



# 合宪性、合法性、适当性审查的区别与联系

王 锴

我国针对规范性文件的审查一直存在三种模式，即合宪性审查、合法性审查和适当性审查。长期以来三者的界限并不清晰，甚至有合法性审查和适当性审查来代替合宪性审查的问题，如果不加以区分，势必将影响到合宪性审查功能的发挥。同时，厘清三者的关系也有助于构建中国特色的规范性文件审查体系。

## 一、我国有关合宪性、合法性、适当性审查的规定及其存在的问题

### （一）合宪性审查

目前，我国立法中明确规定的合宪性审查有以下三种制度：事先批准制度、事后撤销制度、备案审查制度。

### （二）合法性审查

之所以要区分合宪性审查与合法性审查就在于两者是不能相互取代的。笔者将其总结为“合法不一定合宪，违法也不一定违宪”。

目前，我国立法中的合法性审查制度有以下五种：事先批准制度、事后撤销制度、备案审查制度、行政诉讼中的附带性审查、行政复议中的附带性审查。

### （三）适当性审查

目前我国立法中的适当性审查主要见于事后改变或撤销制度。与合宪性、合法性审查中的事后撤销制度相比，适当性审查既有事后撤销，也有事后改变。区分“改变”与“撤销”的原因在于，我国的适当性审查存在两种模式，一种是领导机关对被领导机关制定的规范性文件的审查，比如本级人大对本级人大常委会、上级政府对下级政府、本级政府对本级政府的工作部门，此时领导机关如果认为被领导机关制定的规范性文件不适当，不仅可以撤

销而且可以直接进行修改；另一种是指导机关对被指导机关制定的规范性文件的审查，比如本级人大常委会对本级政府、上一级人大常委会对下一级人大及其常委会，此时指导机关对不适当的文件只能撤销而不能修改。

### （四）存在的问题

#### 1. 合宪性审查与合法性审查的混同

由于我国立法中常将合宪性审查与合法性审查并列，导致两者容易发生混淆。以至于有学者提出，合宪性审查别埋在合法性审查中。

#### 2. 合法性审查与适当性审查的混同

从我国目前的规定来看，合法性审查与适当性审查的关系让人感到困惑。比如从《立法法》第97条来看，改变或撤销都是针对“不适当”的立法，而《立法法》第96条列举的改变或撤销的情形中既有不适当，也有超越权限和违背法定程序，似乎“不适当”是可以包含违法的。

## 二、合宪性审查与合法性审查的区别

### （一）合法性审查的内容

合法性审查主要是审查下位法是否抵触上位法，“抵触”本质上是上下位阶的规范冲突。

#### 1. 规范冲突的表现

根据学者的研究，规范冲突包括三种类型：逻辑冲突、实践冲突、评价冲突。

#### 2. 评价冲突的判定

从实践来看，“明目张胆”地与上位法进行逻辑冲突或者实践冲突的下位法是少见的，“抵触”更多表现为评价冲突，即下位法的规定并不符合上位法的立法目的。(1) 如果上位法对某一构成要件没有规定法律后果，而下位



法规定了后果,要看上位法“不规定”的目的是什么,如果上位法的目的是禁止该后果,那么下位法不能规定。如果上位法并没有禁止的目的,则要看下位法规定的后果对上位法目的的实现是促进还是阻碍。(2)如果上位法对某一构成要件规定了后果,下位法也对该要件规定了后果,但规定得与上位法不一致。首先要看两者的立法目的是否相同。a.如果不同,不构成抵触;b.如果相同,还要看上位法的目的是划定最低标准还是最高标准。一般来说,在环境保护、社会福利、补偿赔偿等总体上对公民有利的领域,上位法往往是最低标准,下位法的标准可以比上位法更高。反之,在行政处罚、行政强制措施、行政许可条件的设定等总体上对公民不利的领域,上位法往往是最高标准,此时,下位法不能比上位法对公民更为不利。(3)如果上位法对某一构成要件规定了后果,而下位法对该要件没有规定后果,此时仍然要看下位法不规定对上位法目的的实现是促进还是阻碍。

### (二) 合宪性审查的内容

合法性审查中,只有两个规范在调整内容上相同或者相关时,才有冲突的可能和审查的必要。但是,宪法作为次级规则,是对法本身提出的要求,即使法调整的行为跟宪法无关,也可能违宪。因此,合宪性审查的关键不在于立法的内容是否与宪法相同或者相关,而在于立法本身是否违反了宪法所设定的“什么是有效的立法”的标准。这些标准包括程序上的标准和实体上的标准。

就我国来看,合宪性审查的内容应当包括:(1)形式合宪性审查。第一,是否超越立法权限。包括宪法中规定的基本法律和非基本法律的立法权限、国务院的职权立法权限、中央与地方之间的立法权限。第二,是否违反立法程序,主要包括宪法中规定的法律修改程序、人大开会程序。(2)实质合宪性审查。第一,立法是否侵犯了公民的基本权利。第二,立法是否有助于宪法序言和总纲中的国家目标、国家任务的实现,是否有助于保护国家象征。此外,我国合宪性审查的对象不限于立法,还包括非立法性质的其他规范性文件,比如国务

院的决定、命令或者省级人大及其常委会的决议。只要“红头文件”发挥着与立法相同的作用(即调整外部关系、影响公民的权利义务),就可以比照立法对其进行合宪性审查。

### 三、合宪性审查与适当性审查的区别

适当性审查不仅与合法性审查并列,也与合宪性审查并列。这其中的原因在于,无论是合宪性审查还是合法性审查都是依据法上的标准来审查,而适当性审查的标准来自于法外或者说是立法者自我设定的标准。但是问题在于,法外的标准越来越多被吸收到法内。比如立法要科学合理、要具有针对性和可执行性,这本身就是《立法法》所要求的。尤其是在比例原则宪法化之后,即使是立法者自我设定的目的,在选择手段的时候也存在正当化的问题。

#### (一) 立法裁量空间的构造

合宪性审查、合法性审查与适当性审查的界限就在于是否超越上位法框架。所以,立法裁量空间以上位法作为“大框架”、以不适当与适当的分界线作为“小框架”,大框架用于判断合法/违法或者合宪/违宪,小框架用于判断不适当/适当。

习近平总书记指出,要教育监督各级国家机关和公职人员牢记手中的权力是“上下左右有界受控的”。笔者认为,过度禁止、不足禁止、恣意禁止就构成立法裁量权行使的上下左右界限。

#### 1. 过度禁止作为不适当/适当的上限

过度禁止就是比例原则,主要用于判断侵益性立法的合理性。过度禁止主要审查立法干预基本权利的手段与所要实现的干预目的(保护公共利益或者保护其他人的基本权利)之间的关系,包括目的正当性、手段的妥当性、必要性和手段与目的的均衡性四部分。

#### 2. 不足禁止作为不适当/适当的下限

不足禁止主要用于判断授益性立法的合理性。随着社会法治国的出现,国家对基本权利的给付和保护义务随之产生,从而禁止干预的过度变成了禁止给付和保护的不足。首先,国家保护的目的是在宪法上是否具有正当性,即必须是一个值得保护的宪法法益。其次,立法



者已经采取的保护措施能否实现目的。再次，不同于过度禁止中的必要性是要找出更温和的干预措施，不足禁止中的必要性是要找出更有效的保护措施。最后，由于对某一方的保护措施往往会限制另一方的基本权利，此时就要在被保护的基本权利与被限制的基本权利之间进行价值权衡，只有被保护的基本权利重于被限制的基本权利时，这种保护措施才是值得采取的。

### 3. 恣意禁止作为不适当/适当的界限

恣意禁止主要用于立法是否违反平等原则的判断，而平等原则往往需要在两个相似的立法规定之间进行比较才能得出，所以说恣意禁止是从侧面对立法裁量权进行限制。在德国法上，关于平等原则的判断，经过了一个从恣意禁止的旧公式向比例原则的新公式进行转变的过程。新公式与旧公式的区别在于，过去是看不同能否足以作为正当化不同对待的理由，而现在是在看不同与不同对待之间是否存在一个适当的比例关系。

综上所述，无论是过度禁止还是不足禁止、恣意禁止最终都走向了比例原则的判断，由此可以说，违反比例原则就构成了不适当。

### (二) 立法裁量的审查强度问题

在一些国家，针对立法裁量的审查还存在所谓的审查强度问题，即不同的立法领域对立法裁量审查的宽严程度是不同的。目前，这种审查强度在美国表现为合理审查基准、中度审查基准和严格审查基准，在德国表现为明显性审查基准、可支持性审查基准和强烈内容审查基准。

审查强度的设计能否被我国的适当性审查制度所借鉴，需要区分不同的情形。我国大多数适当性审查的主体都是被审查机关的领导机关，两者行使同一类型的权力，不存在权力分立的顾虑，所以，对于那些由领导机关进行的适当性审查，设置不同的审查强度是不必要的。但是，对于指导机关进行的适当性审查，审查主体与被审查机关要么行使的并非同一类型的权力，要么两者是指导关系而要尊重下级机关的自主性，此时有必要借鉴美国和德国的制度针对不同领域的文件设置不同的审查

强度。

### 四、合宪性、合法性、适当性审查的联系

合宪性、合法性、适当性审查虽然存在不同，但也相互关联，从而实现了对规范性文件的合宪性、合法性、适当性的全方位监督。

这种关联性体现在：(1) 合宪性审查与合法性审查的联系。虽然合宪性审查是审查初级规则是否违反宪法中的次级规则、合法性审查是审查下级初级规则是否抵触上级初级规则，但是，我国的立法权限、程序和形式并不仅出现在宪法中，其他立法中也有次级规则的存在，包括《立法法》《行政法规制定程序条例》和《规章制定程序条例》；(2) 合宪性审查与适当性审查的联系。由于比例原则的宪法化导致了适当性审查被合宪性审查所吸收，另外，由于我国某些规范性文件只有适当性审查，主要是全国人大常委会的法律和决定，此时通过适当性审查可以“变相”实现对其的合宪性审查。

合宪性审查、合法性审查、适当性审查的联系还体现在审查次序上。首先，根据由表及里、由浅入深的原则，合宪性审查、合法性审查应当优先于适当性审查进行。其次，在合法性审查与合宪性审查之间，应当按照“穷尽法律救济”和“回避宪法判断”的原理，优先进行合法性审查。最后，即使规范性文件已经通过了合法性审查和合宪性审查的检验，仍然可能在适当性审查阶段被改变或撤销，此时，适当性审查可以起到对合法性审查和合宪性审查进行“补遗”的作用，由此构建起一个“先合法性审查、再合宪性审查、最后适当性审查”的阶层性审查次序。

(本文作者系北京航空航天大学法学院教授、博士生导师，文章转自《中国法学》)