

2017

年

# 中国十大

# 宪法事例评析

ZHONGGUO SHIDA XIANFA SHILI PINGXI

中国人民大学宪政与行政法治研究中心

主编 / 胡锦涛  
副主编 / 王锴 王旭

## 要目

- ◆ 合宪性审查的功能厘定与运行机制——评潘洪斌等就有关规范性文件提请全国人大常委会审查
- ◆ 检察机关职权调整与检察公益诉讼法定化——评《民事诉讼法》和《行政诉讼法》修改增加公益诉讼事件
- ◆ 「依文件行政」的风险及其司法回应——评多地城市治理措施引发争议事件
- ◆ 基本国策条款的合法性审查、多元问责与长效保障机制——评「祁连山自然保护区生态破坏案」
- ◆ 公民受教育义务的宪法内涵——评「云南省首例政府控告辍学案」评析
- ◆ 网络立法的合宪性审查——《网络安全法》等一批互联网领域的法律规范实施评析
- ◆ 未成年人保护的制度建设——评淮安市公开「性侵未成年人犯罪人员」信息事件
- ◆ 单一制国家的地方行政区划之争——评苏鲁两省「前三岛」管辖权争议
- ◆ 基层群众性自治组织作为特别法人——评我国发出首张基层群众性自治组织特别法人身份证事件
- ◆ 香港基本法解释与特区宪制发展——评梁国雄等四人因宣誓无效被香港法院宣告丧失议员资格事件



法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

# 2017年中国十大宪法事例评析

ZHONGGUO SHIDA XIANFA SHILI PINGXI

宪法事例的形成，既体现了中国社会的进步，也推动了中国社会的发展。中国虽然不存在实效性的违宪审查制度，但通过这些宪法事例推进和影响了执政党的执政理念、中国人的国家观念、中国的立法基本理念和基本制度、中国的行政管理体制和行政管理体制、中国司法制度的发展，未来也必将推动中国违宪审查制度的实效化。这些宪法事例是中国社会内在的宪法诉求，是宪法理念的深刻体现，是宪法影响和作用于中国社会的深刻体现，是宪法核心价值的深刻体现。这是它们广受社会各界关注的根本原因。

上架建议 宪法·案例评析

 **独角兽工作室**  
平面设计

ISBN 978-7-5197-2931-1



9 787519 729318 >

定价：73.00元

2017年

# 中国十大 宪法事例评析

ZHONGGUO SHIDA XIANFA SHILI PINGXI

中国人民大学宪政与行政法治研究中心

主编 / 胡锦涛  
副主编 / 王 锴 王 旭



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

2017年中国十大宪法事例评析 / 胡锦涛主编. -- 北京: 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2931 - 8

I. ①2... II. ①胡... III. ①宪法—案例—中国—2017 IV. ①D921.05

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第284164号

2017年中国十大宪法事例评析  
2017 NIAN ZHONGGUO SHIDA  
XIANFA SHILI PINGXI

胡锦涛 主编

策划编辑 沈小英  
责任编辑 陈妮 单洁  
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
经销 新华书店  
印刷 北京虎彩文化传播有限公司  
责任校对 杨锦华  
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经法治出版分社  
开本 A5  
印张 7.875  
字数 240千  
版本 2018年12月第1版  
印次 2018年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/ [www.lawpress.com.cn](http://www.lawpress.com.cn)

投稿邮箱/ [info@lawpress.com.cn](mailto:info@lawpress.com.cn)

举报维权邮箱/ [jbwq@lawpress.com.cn](mailto:jbwq@lawpress.com.cn)

销售热线/010-83938336

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2931 - 8

定价:73.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主 编 胡锦光

副主编 王 锴 王 旭

撰稿人 (按撰写章节先后排序)

胡锦光 王 蔚 刘 东 刘 艺

王留一 伍华军 陈浣莹 薛小建

王理万 陈国飞 李少文 屠 凯

柯玉璇 司楠楠 赵汉根 杨晓楠

杨 振

## 副主编简介

**王锴** 1978年生,男,陕西汉中人。北京航空航天大学法学院教授、博士研究生导师,法学博士。

主要从事宪法学和行政法学的教学与研究工作,代表性学术成果:《部门宪法研究》(独著)、《公法释义学与比较方法》(独著)、《财产权保障与司法审查》(独著)、《立法不作为与基本权利保障》(独著)、《法国行政法》(译著)等,参著10余部,发表学术论文40余篇。

主持国家社科基金、教育部、工信部、北京市政府等课题多项。主要社会兼职:中国宪法学研究会常务理事、中国财税法学研究会理事、北京市法学会宪法学研究会理事等。

**王旭** 1981年生,男,湖南长沙人。中国人民大学法学院副教授、硕士研究生导师,法学博士。

主要从事宪法学与行政法学的教学与研究工作,出版专著两部,独立在《中国社会科学》《法学研究》《中国法学》等刊物发表论文40余篇。

主持中组部、教育部、北京市社科基金、中国法学会、司法部等课题多项。获第三届中国法学优秀成果奖一等奖、中国法学会宪法学中青年优秀成果一等奖等部级奖励7项。主要社会兼职:中国宪法学研究会理事、中国人民大学法治与社会治理研究中心执行主任等。

# 序论：设立“宪法和法律委员会”的意义

胡锦涛\*

中共中央关于《深化党和国家机构改革方案》决定，为弘扬宪法精神，增强宪法意识，维护宪法权威，加强宪法实施和监督，推进合宪性审查工作，将全国人大法律委员会更名为全国人大宪法和法律委员会。《宪法修正案》第44条规定，将《宪法》第70条第1款中“全国人民代表大会设立民族委员会、法律委员会、财政经济委员会、教育科学文化卫生委员会、外事委员会、华侨委员会和其他需要设立的专门委员会”，修改为“全国人民代表大会设立民族委员会、宪法和法律委员会、财政经济委员会、教育科学文化卫生委员会、外事委员会、华侨委员会和其他需要设立的专门委员会”。2018年6月全国人大常委会作出《关于宪法和法律委员会职责问题的决定》，全国人大宪法和法律委员会在继续承担统一审议法律草案工作的基础上，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、配合宪法宣传等职责。

笔者认为，宪法和法律委员会名义上虽说是由法律委员会更名而来，但实际上可以将其理解为全国人大新设立的一个专门委员会。这一举措对推进我国的合宪性审查工作、保证我国宪法监督制度的实效性，无疑具有极其重大的意义。

## 一、完善我国宪法监督制度

综观世界各国，宪法监督制度的建立并有效运行，需要两个基本条件。

第一，具有根本法地位的宪法。宪法作为国家根本法，在效力位阶上高于法律，如此，法律才有与宪法相抵触的可能，也才有建立以审查法律

---

\* 中国人民大学法学院教授，法学博士。

是否与宪法相抵触为目的的宪法监督制度的必要性。例如,英国并不存在在效力上高于法律的宪法,作为成文部分的宪法性法律是议会制定的法律的一部分,与议会所制定的其他法律在效力上是完全相同的,因此,英国也就没有必要建立宪法监督制度。<sup>①</sup> 早期的欧洲国家,虽制定了宪法,但宪法是由议会按照与法律相同的程序制定的,宪法与法律只在规定的內容上存在区别,而在效力上却是完全相同,因此,在相当长的时期内没有真正建立起宪法监督制度。<sup>②</sup> 以1920年奥地利宪法为标志,欧洲国家才逐渐建立起了宪法监督制度,其主要原因在于,因制宪权与立法权主体分离,宪法被认为是民意的体现,法律被认为只是民意代表机关意志的体现,而民意高于民意代表机关的意志,两者才在效力上产生高低之别。<sup>③</sup> 美国宪法是世界上第一部成文宪法,在高级法理念下,宪法明确规定其在效力上高于联邦法律、州法律,也正因如此,美国宪法在起草过程中,并没有为是否需要建立宪法监督制度进行争论,而只是就应当由什么机关行使合宪性审查权发生了激烈的争辩。<sup>④</sup>

关于宪法的地位和效力,我国现行宪法的规定可以说是在当今世界各国宪法中最全面的。宪法序言规定,本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果,规定了国家的根本制度和根本任务,是国家的根本法,具有最高的法律效力。全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织,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。《宪法》第5条规定,一切

<sup>①</sup> 1998年以后,英国建立了具有自身特点的被称为“柔性”的宪法监督制度。英国议会1998年通过、2000年生效的《人权法》使欧洲人权公约开始在英国具有国内法效力。从此,英国法院有义务服从欧洲人权法院关于欧洲人权公约下人权保护的判决和实践,并拥有了“仔细审查议会的法律是否与欧洲人权公约一致的权力”的成文法依据。根据欧洲人权公约,英国法院应当尽量避免议会法律在适用上与欧洲人权公约的冲突,即当议会法律可能有多种解释时,其应采纳与欧洲人权公约精神最接近的解释,即合欧洲人权公约解释。同时,当法院认为议会法律、公共机构的行为违反欧洲人权公约时,可以宣告某项议会法律违反欧洲人权公约并表示谴责,但不得撤销或者废除该法律,在判决中仍然必须适用该法律,而只能由议会自行修改。

<sup>②</sup> 参见陈云生:《民主宪政新潮——宪法监督的理论与实践》,人民出版社1988年版,第83页。

<sup>③</sup> 参见王哲:《西方政治法律学说史》,北京大学出版社1988年版,第469~470页。

<sup>④</sup> 参见汉密尔顿等:《联邦党人文集》,商务印书馆1980年版,第391~392页。

法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。依据《宪法》这一规定的逻辑,我国当然地具有建立宪法监督制度的必要。

第二,合宪性审查机关。在解决建立宪法监督制度的必要性的前提下,必须确定合宪性审查机关。合宪性审查机关是合宪性审查体制的核心,其关系合宪性审查的启动主体资格、审查程序、审查对象、审查效力及违宪责任等。在美国式司法审查制下,由作为司法机关的普通法院行使合宪性审查权,分散式审查、附带性审查、限于诉讼当事人资格、遵循司法自律原则、对违宪的法律在个案中拒绝适用等特征,均决定于司法机关的性质和地位。<sup>①</sup> 在德国式和法国式特设机关审查制下,由作为特设的宪法法院或宪法委员会行使合宪性审查权,集中式审查、抽象原则审查或者预防性审查、对违宪的法律有权予以撤销等特征,也决定于特设机关的性质和地位。<sup>②</sup> 可以说,没有合宪性审查机关,宪法监督制度就无法真正确立并得到运行。美国于1787年制定了宪法,而实际上于1803年才通过“马伯里诉麦迪逊案”确定由作为司法机关的普通法院行使合宪性审查权,其宪法监督制度才真正建立并得到运行。<sup>③</sup>

我国现行宪法根据中国特定的政治理念、宪法制度,确定由作为最高国家权力机关的全国人大及其常设机关的全国人大常委会行使合宪性审查权的体制。同时,全国人大作为非常设机关,其会期短、代表人数众多,实际上不可能进行具体的合宪性审查工作,《立法法》第99条和第100条确定由全国人大常委会作为日常性的合宪性审查机关。《宪法》《立法法》进一步考虑全国人大常委会虽为常设机关,但其宪法权力达22项之多,是我国实际行使国家立法权和对国家生活中重大问题作出决定的机关,且其委员人数众多,事实上也无法进行具体的合宪性审查工作。因

<sup>①</sup> 参见龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,法律出版社1985年版,第119页。

<sup>②</sup> 参见张庆福主编:《宪政论丛》(第1卷),法律出版社1998年版,第193页;胡锦涛:《合宪性审查》,江苏人民出版社2018年版,第128~129页。

<sup>③</sup> 参见朱苏力:《制度是如何形成的?——关于马歇尔诉麦迪逊的故事》,载《比较法研究》1998年第1期。

此,作为制度安排,《宪法》和《全国人民代表大会组织法》规定,由全国人大的专门委员会协助全国人大和全国人大常委会行使合宪性审查权;《立法法》规定,由全国人大专门委员会和全国人大常委会法制工作委员会协助全国人大常委会进行合宪性审查。

目前,全国人大已设立民族委员会、宪法和法律委员会、财政经济委员会、教育科学文化卫生委员会、外事委员会、华侨委员会、社会建设委员会、监察和司法委员会、环境与资源保护委员会、农业与农村委员会等10个专门委员会。依据《全国人民代表大会组织法》第37条的规定,各专门委员会审议全国人大常委会交付的被认为同宪法、法律相抵触的国务院的行政法规、决定和命令,国务院各部、各委员会的命令、指示和规章,省、自治区、直辖市的人大及其常委会的地方性法规和决议,以及省、自治区、直辖市的人民政府的决定、命令和规章,提出报告。此即由各专门委员会分别审查与本委员会职能相关的法律文件是否符合宪法。实践证明,这一制度安排难以保证审查标准的统一性及审查职责的集中性,因此,也是我国合宪性审查工作难以推进的主要症结所在。

鉴于我国前三部宪法实施状况不良的教训,现行宪法在起草征求意见时,许多群众和学者主张设立专门的宪法委员会、宪法监督委员会、宪法法院协助全国人大及其常委会进行合宪性审查工作。<sup>①</sup> 现行宪法修改委员会秘书处在草拟讨论稿时,曾经对宪法委员会提出两个方案:一是设立与全国人大常委会地位平行的宪法委员会(此为主导意见);二是地位低于全国人大常委会作为协助机构的宪法委员会。<sup>②</sup> 现行宪法在全民讨论中,仍有一些人提出设立宪法委员会的建议。<sup>③</sup> 现行宪法通过后,王叔文等30位全国人大代表曾联名提案,建议在最高国家权力机关内设置专门的宪法监督机构。

2018年宪法修正案虽然未能单独设立宪法委员会,而是在原有法律委员会的基础上设立宪法和法律委员会,并确定设立的目的是“加强宪法实施和监督,推进合宪性审查工作”,但可以预见,未来合宪性审查工作主

---

<sup>①</sup> 参见许崇德:《中华人民共和国宪法史》,福建人民出版社2003年版,第575页、第580页、第581页、第588页、第596页、第600页。

<sup>②</sup> 同上书,第611页。

<sup>③</sup> 同上书,第720页。

要由宪法和法律委员会进行,其实际上是解决了具体进行合宪性审查工作的专门机构问题。

## 二、解决合宪性审查供给能力不足

现行宪法确立了我国的宪法监督制度,但自其颁行以来,合宪性审查工作一直未能公开。<sup>①</sup> 2000年《立法法》第99条、第100条规定了启动合宪性审查的主体、审查对象和审查程序等;2000年第九届全国人大常委会第三十四次委员长会议通过《行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区法规备案审查工作程序》;2004年全国人大常委会法制工作委员会内还设立了法规备案审查室,作为协助全国人大及其常委会行使宪法监督权的专门机构;2005年第十届全国人大常委会第四十次委员长会议对《行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区法规备案审查工作程序》进行了修订,并通过了《司法解释备案审查工作程序》,但合宪性审查工作也一直未能公开。

其间,一些公民依据《立法法》第99条第2款的规定,向全国人大常委会提出了合宪性审查的建议。例如,2003年在“孙志刚事件”发生后,于北京大学法学院博士毕业的任教于华中科技大学法学院的俞江、中国政法大学法学院的腾彪和北京邮电大学文法学院的许志永3人以公民的名义,向全国人大常委会法制工作委员会提出《关于审查〈城市流浪乞讨人员收容遣送办法〉的建议书》;北京大学法学院贺卫方、北京天则经济研究所盛洪、北京大学法学院沈岿、北京天则经济研究所萧翰和国家行政学院法学部何海波5人也以公民的名义向全国人大常委会提出,建议全国人大常委会根据《宪法》第71条的规定,启动特别调查程序,组织特别调查委员会,对孙志刚案以及收容遣送制度实施状况进行调查。2007年,茅于軾、贺卫方等69名教授以公民的名义联名发起向全国人大常委会以及国务院法制部门提出《关于启动违宪审查程序、废除劳动教养制度的公民建议书》等。全国人大常委会均未明确表示是否受理、是否进行了审查,也没有给予建议者答复。

---

<sup>①</sup> 2017年12月,全国人大常委会副秘书长信春鹰在接受记者采访时说:“很长一段时间,社会包括学术界认为我国的宪法监督制度是一个空白,我们过去形容备案审查就像鸭子凫水一样,表面看起来很平静,但脚掌在下面一直工作,被社会称为‘鸭子理论’。”

全国人大常委会法制工作委员会副主任许安标在2017年“两会”期间举行的记者招待会上,回答记者提问时说,对公民提出的认为违宪违法的审查建议进行了处理,过去一年总共研究处理了92件,发现了与法律不一致的问题进行了监督纠正。他说道,“我也注意到有一些媒体关心,说你们有没有公开撤销的案例?应该说目前还没有。但是我们从2004年备案审查专门机构成立以来,通过沟通协商、督促制宪机关纠正的法规、司法解释累计有上百件,所以这个制度是发挥了实实在在功效的”。

合宪性审查的价值在于公开。通过公开受理、公开审查过程、公开审查结论和处理结果,向社会传达宪法精神、宪法价值,以凝聚社会共识,弘扬、彰显和捍卫社会核心价值观。

2017年年底,第十二届全国人大常委会第三十一次会议听取和审议了关于第十二届全国人大以来暨2017年备案审查工作情况的报告,这是全国人大常委会首次听取相关工作报告。<sup>①</sup> 据上述备案审查工作情况报告显示,第十二届全国人大以来共接收各类审查建议1527件(2013年62件,2014年43件,2015年246件,2016年92件,2017年1084件)。其中,属于全国人大常委会备案审查范围的有1206件,占79.0%;不属于审查范围的有321件,占21.0%,涉及国务院决定、部门规章、地方政府规章等,对应当由其他国家机关审查的,全部转送至了相应机关,并要求其对研究处理结果进行反馈。对1万多件现行有效的地方性法规及有关规范性文件,有重点地开展了专项审查研究工作。

具有里程碑意义的是,该备案审查工作情况报告首次公布了5起典

---

<sup>①</sup> 2017年12月14日召开的第十二届全国人大常委会第一百零五次委员长会议决定,审议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年度备案审查工作情况的报告》。

型的审查案件；<sup>①</sup>该报告披露，第十二届全国人大第五次会议期间，有45位全国人大代表分别联名提出5件建议，要求对《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》[以下简称婚姻法司法解释（二）]第24条关于夫妻共同债务承担的规定进行审查。另外，第十二届全国人大以来，建议对司法解释进行审查的有1116件。婚姻法司法解释（二）第24条中关于“夫妻共同债务承担”这一规定的审查建议，法制工作委员会就此与最高人民法院有关部门沟通研究，最终在2016年1月17日最高人民法院发布新的司法解释，明确夫妻共同债务“共债共签”，明确一方所借“超出家庭日常生活需要所负的债务”不是共同债务。

在2018年“两会”期间举行的记者招待会上，全国人大常委会法制工作委员会副主任许安标在回答有关备案审查工作问题时说，2017年12月，全国人大常委会首次听取和审议备案审查工作情况报告，在社会上产生了很大的反响。审查建议的数量出现大幅度增加，仅2018年1月和2月，就收到了4000多件。

另外，根据全国人大常委会法制工作委员会关于2018年备案审查工作规划，主要工作重点：（1）开展“回头看”，是2018年备案审查的第一项重点工作。要防止出现“你提你的，我做我的”，以及对审查研究意见不理

---

<sup>①</sup>（1）根据2016年浙江省1位公民提出的审查建议，对有关地方性法规在法律规定之外增设“扣留非机动车并托运回原籍”的行政强制的问题进行审查研究，经与制定机关沟通，相关地方性法规已于2017年6月修改。（2）根据2016年内蒙古自治区1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。（3）根据2016年中国建筑业行业组织提出的审查建议，对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以审计结果作为工程竣工结算依据的规定进行审查研究，于2017年2月致函各省、自治区、直辖市人大常委会，要求对地方性法规中直接规定以审计结果作为竣工结算依据，或者规定建设单位应当在招标文件或合同中要求以审计结果作为竣工结算依据的条款进行清理，适时予以纠正。目前，已有7个地方对相关地方性法规作出修改。（4）根据2017年4位学者联名提出的审查建议，对涉及人口与计划生育的地方性法规中关于“超生即辞退”的规定进行审查研究，于2017年9月致函有关地方人大常委会，建议对有关地方性法规中类似的控制措施和处罚处分处理规定作出修改。目前，已有1个地方对相关地方性法规作出修改。（5）根据2017年上海大学等20多所高校108位知识产权专业研究生联名提出的审查建议，对地方性法规中规定的著名商标制度进行审查研究，于2017年11月致函有关地方人大常委会，要求对有关著名商标制度的地方性法规予以清理废止，并致函国务院法制办公室，建议其对涉及著名商标制度的地方政府规章和部门规范性文件同步进行清理。

不睬不办的现象发生；(2)设区的市地方立法中出现的问题、环境生态保护领域法规中存在的一些问题，部门规章、地方政府规章、地方“两院”规范性文件中存在的问题；(3)实现有件必备、有备必审、有错必纠，对于公民寄来的每一件审查建议，法规备案审查室都要逐一登记，其中属于全国人大备案审查范围的，要逐件进行研究。

面对数量如此巨大的合宪性审查建议、法规备案审查的工作量，必须设立一个专门委员会，才能够真正有效地处理，实效性地进行审核。

### 三、区分合宪性审查与合法性审查的必要性

“合宪”与“合法”、“违宪”与“违法”是相对应的一对概念、范畴和制度，是两个既有联系又有区别的问题。违宪与合宪中的“宪”是指宪法，判断违宪与合宪的基准是一个国家具有最高效力的宪法。违法与合法中的“法”是指法律，判断违法与合法的基准是一个国家的法律，在违法与合法范畴，其最高判断基准是立法机关制定的法律。违法与合法中的“法”并不包括宪法。违宪与违法，在法学上、宪法学上、法规范意义上，都是一个非常特定化的概念、范畴和制度。合宪与合法的区别在于，合宪是符合宪法，合法是符合法律；违宪与违法的区别在于，违宪是直接违反了宪法，违法是直接违反了法律。<sup>①</sup> 两者的界限在于，在需要对某个行为作出法规范上的判断时，采用法律适用优先原则。即如果存在法律时先适用法律进行判断，在没有法律或者适用法律仍然不能作出判断时，才需要适用宪法作出判断。

依据公权力的公定力原理，立法机关在制定法律、行政法规、自治条例和单行条例、地方性法规、规章及授权法规以后，虽然这些法律文件存在合宪与违宪两种可能性，但为了公共利益的实现和维护这些法律文件的权威性，在合宪性审查机关作出撤销该法律文件决定前，该法律文件被推定为合宪。那么，既然该法律是合宪的，当然具有法律效力，所有的社会成员均必须遵从。而在法律、行政法规、自治条例和单行条例、地方性法规、规章及授权法规中，法律的效力高于其他法律文件。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 参见杨泉明：《关于加强我国宪法监督的几个问题》，载《政治学研究》1988年第6期。

<sup>②</sup> 《立法法》第88条规定，法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。

行政法规、自治条例和单行条例、地方性法规、规章及授权法规首先必须符合法律。<sup>①</sup>

因此,在需要依据法规范对某项行为作出判断时,应遵循法律适用优先、穷尽法律适用原则,即对某项行为先进行合法性审查成为合宪性审查的一项重要重要的“过滤”机制。换言之,在有法律规定的情况下,必须优先适用法律进行审查判断,而没有必要适用宪法进行审查判断。在穷尽法律适用后,仍然无法作出判断的情况下,才有必要适用宪法,作出宪法上的判断。<sup>②</sup>

同时,违宪与违法在制裁形式上也存在极大的差异。违反宪法的制裁取决于违宪的主体和违宪的形态。违宪的主体通常仅限于公权力的行使机关和个人,因此,违宪的制裁仅仅针对作为公权力行使者的国家机关及其工作人员。在实践中,公权力行使的形态主要有两种,即直接依据宪法制定法律规范和直接依据宪法作出的具体行为。宪法制裁主要有三种情况:(1)合宪性审查机关对违反宪法的法律文件,通常的制裁形式是撤销、废除、改变、确认无效、不予批准和拒绝适用。(2)合宪性审查机关对违反宪法的具体行为,通常的制裁形式是撤销、确认无效。(3)针对实施违宪行为的国家机关工作人员,通常由具有弹劾权或者罢免权的国家机关,通过特定的法律程序予以弹劾或者罢免。弹劾或者罢免的理由不限于国家机关工作人员的行为构成违宪。换言之,具有弹劾权或者罢免权的国家机关并不先就国家机关的工作人员的行为是否构成违宪作出判断,再作出是否弹劾或者罢免的决定,而是根据该国家机关工作人员是否仍然能够履行其职务来判断是否需要予以弹劾或者罢免,违宪只能是其中的一个因素。<sup>③</sup>而违反法律的制裁是根据违法的主体和违法的形态确定的,包括民事制裁、行政制裁和刑事制裁,它们与宪法制裁的形式存在极大的差异。

依据《立法法》第99条的规定,全国人大常委会既进行合法性审查又进行合宪性审查,提起审查的程序也完全相同。笔者认为,协助全国人大

---

① 依据《宪法》和《立法法》的规定,自治条例和单行条例可以对法律的规定变通执行或停止执行,但法律对民族自治地方作出的专门规定除外。

② 需要适用宪法的情形主要是两种:一是法律的合宪性遇到质疑,需要适用宪法以判断法律的合宪性;二是未能依据宪法制定法律。

③ 参见姚国建:《违宪责任论》,知识产权出版社2006年版,第366~388页。

常委会进行合宪性审查与合法性审查的主体应当分离,以避免违宪案件与违法案件的混淆。

全国人大常委会法制工作委员会负责接受自治区人大自治条例和单行条例的批准请求、法规备案、“五大主体”<sup>①</sup>提出审查要求、其他国家机关和社会主体提出审查建议。在接受后,本着法律适用优先原则、穷尽法律救济原则,先进行合法性审查;如果认为已经超出合法性范畴,而可能存在合宪性嫌疑时,由其提请全国人大宪法和法律委员会进行合宪性审查。

全国人大宪法和法律委员会负责合宪性审查工作。全国人大宪法和法律委员会作为全国人大的专门委员会,依照《宪法》《全国人民代表大会组织法》的规定,其主要职责是协助全国人大和全国人大常委会行使职权,其中包括监督宪法实施、进行合宪性审查工作。由全国人大宪法和法律委员会进行合宪性审查,可以明确区分合宪性审查与合法性审查。按照目前的做法,全国人大常委会法制工作委员会既进行合宪性审查,又进行合法性审查,其所进行的审查属于合宪性审查还是合法性审查,难以区分,易使社会成员产生我国国家机关的违宪行为数量巨大的错觉。<sup>②</sup>

#### 四、解决全国人大常委会法律的合宪性审查难题

《宪法》规定,全国人大和全国人大常委会行使国家立法权;全国人大常委会有权制定和修改除应当由全国人大制定的法律以外的其他法律;在全国人大闭会期间,对全国人大制定的法律进行部分补充和修改,但是不得同该法律的基本原则相抵触。作为全国人大的常设机关,全国人大常委会实际上已经成为我国的日常性的立法机关。

《宪法》第5条规定,一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。《立法法》第87条规定,宪法具有最高的法律效力,一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。

---

<sup>①</sup> 《立法法》第99条第1款及全国人大常委会通过的《行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区法规备案审查工作程序》和《司法解释备案审查工作程序》,国务院、中央军委、最高人民法院、最高人民检察院和省级人大常委会有权向全国人大常委会提出对法规及司法解释的审查要求。

<sup>②</sup> 2017年年底,全国人大常委会公布的5起典型审查案件实际上均为合法性审查,并未涉及合宪性问题。

可见,在我国,因法律的效力低于宪法,而存在违反宪法的可能性。

《立法法》第88条规定,法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。《立法法》第75条规定,自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点,对法律和行政法规的规定作出变通规定,但不得违背法律或者行政法规的基本原则,不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。也由此可见,因其他法律文件在效力上低于法律,其主要存在违反法律的情形;与其他法律文件相比较,法律违反宪法的可能性是最大的。

既然法律最有可能违反宪法,那么谁来审查法律的合宪性?域外其他国家采用的合宪性审查体制均为设在立法机关之外的机关行使合宪性审查权。即使是早期的由体制内的机关进行审查的国家,现代也改而采用体制外的审查。<sup>①</sup>我国实行民主集中制的人民代表大会制度,在这一宪法体制下,在国家机关之中,设立最高国家权力机关,所有一切国家机关均在其之下,而同时由其性质所决定,只能由其行使国家立法权。在这一制度背景下,由体制外的其他国家机关审查其制定的法律的合宪性,显然是不可接受的。按照这一基本逻辑,只有全国人大才具有审查全国人大常委会法律合宪性的资格。<sup>②</sup>因此,《立法法》第97条规定,全国人大有权改变或者撤销它的常务委员会制定的不适当的法律,有权撤销全国人大常委会批准的违背宪法和本法第75条第2款规定的自治条例和单行条例。

全国人大常委会法制工作委员会是在全国人大常委会之内设立的工作机构,由其审查全国人大常委会的法律是否合宪,自我审查的意味过于明显。设立全国人大宪法和法律委员会,由其对全国人大常委会的法律进行合宪性审查,正当性和公正性易于被接受,也能够强化对其合宪性审查的实效性。

---

<sup>①</sup> 1799年法国《宪法》和1852年法国《宪法》在立法机关之内设立作为立法机关组成部分的元老院,审查立法机关的其他组成部分制定的法律是否合宪;1946年法国《宪法》设立的宪法委员会也属于议会的内部机构;1958年法国《宪法》才将宪法委员会设立于议会之外而独立于议会。

<sup>②</sup> 《立法法》虽然规定全国人大有权审查全国人大常委会的不适当的法律,但对由什么主体启动审查,并未作出规定。另外,全国人大制定的法律的合宪性审查问题仍然是目前制定设计上的一大空白。