution, democratic supervision is the normative nature of the citizen's right to make suggestions for constitutional review. It should not be weakened by the reform of the judicial transfer procedure. For this purpose, the subject qualification to make suggestions should be less strict, and general citizens should have the right to sue for public interest and to make suggestions for constitutional review in suits. The hearing process should be established in constitutional review as a measure to strengthen democratic supervision.

**【Key words】**Right to Make Suggestions for Constitutional Review; Double Nature; Article 41 of the Constitution; Right of Supervision; Right of Relief

(责任编辑: 孙培福)