

什么是“违宪”

基于全国人大及其常委会工作实践的考察

邢斌文*

摘要 推进合宪性审查工作,需要认真对待中国语境下的“违宪”概念。在起草“八二宪法”时,彭真等人比较重视反思“违宪”的教训。从实践来看,全国人大及其常委会认定的违宪现象分为国家机关及公职人员具体行为违宪、规范性文件违宪、政治与意识形态层面的违宪三类。但一些理论上的宪法争议,在实践中则不被认为是违宪。经验研究表明:我国的合宪性审查对“违宪”概念的依赖度很低,但实践中“违宪”这一概念的存在对于预防公权力违宪、提高公权力行为和立法的合宪性水平、应对重大政治危机都具有重要价值。我们应该客观认识“违宪”这一概念的规范性与政治性,促进实践与理论研究的良性互动。

关键词 违宪 全国人大及其常委会 规范性 政治性

一、问题的提出

党的十九大报告提出“推进合宪性审查工作”之后,中国宪法学研究进入“合宪性审查时代”,中国宪法学者也有必要反思宪法学术如何贡献于合宪性审查的制度和具体运作。^{〔1〕}而随着宪法解释学的发展和比例原则作为合宪性审查工具的引进,近年来呈现井喷

* 吉林大学法学院讲师。本文系2018年度司法部国家法治与法学理论研究中青年课题“法律合宪性瑕疵的生成原因研究”(项目编号:18SFB3008)的阶段性成果。

〔1〕 参见张翔:“‘合宪性审查时代’的宪法学:基础与前瞻”,《环球法律评论》2019年第2期,第5-21页。

之势的合宪性审查研究也不断彰显着从知识译介、沙盘推演迈向本土实践的雄心。随着“合宪性解释”研究的兴起与“合宪性推定”作为一种宪法方法论在中国宪法学界的推广,^[2]过去中国宪法学界“轻言违宪”的状况大有改观。事前预防违宪比事后纠正违宪更重要、“违宪”是例外而非常态、事后纠正违宪是一种“备而不用、备而少用但有备无患”的宪制手段等更加务实的观点也逐渐被学术界所接受。^[3]但是从逆向的角度来看,“什么是违宪”终究是推进合宪性审查工作过程中无法绕开的核心问题之一,不过由于这一问题的敏感性和复杂性,关于“违宪”的内涵,在我国理论和实践中始终没有深入探讨并得出清晰的答案。党的十九届四中全会提出:“要健全保证宪法全面实施的体制机制”。^[4]要确保宪法全面实施,就必须清醒认识目前宪法未能全面实施的现实难题,妥善应对各种违宪风险。因此,必须从我国的宪法实践出发,认真对待“违宪”这一概念,为宪法全面实施提供必要的理论准备。

从既有的学术成果来看,我国学术界直接研究“违宪”问题,主要集中在以下五个方面:第一,通过区分“违宪”和“违法”在主体、对象、责任和制裁方式上的不同,在理论上将“违宪”与“违法”剥离。^[5]在这个基础上,也有学者参照“违法要件”的构成,试图通过梳理“违宪”的要素而构建“违宪构成”的理论体系。^[6]第二,通过对我国《宪法》和《立法法》中“抵触”的解释,归纳出下位法与上位法相抵触的情形,^[7]进而可以上升到合宪性层面。第三,对外国宪法审查基准进行研究。一方面,一些学者结合外国的宪法审查基准体系,从理论上构建我国的宪法审查基准,进而划定“合宪”与“违宪”的界限,厘清“合宪性”“合法性”与“适当性”的关系。^[8]另一方面,一些学者也从比较法的角度区分了违宪判断的不同类别,注意到了外国宪法审查机关违宪判决的多样性。^[9]第四,就宪法规范滞后于社会发展问题,围绕“良性违宪”概念的内涵、标准和正当性问题进行争论。^[10]第五,针对法律草案中存在的宪法争议,就《物权法》《监察法》等法律草案的合宪与违宪问题进行争论。^[11]这些成果无疑推进了学术界对“违宪”的

[2] 参见王书成:《合宪性推定论:一种宪法方法》,清华大学出版社2011年版,第173—202页。

[3] 参见李林、翟国强:《健全宪法实施监督机制研究报告》,中国社会科学出版社2015年版,第101页。

[4] “中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定”,载《人民日报》2019年11月6日,第001版。

[5] 参见姚国建:《违宪责任论》,知识产权出版社2006年版,第21—24页。

[6] 参见饶龙飞:《违宪构成研究》,同济大学出版社2019年版,第51—115页。

[7] 参见胡建森:“法律规范之间抵触标准研究”,《中国法学》2016年第3期,第5—24页;许安标、刘松山:《中华人民共和国宪法通释》,中国法制出版社2003年版,第29页。

[8] 参见何永红:《基本权利限制的宪法审查:以审查基准及其类型化为焦点》,法律出版社2009年版,第179—210页;王锴:“合宪性、合法性、适当性审查的区别与联系”,《中国法学》2019年第1期,第5—24页。

[9] 参见翟国强:“违宪判决的形态”,《法学研究》2009年第3期,第77—93页。

[10] 参见韩大元主编:《共和国六十年法学论争实录·宪法卷》,厦门大学出版社2009年版,第149—170页。

[11] 参见邢斌文:“论立法过程中法律草案合宪性的判断标准”,《政治与法律》2018年第11期,第61—72页。

认知,但仍然存在缺陷。首先,理论上的讨论对实践的影响有限。无论是比较法层面的介绍还是法解释学层面的体系构建,相关学术成果并不能直接成为我国宪法实践中的既定标准。“违宪”作为一个高度敏感和复杂的概念,在不同时空有着不同的内涵,带有强烈的实践性、本土性和时代性,单纯靠比较研究和理论阐释恐怕无法触及我国宪法实践中“违宪”的核心内涵,也无法取代本土实践基础上的经验研究和理论提炼。^{〔12〕}其次,“良性违宪”与法律草案的合宪性争论虽然建立在我国实践的基础之上,但是,相关结论本身依旧是理论性的,而没有得到释宪机关——即全国人大常委会的认可,因此也还没有触及到真实的“违宪”核心。其中有些问题,如改革过程中的宪法变迁问题、立法过程中的宪法争议问题,可能并不适合直接与“违宪”划等号。所以,上述讨论恐怕也不足以回答:中国当下的宪法实践中到底有哪些真正涉嫌违宪的难题?应当如何解决?只有直接面对我国宪法实践中的“违宪”问题和现实存在的违宪风险,才能够使合宪性审查工作真正有的放矢。

基于以上情况,笔者试图从我国宪法实践中对“违宪”的概念进行经验分析。这样的经验研究存在着可行性。尽管全国人大及其常委会并没有正式认定过违宪的情形,但是在《全国人大常委会公报》(以下简称《公报》)和历任全国人大常委会领导人讲话、文集中,仍然存在着一些与“违宪”直接相关的表述,这意味着:全国人大及其常委会在工作实践中承认违宪现象的存在。如果推定全国人大及其常委会工作文件的措辞是严谨、准确的,那么有关“违宪”的表述就不同于理论上的探讨,而是全国人大及其常委会在工作实践中公开承认的违宪事实。根据这些素材,能够在某种程度上支撑起相关的经验研究,也使“违宪”的初步类型化成为可能,进而可以观察,在全国人大及其常委会的工作实践中,是如何认识“违宪”这一概念的。

二、制宪者对“违宪”概念的认知过程:一个简要回顾

对于我国宪法实践中的“违宪”概念认知,首先应当从制宪史料中寻找线索,观察制宪者理解这一关键概念的法治逻辑与政治逻辑。在“八二宪法”之前,制宪者并未深入思考“违宪”的具体内涵,对于“违宪”概念还停留在简单的字面理解上,并未深入。毛泽东同志在起草“五四宪法”的过程中曾提到:“这个宪法草案是完全可以实行的,是必须实行的”,“(宪法)通过以后,全国人民每一个人都要实行,特别是国家机关工作人员要带头实行,首先在座的各位要实行。”

〔12〕 如果说“合宪性解释”的方法和理论具备一定的普遍适用性与可移植性,那么“违宪判断”的理论和方法在更大程度上则属于地方性知识,在一些重要的宪法问题上深受本国传统和政治实践的影响,因时因地而异。比如,对于“通奸罪”“伤害尊亲罪”的合宪性问题,在韩国和日本可以成为重大的宪法争议,但在当代中国却从来不是一个宪法问题;对于“同性婚姻合法化”和死刑存废等重大的伦理和社会问题,在世界范围内也很难找出一个普遍适用的宪法判断方法与结论。参见韩大元、王建学:《基本权利与宪法判例》,中国人民大学出版社2013年版,第52-55、94-134页。

不实行就是违反宪法。”^{〔13〕}但是,由于宪法自身定位不科学、思想认识的局限和宪法本身的缺陷,“五四宪法”很快遭到破坏,也没有人能够深入讨论违宪责任等问题。^{〔14〕}

在“文化大革命”结束之后,随着中央对“七八宪法”的局部修改和“八二宪法”起草工作的启动,主持“八二宪法”起草工作的彭真在反思历史教训的基础上,对违宪现象和“违宪”这一概念进行了更加深入的思考。从公开的文献来看,彭真至少从以下三个方面对“违宪”概念进行了论述:

第一,通过对“文化大革命”的反思来认识“违宪”概念。“文化大革命”结束后,制宪者基于切身教训,深化了对“违宪”的认识,意识到违反宪法的严重后果。在起草八二宪法的过程中,彭真就多次提到“文化大革命”与违宪的关系。在1981年7月,彭真指出:“不能把‘文革’中发生的问题,记在没有法上,不是因为一九五四年宪法不好,而是违背了宪法。”^{〔15〕}1981年10月,彭真再次提到“文化大革命”的出现是由于“没有执行宪法的规定”。^{〔16〕}1982年11月,彭真在谈到宪法的宣传问题时,更是将“文化大革命”的反面经验视为制定宪法的重要依据,指出“没有‘文化大革命’,就没有现在的宪法、刑法”。^{〔17〕}这种反思深刻影响到我国各级权力机关和有关领导人,“违宪”就被视为重大的政治事件。如曾参加“八二宪法”起草工作的张友渔在宪法通过后的讲座中就认为全国人大不可能违宪,“如果真的出现,那就是说整个国家成问题了”。^{〔18〕}“违宪之后怎么办”的忧虑在“八二宪法”通过前后的有关讨论中也有所体现。例如,原总政治部主任刘志坚在讨论“八二宪法”草案时提出“光讲宪法必须遵守还不行”,“还得写上‘一切违反宪法的行为,必须予以追究’”,参加宪法起草工作的王汉斌认为“这样写好是好,就是怕做不到”。^{〔19〕}在“八二宪法”通过后,彭真一再强调:“为了不让(‘文革’)那种局面重演,人大常委会应该负起责任,一切依法办事”,^{〔20〕}“全国人大常委会要带头遵守宪法和法律,违

〔13〕 毛泽东:“关于中华人民共和国宪法草案”,载中共中央文献研究室编:《建国以来重要文献选编(第五册)》,中央文献出版社2011年版,第252—253页。

〔14〕 参见刘政:《人民代表大会制度的历史足迹》,中国民主法制出版社2014年版,第235—237页。值得一提的是,在1957年“反右”前夕,《人民文学》曾发表了一篇名为“话说‘违宪’”的短评,提出思想上的讨论是受宪法和法律保护的,动辄以“违宪”为由定性人民内部问题、打压讨论是“解决不了问题的”。例如参见:“话说‘违宪’”,《人民文学》1957年第4期,第1页。

〔15〕 《彭真传》编写组:《彭真年谱》(第五卷),中央文献出版社2012年版,第105页。

〔16〕 同上注,第116页。

〔17〕 《彭真传》编写组,见前注〔15〕,第164页。事实上,这种反思一直持续到了“八二宪法”通过之后。第六届全国人大常委会副委员长王任中在1984年的一次讲话中强调民主法制重要性时也提到:“在‘文化大革命’当中,谁也不敢讲宪法,也不懂得运用这个武器。”参见王任重:《王任重文集》(下册),中央文献出版社1999年版,第278页。

〔18〕 张友渔:《宪政论丛》(下册),群众出版社1986年版,第292页。

〔19〕 王汉斌:《王汉斌访谈录:亲历新时期社会主义民主法制建设》,中国民主法制出版社2012年版,第63页。

〔20〕 《彭真传》编写组,见前注〔15〕,第224页。

宪的事情我们一件不能做,要成为习惯。”〔21〕在这里,“违宪”作为反面经验,指代一种重大的政治事故,是正常法治之外的非常状态,已经不是宪法本身能够承载的内容。正如张光博教授在八十年代中期指出:“对于宪法的保障,首先不在宪法之内,而在于宪法之外,这是宪法所解决不了的。”〔22〕

第二,在制宪过程中,从宪法规范之间的冲突关系谈违宪问题。在起草“八二宪法”的过程中,制宪者也从整个宪法规范体系构建出发,反思原有宪法规范是否恰当,是否符合宪法本意。早在1980年取消“七八宪法”中关于“四大自由”的规定时,张友渔就指出:“宪法取消关于‘四大’的规定有利于发扬社会主义民主”,“四大自由容易被反革命分子利用来进行反革命活动,破坏安定团结的政治局面。”〔23〕这实际上就是对旧有宪法文本具体内容的否定。在起草“八二宪法”过程中,彭真以“罢工自由违反宪法”为由反对将“罢工自由”写进宪法,他说:“宪法规定:禁止任何组织和个人利用任何手段扰乱社会经济秩序,破坏国家的经济计划。如电厂罢工,许多工厂得停工,生产秩序、生活秩序、工作秩序、生活秩序都乱了,这是不是违宪?”〔24〕彭真在此是用“七八宪法”第8条第2款否定了“七八宪法”第45条中的罢工自由,隐含着承认宪法规范之间存在效力差别的意思,即承认“宪法条文可能违宪”。但这种思考随着“八二宪法”通过也就没有下文了。“八二宪法”生效后,彭真没有公开质疑过宪法文本的适当性。

除此之外,彭真还从避免争议和误解的角度,对宪法起草工作提出了具体要求。彭真在主持“八二宪法”起草的过程中不断强调“可改可不改的,不改;改了可能引起问题的,不改”,〔25〕坚持宪法起草“不搞不必要的创新,注意不要引起不必要的争论”,〔26〕要“避免误会”,〔27〕“只写那些成熟的,定的下来的东西;还在试验的东西,最必要的,看得准的,行得通的,可以写,看不准的不写”。〔28〕这种思路在最大程度上确保了宪法文本能够取得共识,也为未来处理宪法争议、理性分析“违宪”概念的内涵提供了重要思路。

第三,从立法和监督的具体工作出发探讨违宪问题。在“八二宪法”通过后,彭真就指出:“是不是违宪的问题,已经紧迫地提到我们议事日程上了。怎么办?”〔29〕彭真在多次从立法和法律监督的角度探讨了违宪问题,这对于理解“违宪”的法律内涵具有重要参考价值。在立法

〔21〕《彭真传》编写组,见前注〔15〕,第225页。

〔22〕张光博:“宪法实施中的几个问题”,载中国法学会宪法学研究会、西南政法学院教材编审会编:《宪法与改革》,群众出版社1986年版,第155页。

〔23〕张友渔:《张友渔文选》(下卷),法律出版社1997年版,第64—65页。

〔24〕《彭真传》编写组,见前注〔15〕,第175页。

〔25〕《彭真传》编写组,见前注〔15〕,第106页。

〔26〕《彭真传》编写组,见前注〔15〕,第107页。

〔27〕《彭真传》编写组,见前注〔15〕,第529页。

〔28〕《彭真传》编写组,见前注〔15〕,第113页。

〔29〕彭真:《论新中国的政法工作》,中央文献出版社1992年版,第174页。

工作上,彭真强调:“法律是一门科学……特别是与宪法不能抵触。”^[30]在监督工作,彭真主张将宪法监督的重点放在纠正国务院和地方人大常委会有关法规、决议是否违宪的审查撤销上,强调有关国家机关自查自纠违宪问题,将执政党、党员违宪与国家机关违宪区分开来,并不要求全国人大常委会直接监督政党违宪的问题。^[31]就“违宪”行为的分类而言,彭真指出:“全国人大常委会要监督宪法的实施。违宪行为有各种各样,有大违、中违,也有小违。所有违宪都提到全国人大常委会来管,怎么管得了?……有些违宪行为,县、省可以处理,只有重大的违宪行为,由全国人大处理。”“全国人大和它的常委会要认真监督宪法的实施,主要是对那些关系国家安危、国计民生的重大违宪事件进行监督。”^[32]可见,在具体工作层面,彭真认为法律、法规、国家机关的决议与宪法相抵触构成“违宪”,但在界定“违宪”的范围上,彭真仍然采取了广义的界定方案,“大违、中违、小违”的分类法实质上并未严格区分违宪和违法,强调“全国人大只管重大的违宪问题”是为全国人大常委会与地方人大常委会在法律监督的分工提供了方案。但是,这种对“违宪”的认识仍未从法律解释角度分析“违宪”的具体内涵。

从上述材料来看,在“八二宪法”制定前后,制宪者对于违宪问题进行了较为集中的思考,对于“违宪”概念的解读主要包括以下几点:第一,关于违宪的性质,制宪者基于历史的教训特别强调违宪的政治性,认为违宪可能导致政治灾难,类似于“宪法危机”(constitutional crisis),^[33]而这种政治灾难并非正常的宪法监督制度所能补救,只能通过其他政治手段解决。第二,关于违宪的范围,彭真进行了广义的界定,并未明确区分违宪与违法,而是根据违反宪法的程度不同,在宪法监督工作中进行了初步的分工,强调全国人大常委会只监督“重大违宪”。第三,关于违宪的具体内涵,彭真以宪法文本为标准进行判断。一方面,彭真在制宪时注意到了宪法条款之间可能存在的抵牾,尽力保持宪法规范体系内部的协调。另一方面,彭真也注意到违宪和宪法争议、对宪法的误解不同,强调宪法的规定不要引起争议,或者说,对宪法文本的不同理解并不等于违宪。第四,关于违宪的主体,彭真没有进行详细的区分,而是强调一切国家机关、组织和公民都要遵守宪法,但是强调了国家机关工作人员在遵守宪法中的带头作用,也区分了国家机关违宪和政党违宪。总体来看,制宪者在制宪前后关于“违宪”概念的讨论,是一种粗线条的描述,这也奠定了我国宪法实践中“违宪”概念的基调,对准确理解“违宪”这一概念的逻辑有着重要的参考价值。

[30] 同上注,第396页。

[31] 参见刘松山:《宪法监督与司法改革》,知识产权出版社2015年版,第58—64页。

[32] 《彭真传》编写组,见前注[15],第191、193页。

[33] Jack M. Balkin认为,当宪法在其核心任务上面临失败的危险时,“宪法危机”就会爆发。而宪法的核心任务就是维护日常政治的共识,使国家避免陷入混乱、暴力和内战。See Jack M. Balkin, “Constitutional Crisis and Constitutional Rot”, *Maryland Law Review*, Vol.77, No.1, 2017, pp.147—148.

三、我国宪法实践中的“违宪”形态：是什么，不是什么

如上文所述，“违宪”这一概念具有浓厚的政治色彩，直到 21 世纪初，“违宪”仍被全国人大常委会有关领导视为“天大的事儿”。^{〔34〕} 这一认识可能导致了全国人大及其常委会不愿意公开处理重大的违宪问题，但是违宪现象并不是讨论的禁区。一方面，全国人大及其常委会通过国家机关之间的内部协商解决违宪问题已经被学界所认知。^{〔35〕} 另一方面，全国人大及其常委会对违宪现象的认定和处理结果，也能够从全国人大及其常委会的工作文件和相关领导讲话中找到蛛丝马迹。根据这些线索，我们能够从正反两个方面来观察：“违宪”是什么？又不是什么？进而检视相关学术讨论的妥当性。

（一）“违宪”是什么

宪法监督一直是全国人大及其常委会监督工作的重要内容。在 1993 年时，全国人大常委会在工作中就已经将“违宪”初步分为“规范性文件违宪”和“国家公职人员行为违宪”两类。时任全国人大常委会副委员长田纪云在一次全国人大常委会机关干部会议上的讲话中提出：“宪法监督主要包括两个方面：一是对国家机关制定的规范性文件是否符合宪法进行审查；二是对国家公职人员违反宪法的行为进行纠正和必要的制裁。”^{〔36〕} 在起草《监督法》时，全国人大常委会试图对“违宪”进行更详细的规定。2001 年田纪云在讨论《监督法》草案时提出：“起草监督法，有些问题要研究透。比如什么是违宪？对违宪怎么追究？……只讲一些程序性的东西……这样的监督法不如没有。”^{〔37〕} 但《监督法》仍未对“违宪”作出定义，也印证了这一概念的复杂性。但至少“规范性文件/公职人员行为”的初步分类框架较之于彭真提出的“大违、中违、小违”分类更加明确和具体，结合全国人大及其常委会的工作文件，我们可以将全国人大及其常委会承认的违宪现象分为以下三类：

第一，国家机关和国家机关公职人员的具体行为违反宪法。^{〔38〕} 主要包括以下两类：首

〔34〕 这是张春生同志的回忆。参见张春生、秦前红、张翔：“推进合宪性审查 加强宪法实施监督”，《中国法律评论》2018 年第 4 期，第 4 页。

〔35〕 参见刘松山，见前注〔31〕，第 26 页。

〔36〕 田纪云：《田纪云文集：民主法制卷》，中国民主法制出版社 2016 年版，第 9 页。值得注意的是，全国人大常委会的这种认识有更早的思考线索，张友渔在“八二宪法”通过后就已经指出：“违宪不能单指文件违宪，还应当包括行为违宪。”全国人大常委会办公厅研究室的程湘清在 1992 年时也发表论文明坚持这种认识。参见刘政、程湘清：《人大监督探索》，中国民主法制出版社 2002 年版，第 133—134 页。

〔37〕 田纪云，同上注，第 278 页。

〔38〕 从全国人大及其常委会的工作文件来看，主要是党委政府违反宪法和法律规定的程序，不尊重宪法和法律赋予人大的职权。当然，人大越权也属于违反宪法的情形。第六届全国人大常委会副委员长王任重同志曾指出：“如果我们人大成天忙于具体事务，去代替党委或政府的工作，这是违反宪法的，不能允许的。……所以，既不能失职，又不能越权。”王任重，见前注〔17〕，第 282 页。

先,是地方党委和政府违反法定程序任免干部。这些行为直接违反了《宪法》第101条、第103条和《地方人大和地方政府组织法》《选举法》的相关条款。全国人大常委会将这种行为认定为“违反宪法和法律”“不符合宪法和法律”。例如,在1986年的全国人大常委会工作报告中,全国人大常委会指出:

(一年来,全国人大常委会)支持和督促一些地方纠正违反宪法和法律的行为,例如:在选举、任免国家机关工作人员时,不尊重人大代表或人大常委会委员的民主权利,不尊重人大、人大常委会依法行使职权,对依法应由人民代表大会选举或人大常委会任免的干部,未履行法律程序就由上级机关直接任命或对外公布;任意调动选举产生的县、乡、镇干部,并且没有依照法律程序任免;有的人大常委会依法履行职权对提请任命的人选未予批准竟受到指责,等等。对这些不符合宪法和法律的行为,常委会要求有关地方作出必要的处理,常委会办公厅编印的《工作通讯》也注意刊登一些地方采取措施纠正不依法办事的错误做法。^{〔39〕}

上述情况在上世纪八九十年代比较常见,1987年的《全国人大常委会工作报告》显示,仍然存在与上一年相同的问题。1988年7月通过的《七届全国人大常委会工作要点》中特别提出要“认真受理人民群众的申诉、控告和检举。凡属直接控告全国人大及其常委会选举、决定和任命的国家工作人员违宪违法情节严重的,由常委会责成有关部门查清事实,进行处理”。^{〔40〕}1991年,全国人大常委会工作报告中再次提出,有关领导和部门限制人大代表行使选举权的行为和言论“都是违背宪法和法律规定的,必须加以纠正。”^{〔41〕}在1992年的一次委员长会议上,时任全国人大常委会委员长的万里甚至直接点名批评某地方领导人不尊重地方人大选举结果的行为是“不知道宪法”,“是违宪的事”。^{〔42〕}除此之外,一些地方人大常委会也公开承认了一些违宪现象。例如,四川省人大常委会发现并纠正了有些地方违反《宪法》第103条第3款的规定,由市长兼任同级人大常委会主任的情况。^{〔43〕}对这些违宪违法事件的处理方式包括:由省级人大常委会进行调查,纠正违法行为,宣布相关违反宪法和法律的选举无效,督促有关部门撤销违法的任命决定,依法补办相关手续;相关干部作出检查,接受批评,由同级党委作出处理,必要时由全国人大常委会副委员长与地方党政领导谈话,提出批评;地方人大常委会上报全国人大常委会,并根据全国人大常委会指示内部纠正;在全国人大常委会机

〔39〕 陈丕显:“全国人民代表大会常务委员会工作报告”,载全国人民代表大会常务委员会办公厅编:《中华人民共和国第六届全国人民代表大会第四次会议文件汇编》,人民出版社1986年版,第7—8页。

〔40〕 “七届全国人大常委会工作要点”,载全国人民代表大会常务委员会办公厅编:《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报1988—1989年卷》,中国法制出版社2004年版,第250页。

〔41〕 彭冲:“全国人民代表大会常务委员会工作报告”(1991),载全国人民代表大会常务委员会办公厅编:《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报1990—1991年卷》,中国法制出版社2004年版,第487页。

〔42〕 刘政,见前注〔14〕,第185页。

〔43〕 参见四川省地方志编纂委员会编:《四川省志·政务志》(中册),方志出版社2000年版,第680—681页。

关刊物《人大工作通讯》上公开部分事件处理情况等。^{〔44〕}

其次,是政府不经人大常委会批准,自行调整预算。根据《宪法》第 67 条第(5)项的规定,国家预算在执行过程中进行必要的部分调整,调整方案必须经过全国人大常委会的审查批准。但是,在上世纪八九十年代,我国财政秩序较为混乱,全国人大财经委在提交给全国人大的预算审查报告中几乎每年都要提及预算执行中存在严重的浪费问题,政府擅自将预算内收入转移到预算外进而逃避监督的行为并不鲜见。^{〔45〕}全国人大财经委在 1993 年的预算审查报告中就建议:“1993 年国家预算经全国人民代表大会批准以后,必须严格执行。如在执行中需要作部分调整时,必须按照《宪法》规定,报经全国人大常委会审查和批准。任何地方和部门都不得擅自开减收增支的口子。”^{〔46〕}这说明,政府可能未经人大常委会批准而擅自调整预算,这种行为直接违反了宪法和法律的规定。不过,限于公开资料有限,全国人大常委会如何处理这种政府越权调整预算的行为,尚未得知。

第二,特定的规范性文件与宪法和法律相抵触。相较于明确认定有关国家机关和国家机关工作人员行为违反宪法和法律,全国人大及其常委会长久以来对于规范性文件的违宪判断显得含蓄得多,而且十分隐晦。一方面,全国人大常委会承认规范性文件违反宪法的可能性。比如,在 1983 年的工作报告中,全国人大常委会就指出:“新宪法公布以后,过去的一些规定和作法可能会有不符合新宪法的地方,甚至同新宪法相抵触。这是必须及时解决的问题。”^{〔47〕}全国人大常委会在工作报告中多次强调,如果在备案审查中发现行政法规、地方性法规存在违宪违法行为要及时处理,^{〔48〕}相当于承认了行政法规、地方性法规违宪的可能性。另一方面,全国人大常委会也曾直接承认规范性文件违宪的现象存在。例如,在 1998 年的工作报告中,全国人大常委会在总结第八届人大常委会的五年工作时就指出:“本届对备案的地方性法规,交由专门委员会进行了初步审查,有的专门委员会还对个别不符合宪法、法律规定的地方性法规提出了纠正意见。但这项工作与宪法的要求还有差距。必须进一步建立和健全违宪审查制度,对宪法监督的内容、形式和程序作出明确规定。”^{〔49〕}2013 年,全国人大常委会在总结五年来的监督工作时,也指出:“(全国人大常委会)针对法规备案审查中发现的同宪法和法律相抵

〔44〕 参见刘政,见前注〔14〕,第 219—220 页;张秉银:《人大法律监督案例选编》,法律出版社 1992 年版,第 134—139 页;马识途:《百岁拾忆》,生活·读书·新知三联书店 2014 年版,第 329 页。马识途在上世纪八十年代初任四川省人大常委会委员和全国人大代表,亲历了一些四川省人大常委会处理违宪违法事件的过程。

〔45〕 参见全国人民代表大会常务委员会预算工作委员会预决算审查室编:《历届全国人民代表大会及其常务委员会审议通过的预算决算文件汇编》,中国财政经济出版社 2002 年版,第 699 页。

〔46〕 同上注,第 618 页。

〔47〕 杨尚昆:《全国人民代表大会常务委员会工作报告》,《新华月报》1983 年第 6 期,第 34 页。

〔48〕 在 1990、1992、2011、2015、2016 年的工作报告中,全国人大常委会都有类似的表态。

〔49〕 田纪云:“全国人民代表大会常务委员会工作报告”,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1998 年第 1 期,第 69 页。

触的问题,及时与制定机关加强沟通、提出意见,督促自行修改或废止。”^[50]但是,究竟是哪部规范性文件,如何违反宪法和法律,全国人大常委会却并未批露。

情况自2017年开始有所变化。从2017年起,全国人大常委会法工委开始向全国人大常委会公开提交备案审查工作报告。在2017、2018两年的备案审查工作报告中虽然披露了具体存在问题的规范性文件,但并没有对相关问题规范使用“违反宪法”“违宪”“与宪法相抵触”等措辞。韩大元教授也认为,法工委备案审查报告中提到的例子只涉及合法性问题,“不要将宪法问题法律化,也不要将法律问题宪法化”。^[51]而在2019年,备案审查工作报告中则明确披露“督促制定机关纠正与宪法法律规定有抵触、不符合的规范性文件”的情形,所列事例中有两个属于典型的宪法问题,包括:审查并认定某些地方性法规中“公安机关交通管理部门调查交通事故时可以查阅、复制当事人通讯记录”的规定“不符合保护公民通信自由和通信秘密的原则和精神”,审查并认定某些地方性法规中“人大常委会闭会期间可以由主任会议许可对人大代表进行逮捕”的规定“与代表法……存在抵触情形”,处理的方式是“经向制定机关指出”,有关规定“已经修改”或“停止执行”。^[52]这是全国人大常委会首次在正式公开的工作文件中明确披露违宪的具体事例及其处理方式。全国人大常委会法工委运用较为简单的文义解释方法即作出了“与宪法法律规定有抵触、不符合”的结论,虽然没有使用“违宪”的表述,但对于判断规范性文件的违宪,具有重要的示范意义。

第三,从政治和意识形态的层面表述“违宪”。在全国人大及其常委会的工作实践中,并不回避宪法的政治性。在特定情况下,“违宪”作为政治话语,意味着特定现象与宪法所规定的制度和意识形态冲突。例如,在1981年,时任民政部长的程子华在向全国人大常委会汇报县级直接选举的情况时就在报告中指出:“在这次选举中,有一些人搞无政府主义、极端个人主义,不要党的领导,不遵守社会主义法制,反对四项基本原则,破坏安定团结……这是违反宪法、违反9亿多人民的根本利益的。”^[53]全国人大常委会并未对这一表述提出反对意见。1987年初,针对社会上存在较为严重的“资产阶级自由化”思潮,全国人大常委会作出了《关于加强法制教育维护安定团结的决定》,在当年的工作报告中,全国人大常委会指出:

一个时期以来,资产阶级自由化思潮滋长、蔓延,极少数人否定四项基本原则,鼓吹

[50] 吴邦国:“全国人民代表大会常务委员会工作报告”,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2013年第2期,第305页。

[51] 韩大元:“从法律委员会到宪法和法律委员会:体制与功能的转型”,《华东政法大学学报》2018年第4期,第11页。

[52] 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2019年备案审查工作情况的报告——2019年12月25日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议上”,载中国人大网, <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/201912/24cac1938ec44552b285f0708f78c944.shtml>,最后访问日期:2020年3月4日。

[53] 程子华:“关于全国县级直接选举工作情况的报告”,《中华人民共和国国务院公报》1981年第3期,第85—86页。

“全盘西化”，走资本主义道路。这是违反宪法和有关法律，违背全国人民的根本利益和共同意志的。同时有些地方或有关机关对社会上出现的一些违反宪法和法律的行为，还不善于运用法律武器进行斗争。因此，《决定》重申宪法和刑法有关规定，强调通过法制教育，增强广大干部、群众的法制观念和公民意识，把宪法作为根本的活动准则，维护安定团结的政治局面，保障改革、开放和社会主义现代化建设的顺利进行。^[54]

类似的情况在2017年常委会的工作报告中也出现过。针对香港地区出现的“港独”势力猖獗的乱象，2016年底全国人大常委会主动解释《香港基本法》，并在2017年3月的工作报告中作出进一步说明：

“港独”的本质是分裂国家，严重违反“一国两制”方针，严重违反宪法和香港基本法。全国人大常委会行使宪法和香港基本法赋予的权力，作出关于香港基本法第104条的解释，明确该条规定的“拥护中华人民共和国香港特别行政区基本法，效忠中华人民共和国香港特别行政区”，既是该条规定的宣誓必须包含的法定内容，也是参选或者出任该条所列公职的法定要求和条件……全国人大常委会主动释法，充分表明了中央贯彻“一国两制”方针的坚定决心和反对“港独”的坚定立场，充分体现了包括香港同胞在内的13亿中国人民维护国家主权、安全和发展利益的坚定意志。^[55]

从上面的表述来看，第三种违宪现象与前两类违宪现象不同之处表现在：首先，“违宪”的主体不是国家机关和国家公职人员，而是特定的个人和社会群体，这类违宪现象不是公权力与宪法的冲突，而是某些个人和群体的行为挑战了宪法的政治基础。在此语境下，相关国家机关依据宪法行使权力，采取某种措施，恰恰是维护宪法的表现。其次，“违宪”所指向的内容不仅仅是具体的行为，也指向与宪法规定相冲突的政治立场，但这种违宪情况与前两种相比，具有抽象性和不确定性。再次，这种违宪现象所导致的法律后果相较于前两者而言更加模糊。处理政治立场与宪法冲突的问题，主要是制止，进而进行教育和法制宣传，只有在其他法律有明确规定的情况下，才能依法追究更为具体的责任。

整体上来看，全国人大及其常委会在工作实践中公开揭示了一些违宪现象的存在。一方面，“违宪”既是一个规范问题，也是一个政治问题。在违宪现象中，宪法既显示了它作为法律规范的规范性，展示了规范解释和适用的空间，以及对国家公权力的具体拘束作用，同时也显示了它作为“政治法”的政治性。这意味着违宪现象与具体的违法行为并不一样，并不能单纯依靠规范操作和法律适用解决，至少要分门别类，因事而异。另一方面，“违宪”不具有独立性。从上述的情况可以看出，全国人大及其常委会在工作文件中基本上没有公开单独使用“违宪”

[54] 陈丕显：“全国人民代表大会常务委员会工作报告”，《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1987年第3期，第71—72页。

[55] 张德江：“全国人民代表大会常务委员会工作报告”，《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2017年第2期，第307页。

“违反宪法”的情况，^{〔56〕}“违宪”与“违法”是伴生的，“违宪是最严重的违法行为”^{〔57〕}依然是全国人大常委会对“违宪”最为直白的定义。这也就意味着，“违宪”与“违法”可能无法完全区别开来。在应对违宪现象时，即便存在直接适用宪法的空间，也无法仅仅依靠宪法规范解决问题。反过来说，如果能够依据法律解决问题，直接适用宪法的必要性就小多了，也就没有必要使用“违宪”这一概念了。

（二）“违宪”不是什么

在梳理了全国人大及其常委会实践中承认的违宪现象后，我们应当进一步追问的是：“违宪”不是什么？换句话说，哪些实践中的问题虽然在理论上可能存在宪法争议，实际上却不属于合宪性审查关注的对象？从经验的角度来看，回答这个问题并不是论证某种现象的合宪性，而是要梳理，对于哪些现象，全国人大及其常委会不选择用“违宪”去评价。

从全国人大及其常委会的实践来看，有以下几种情况不属于违宪：

第一，经济体制改革中的探索和试验不是违宪。经济体制改革过程中的实验和探索，即便没有明确的宪法依据，或者与宪法表述不一致，也不认定为违宪，而是需要有一个研究逐渐深入、认识逐渐成熟、共识逐渐形成的过程。比如，1984年中共中央通过《中共中央关于经济体制改革的决定》，肯定了农村的家庭联产承包责任制，并提出实行政企分开、建立多种形式的经济责任制、积极发展多种经济形式。^{〔58〕}但是，当时有人认为这一改革打破旧框架可能与宪法矛盾，要么修宪，要么停止改革。张友渔1984年11月中央党校的讲座中就特别指出“现在不存在这两方面的问题。《决定》提出的方针、政策同宪法的基本精神和原则规定是完全一致的，没有任何矛盾”，“现在的问题不是《决定》是不是违宪、要不要修宪的问题，而是如何理解和执行的问题”，并大量引用宪法文本进行论证，试图论证宪法规范之间的自洽性。^{〔59〕}当时还有人提出宪法上没有“私营经济”的概念，私营经济立法没有宪法母法上的依据，引起了领导层的关注，但并没有阻碍中央文件中使用“个体企业”“私人企业”的概念。^{〔60〕}在1992年党的十四大提出建设社会主义市场经济后，当时宪法还规定“国家实行社会主义计划经济”，修宪势在必

〔56〕 需要注意的是，2019年全国人大常委会法工委的备案审查工作报告中认定“公安机关交通管理部门调查交通事故时可以查阅、复制当事人通讯记录”的规定“不符合保护公民通信自由和通信秘密的原则和精神”的表述是值得品味的，虽然提到了宪法规范的内容，但没有“违宪”的表述，只说“不符合相关原则和精神”，似乎是在故意回避直接使用“违宪”的表述。

〔57〕 田纪云：“全国人民代表大会常务委员会工作报告”，《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1996年第3期，第101页。

〔58〕 参见“中共中央关于经济体制改革的决定”，载《人民日报》1984年10月21日，第1版。

〔59〕 参见张友渔：“中共中央关于经济体制改革的决定同宪法的关系”，《理论月刊》1985年第2期，第1—2页。

〔60〕 参见中国经济体制改革研究会编：《见证重大改革决策——改革亲历者口述历史》，社会科学文献出版社2018年版，第44页。

行,时任全国人大常委会委员长万里也承认:“宪法必须修改,不改不行了……如果不这样修改,大家搞市场经济,岂不是违宪了?”〔61〕但事实上,经济体制改革中的修宪共识也是在改革过程中逐渐积累的,修宪本身就意味着“不能用宪法来约束改革,而只能用修正宪法的方式来为改革打开道路”。〔62〕换句话说,即便改革与宪法表述不一致,全国人大及其常委会也不会对这些探索试验作出“违宪”的判断,而会通过其他方式处理,缓解社会变迁与宪法规范滞后之间的矛盾。

第二,国家公权力机关自身的权力增长或权力再分配,只要存在解释的空间,就不是违宪。在政治体制改革和国家相关制度完善的过程中,相关改革没有直接的宪法依据,但只要存在宪法解释的空间,也不视为违宪。例如,在上世纪九十年代全国人大常委会授予深圳经济特区立法权之前,曾有意见认为授予深圳地方立法权违宪,万里指示请专家研究这一问题,最后根据《宪法》论证全国人大常委会会有这个权力。〔63〕又如,1987年为了建立规章备案审查制度,国务院办公厅发布了国办发〔1987〕15号文件,要求有规章制定权的政府制定的规章要向国务院备案。但是在文件起草过程中,国务院法制局的工作人员发现要求规章向国务院备案缺乏直接的上位法依据。经反复研究,才将《宪法》、《地方组织法》和《国务院组织法》中有关国务院职权的条款作为了有关文件的上位法依据。〔64〕直到制定《立法法》时,国务院对地方政府规章的备案审查制度正式写入法律文本,才有了直接的法律依据。宪法不是法律大全,不可能将国家机关的每一项权力都明确列举。所有国家机关,包括全国人大常委会自身,在制度完善的过程中都存在着职权扩张的空间(例如各级人大常委会的执法检查权)。在这种情况下,有些国家机关的职权可能无法找到直接的宪法依据,但如果僵硬地理解公法领域“法无授权即禁止”的含义,恐怕会造成很多误会。在这方面,一些理论上的宪法争议在实践中并不会成为全国人大及其常委会宪法判断的对象。再比如,《宪法》上并未赋予中央军委立法权,在《立法法》颁布前,《国防法》率先赋予中央军委制定军事法规的权力。有学者认为这一规定突破了宪法规定的立法体制,应当对宪法进行修改。〔65〕但全国人大及其常委会并未对此作出违宪判断,宪法也并未进行相应修改。因此可以说,只要存在明显的宪法解释空间,即便全国人大常委会没有做出正式的宪法解释,相关的问题也不会被全国人大及其常委会认定为违宪。

第三,不适应社会发展需要但长期存在的重要制度与立法不是违宪。基于特定历史背景

〔61〕 万里:《万里文选》,人民出版社1995年版,第619—620页。

〔62〕 郑刚主编:《当代中国三次思想解放全录》,中央党史出版社1998年版,第1625页。

〔63〕 厉有为:“我们尽了力,算是不辱使命”,载戴北方主编《深圳口述史1992—2002》(中),海天出版社2017年版,第9页。

〔64〕 参见赵威:“忆法规规章备案制度的创建”,载国务院法制办公室编:《法苑春秋:国务院法制办老干部回忆录》,国务院法制办公室2015年版,第277—278页。

〔65〕 参见张庆福:《宪法学理论与实践问题研究》,中国民主法制出版社2012年版,第510—511页。

形成的法律或者制度,只要制定时存在正当的理由,即便可能严重限制公民的基本权利,全国人大及其常委会也不会认定其违宪,而是需要“通过实践,积累经验,统一认识”,^[66]以其他方式解决。随着社会发展和变迁,既存旧制度或者法律很可能会逐渐产生不符合宪法精神的嫌疑。在外国的宪法实践中,基于不同的道德立场和宪法解释方法,宪法审查机关在不同历史时期对同一制度或立法的合宪性作出大相径庭的判断的例子并不罕见。^[67]但是,全国人大及其常委会在实践中却不大可能作出完全相反的宪法判断。中国改革开放以来的发展道路是一种渐进主义而不是推倒重来的道路,邓小平在中国改革开放过程中确定的“摸着石头过河”与“不争论”策略确保了发展的稳定和试错的可控,^[68]也确立了当代中国“两个不能否定”的历史逻辑和政治逻辑。^[69]反映到中国的合宪性审查制度上,就是全国人大及其常委会不会对长期存在、曾经发挥过重要作用但已经不适应社会发展的制度或者立法(例如城乡不平等选举、劳动教养制度、收容审查制度等)在宪法层面上作出否定性判断。从目前的立场看,这些制度严重侵犯了公民的基本权利,具有重大的违宪嫌疑,全国人大及其常委会也根据党中央的决策和实践需要适时修改和废止了相关立法,但全国人大常委会在修改和废止相关立法时,却充分肯定了相关制度的历史价值,并未对其作出违宪认定。^[70]更可以作为证据的是,针对极富争议的收容教育制度,全国人大常委会法工委在2018年的备案审查工作报告中虽然指出“启动废止工作的时机已经成熟”,但也同时声明作为收容教育依据的《关于严禁卖淫嫖娼的决定》“制定程序和内容均符合宪法规定”。^[71]全国人大常委会法工委备案审查室主任梁鹰认为这一表述“具有了合宪性判断的意味”。^[72]这也就意味着,对于重大的体制问题和立法,全国人大及其常委会可能在适当的时机将其废止或修改,但不会以“违宪”为由否定其历史作用,

[66] 乔晓阳主编:《〈中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会议监督法〉学习问答》,中国民主法制出版社2006年版,第12页。

[67] See Patrick Glen, “Why Plessy/Brown and Bowers/Lawrence are Correct: Thomistic Natural Law as the Content of a Moral Constitutional Interpretation”, *Ohio Northern University Law Review*, Vol. 31, Issue 1, 2005, pp. 75-126.

[68] 参见胡伟等:《现代化的模式选择:中国道路与经验》,上海人民出版社2008年版,第295页;宁骚:“坚持摸着石头过河 彰显中国制度优势”,《思想政治工作研究》2014年第2期,第6-8页。

[69] “两个不能否定”是2013年1月5日,习近平同志在新进中央委员会的委员、候补委员学习贯彻党的十八大精神研讨班上发表的重要讲话中,在论述改革开放前后两个历史时期的关系时,明确提出:“不能用改革开放后的历史时期否定改革开放前的历史时期,也不能用改革开放前的历史时期否定改革开放后的历史时期”。参见习近平:“毫不动摇坚持和发展中国特色社会主义在实践中不断有所发现有所创造有所前进”,载《人民日报》2013年1月6日,第001版。

[70] 参见邢斌文:“论法律草案审议过程中的合宪性控制”,吉林大学2017年博士论文,第37-41页。

[71] 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2018年备案审查工作情况的报告”,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2019年第1期,第329页。

[72] 梁鹰:“全国人大常委会2018年备案审查工作报告述评”,《中国法律评论》2019年第1期,第153页。

从前不会,今后也可能不会。

第四,全国人大及其常委会立法过程中的宪法争议不是违宪。这包括三种情况。首先,法律草案内容存在的宪法争议不是违宪。尽管在审议法律草案时,全国人大宪法和法律委员会(包括原来的法律委员会)针对法律草案中的部分条款,会作出“没有宪法依据”“与宪法不衔接”“与宪法规定不一致”“不妥”“不宜”的判断,进而修改法律草案,但是却从未用“违宪”“违反宪法”评价过法律草案。^[73]法律草案没有任何法律效力,因此也不是合宪性审查的对象。^[74]

其次,对于已经生效的法律而言,全国人大及其常委会立法权限分配的宪法问题也不构成违宪。尽管全国人大常委会通过了大量本应由全国人大通过的宪法性法律和基本法律,全国人大常委会对《刑法》的历次修改也使得刑法修改可能超过了宪法所规定“部分修改”的界限,引起了若干学术上的探讨,^[75]但在实践中,全国人大及其常委会在立法权配置上并不会作出“违宪”的宪法判断。一方面,为了确保某部法律快速通过,全国人大常委会甚至可以更改法律名称,避免权限争议。比如为了使立法尽快通过,原全国人大法律委员会在审议时将《农业基本法》改为《农业法》,以便由全国人大常委会通过。^[76]另一方面,全国人大宪法和法律委员会也可以在审议报告中确认全国人大常委会对基本法律修改行为的合宪性,如全国人大宪法和法律委员会在审议《人民法院组织法》修订草案时就确认由全国人大常委会修改这一基本法律“符合宪法的有关规定”。^[77]

再次,全国人大常委会通过修改法律的方式确保法律与宪法相一致,也并不意味着修改之前的法律是违宪的。实践中有两个例子。一是2002年修改《水法》时,明确根据《宪法》第9条将1993年《水法》规定的农村集体土地上水塘中的水由“属于集体所有”改为“属于国家所有,由集体使用”。二是2014年修改《预算法》时,根据《宪法》第95条和《地方组织法》的有关规定,删去了1994年《预算法》中“国家实行一级政府一级预算,不具备设立预算条件的乡镇,经省级政府确定,可以不设立预算”的规定,维护了《宪法》规定的基层人大的预算监督权。虽然在相关法律的修订草案审议过程中,法律委员会都明

[73] 参见邢斌文,见前注[70],第98—103页。

[74] 刘松山教授特别指出,我国宪法法律意义上的合宪性审查只能是事后审查。参见刘松山:“备案审查、合宪性审查和宪法监督需要研究解决的若干重要问题”,《中国法律评论》2019年第1期,第29—32页。

[75] 参见章乘光:“全国人大及其常委会立法权限关系检讨”,《华东政法大学学报》2004年第3期,第40—46页;许其勇:“必须保卫刑法:从《刑法修正案(八)》看刑法修改权问题”,载陈兴良主编:《刑事法评论》第29卷,北京大学出版社2011年版,第301—319页。

[76] 参见项淳一:“全国人大法律委员会关于《中华人民共和国农业基本法(草案)》审议结果的报告”,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1993年第4期,第378页。

[77] 沈春耀:“全国人民代表大会宪法和法律委员会关于《中华人民共和国人民法院组织法(修订草案)》审议结果的报告”,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2018年第6期,第747页。

确提及了宪法文本,但法律委员会从未认定过原有的法律条款是“违宪”的。^[78]法律修改后,对于之前法律的合宪性作出消极判断也就没有了意义。从上述情况来看,“法律不会违宪”作为一个经验意义上命题是成立的,它更为准确的表述是:全国人大及其常委会不会对已经通过的法律作出违宪判断。

综上所述,全国人大及其常委会对于实践中的某些宪法争议是不会作出违宪判断的。从这些经验中至少可以得出的观点是:在全国人大及其常委会的实践中,“违宪”作为一种评价结果,其公开适用的范围也是存在界限的。全国人大及其常委会不会以违宪为由限制经济体制改革和政治体制改革过程中公权力主导下的试验和试错,也不会以违宪为由否定自身已经确立并长期依赖的法律和制度,更不会将立法过程中存在的宪法争议上升到“违宪”的层面。要解决这些问题,只能够在党的领导下,等待成熟的时机由全国人大及其常委会通过合宪性审查之外的其他途径解决。那么,在推进合宪性审查工作的过程中,对“违宪”的界定就应当根据经验作出制度性安排,将一些宪法争议排除出合宪性审查的辐射范围,以最大限度地集中合宪性审查的制度资源,减少合宪性审查的阻力。对于现行法律和制度中存在的一些合宪性争议,特别是历史遗留问题,应当通过更加柔性和隐性的方式冷处理。如果对合宪性审查期望过高,反而可能阻碍合宪性审查的顺利开展。在完成上述梳理之后,需要进一步回答的问题是:“违宪”概念对我国的宪法实践,究竟有什么价值?

四、“违宪”概念对我国宪法实践的价值

“违宪”作为宪法判断的必备选项之一,是合宪性审查制度中的必要组成部分。围绕着“违宪”这一概念衍生出的诸多理论,使得“违宪”本身已经不仅仅是一个概念,也是一种分析工具,“违宪主体”“违宪方式”“违宪责任”等理论共同构筑了合宪性审查制度的基石。从上文梳理的情况来看,全国人大及其常委会在工作实践中也将“违宪”作为一种评价性概念来使用,但这一概念在我国的宪法实践中的价值需要一分为二地分析:一方面,需要承认我国合宪性审查制度的运行对“违宪”这一概念依赖程度极低;另一方面,需要承认“违宪”概念对我国宪法实践存在积极的潜在影响。

(一)我国合宪性审查制度的运行并不依赖于“违宪”概念

我国合宪性审查制度的运行对“违宪”概念的依赖程度极低,表现在以下四个方面:

第一,全国人大及其常委会公开承认的违宪现象只是极少数。刘松山教授指出,我国实践

[78] 参见乔晓阳:“全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国水法(修订草案)〉有关农村集体经济组织水权问题修改情况的报告”,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2002年第5期,第381—382页;洪虎:“全国人民代表大会法律委员会关于《中华人民共和国预算法修正案(草案)》修改情况的汇报”,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2014年第5期,第505页。

中的“违宪”是个别情况、不是法治建设中的主要问题。^{〔79〕}在我国当前的宪法实践中,全国人大及其常委会作出的违宪判断也应当是极少数。大规模、多频次地使用“违宪”概念不符合我国制宪者对“违宪”概念的传统认识;基于当下法治实践水平,利用“违宪”去评价数十年前或十数年前的法治实践,也不利于执政党和释宪机关正视和解决当前实践中的法治难题,而只会为合宪性审查制度真正发挥实效增加阻力。

第二,在实践中,合宪性审查只能处理部分而非全部违宪现象。我国的合宪性审查主要解决规范性文件的违宪问题,而国家机关和公职人员具体行为的违宪,以及社会群体、公民个人在政治和意识形态方面的违宪却并不能通过合宪性审查予以纠正。对于公职人员具体行为的违宪,特别是在干部任免、人大选举中的违宪违法现象,依旧是全国人大及其常委会监督工作的重要内容,但处理的方式是针对个别违宪违法行为的纠正、批评、叫停以及确认选举、任命无效等,^{〔80〕}与《宪法》《立法法》规定的对违宪违法的规范性文件撤销的宪制手段相比还是有区别的,对宪法规范的解释和运用空间也比较有限。而对于社会群体、公民个人在意识形态、思想上、行为上的违宪问题,则主要是靠教育、引导和严格执行法律的手段来应对。这些与合宪性审查过程中全国人大常委会对规范性文件的审查方法有着明显不同。因此,实践中能够直接被认定为“违宪”的情况有很多不需要通过合宪性审查就能够得到纠正或处理,而无需启动宪法解释,对“违宪”的内涵进行深究。

第三,在对规范性文件进行合宪性审查时,“违宪”概念本身的应用空间也比较有限。这表现在:首先,“违宪”与“违法”认定结果的绑定,意味着宪法规范极少有独立发挥作用的必要性。“违法”概念在合宪性审查中的广泛应用恰恰压缩了“违宪”的应用空间,或者说,绝大部分问题在法律层面就能够得到解决。而国家机关通过内部沟通、协商的方式处理宪法争议的手段降低了全国人大常委会公开处理“违宪”规范性文件的必要性。其次,充实“违宪”内涵在实践中缺乏实质上的动力。“违宪”作为一种抽象概念存在,需要通过公开的宪法判断,不断进行实践积累和经验提炼,才能够进一步实现理论上的体系化。但我国以国家机关内部沟通为主的违宪处理方式导致全国人大常委会公开违宪处理过程的必要性不高。在党中央的统一领导下,国家机关之间可以有效配合协调,国家机关之间没有必要、更没有动力去公开违宪和违宪认定的具体细节,更无需全国人大常委会动用“撤销”的手段。^{〔81〕}当然,随着全国人大常委会备案

〔79〕 参见刘松山:《健全宪法实施和监督制度若干重大问题研究》,中国人民大学出版社2019年版,第22—26页。

〔80〕 可以参照全国人大常委会确认参与“辽宁贿选”的全国人大代表当选无效的例子。当然,全国人大常委会并未正式认定上述行为违宪。

〔81〕 全国人大常委会法工委副主任许安标在2018年的全国人大记者招待会上也曾表示:在中央的领导下国家各部门很容易形成共识,这是我国的政治优势。备案审查工作中,在很多情况下,问题走不到要动用撤销的程序就解决了。参见胡永平:“许安标谈人大备案审查制:拒不纠正违法规定 常委会可撤销”,载中国网:http://www.china.com.cn/lianghui/news/2018-03/12/content_50700049.shtml,最后访问日期:2019年8月30日。

审查工作透明度的提高,我们终于能够接触到全国人大常委会(法工委)具体的宪法判断细节,但想要通过有限的素材提炼出体系化的违宪理论体系,还需要很长时间。

第四,全国人大及其常委会隐性的宪法判断限制了我国宪法判断的类型化。我国学者注意到了丰富宪法判断的类型、尤其是将消极的宪法判断类型化、多样化有助于更加顺利推进合宪性审查,如宣布违宪并限时修改、宣布违宪且定时失效、确认限定合宪但限期修改等都是处理违宪现象的灵活手段。^{〔82〕}但是在全国人大及其常委会的工作实践中,对于存在违宪嫌疑的规范性文件,可以用“不成熟”“不妥”“不适当”等方式替代“违宪”的宪法判断,或者用“文字性修改”回避实质的宪法判断。^{〔83〕}这些柔性、隐性的处理方式和经验无法制度化进而成为合宪性审查制度的组成部分,“违宪”概念的内涵清晰与否,在很大程度上也并不直接影响我国主要的宪法实践。

(二)“违宪”概念在我国宪法实践中发挥的积极功能

尽管我国合宪性审查制度的运行并不依赖于内涵严谨的“违宪”概念,短时间内以“违宪”概念为基础衍生出的一系列违宪判断的方法、标准也很难成为我国合宪性审查制度中公开使用的分析工具,但“违宪”作为一个抽象的概念,对我国的宪法实践仍然可以发挥其潜在的积极功能,具体体现在:

第一,承认“违宪”的可能性有助于在公权力运行过程中防范重大的政治和法律风险。从全国人大及其常委会的工作实践来看,“违宪”并不是讨论的禁区,而恰恰是规范公权力的一条红线,全国人大及其常委会从来没有否认过“违宪”的可能性,预防“违宪”就成为了所有国家机关、特别是全国人大及其常委会工作中的重要内容,譬如:全国人大主动确认法律的合宪性;^{〔84〕}在修宪后及时对法律进行清理,确保宪法和法律保持一致;^{〔85〕}在重大决策和立法过程中充分研究讨论宪法争议问题,重视援用宪法论证立法和决策的合宪性等。^{〔86〕}沈春耀还指出:“对于宪法法律没有明确规定的事项,必要时,根据宪法精神,可以采取创制性办法,及时妥善处理实践中遇到的没有规定、没有先例的新情况新问题。”^{〔87〕}这些措施都有助于保证宪法的全面实施。

〔82〕 参见翟国强,见前注〔9〕,第80—90页。

〔83〕 参见邢斌文,见前注〔11〕,第66—67页。

〔84〕 在《香港基本法》和《澳门基本法》通过的同时,全国人大分别通过了《关于香港基本法的决定》和《关于澳门基本法的决定》,宣告基本法“是根据中华人民共和国宪法……制定的”,“是符合宪法的”。

〔85〕 参见李适时:“关于《全国人民代表大会常务委员会关于废止部分法律的决定(草案)》和《全国人民代表大会常务委员会关于修改部分法律的决定(草案)》的说明”,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2009年第6期,第558页。

〔86〕 参见王兆国:“关于《中华人民共和国物权法(草案)》的说明”,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2007年第2期,第309—314页。

〔87〕 沈春耀:“深入学习贯彻习近平总书记宪法重要论述精神全面加强宪法实施和监督”,《中国人大》2018年第11期,第21页。

第二,对“违宪”采取狭义的定义有助于为提高立法和其他公权力行为的合宪性创造空间。基于我国宪法实践中一直将违宪视为严重政治事故(或者是“最严重的违法行为”)的传统,“违宪”的范围就是采取狭义的界定方法。在这种情况下,与其期望有关国家机关能够以平常心看待违宪现象,不如反向以更加理性的态度定位“合宪”。如果说“违宪”是红线的话,“合宪”自然也就成为了“底线”而非上限。正如翟国强所言:“因合宪而获得的正当性只是一种最低限度的正当性。换言之,违宪的国家行为肯定不正当,而合宪的国家行为也并非无可挑剔。”〔88〕通过对“违宪”的狭义界定,固然可以缩小实践中“违宪”的范围,但也意味着“合宪”的标准并不高,“合宪”的判断结果并不否认“合宪性瑕疵”或者“违宪因素”的存在。即便全国人大及其常委会认定有关法律或者行为合宪,相关法律或行为也可能存在“违宪因素”和修改完善的空间。实践中的一些宪法争议虽然不是“违宪”的,但“合宪”的宪法判断也不排除法律完善的必要性。例如,我国的《集会游行示威法》等法律虽然被全国人大常委会认定为合宪,〔89〕但也并不意味着它的合宪性就能够满足社会发展和法治进步的要求。全国人大及其常委会应当在条件成熟时及时修改完善相关法律,以便更好地保障公民的基本权利。

第三,重视“违宪”的政治危害,通过反对“违宪”应对重大危机,代表着中央掌握着重要的话语权。在政治和意识形态层面运用宪法和法律手段凝聚社会共识,反对违宪行为,是国家治理法治化的重要手段。在实定法意义上,宪法具有鲜明的政治性,也是特定政治价值和意识形态重要的正当性来源。在出现重大政治危机和社会动乱时,中央以宪法为依据反对与宪法对立的价值观或思潮,是避免宪法危机、维护宪法尊严的重要方式。“违宪”与否的价值判断,也就成为了整个国家和社会判断大是大非的根本标准。正如彭真在1989年5月强调:“以宪法和法律为准绳来统一思想。不能再像‘文化大革命’那样‘和尚打伞,无法无天’了。”〔90〕

综上所述,在我国的宪法实践中,虽然合宪性审查制度的运行对“违宪”概念的依赖度很低,但是,严肃地将“违宪”视为一条“红线”,对于防范违宪的发生,避免重大的政治事故具有重要意义。承认“合宪”的底线定位,也为提高法律的合宪性、妥当处理合宪法律中的违宪因素创造了条件。同时,在政治层面,以反对“违宪”凝聚社会共识,明确政治上的大是大非,对于克服政治危机,保持社会稳定也具有重要作用。

五、结 语

从我国的宪法实践来看,“违宪”的概念还在规范解释层面还远远没有成熟,但承认违宪现

〔88〕 翟国强:“宪法判断的正当化功能”,《法学研究》2012年第1期,第83页。

〔89〕 参见彭冲:“全国人民代表大会常务委员会工作报告”(1990),载全国人民代表大会常务委员会办公厅编:《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报 1990—1991年卷》,中国法制出版社2004年版,第97—98页。

〔90〕 彭真:《彭真文选》,人民出版社1991年版,第656页。

象和违宪风险的存在,并试图避免和纠正违宪现象的意识,从现行宪法制定之时,就存在于制宪者的认知之中。应当承认,防范和纠正违宪是一个漫长的历史过程。全国人大常委会在现行宪法实施早期就多次承认,人大的监督工作“距离宪法的规定、人民的期望以及政治体制改革和经济体制改革的要求还有相当大的差距”,“监督问题的根本解决,有待于政治体制改革的深化”。^[91]“违宪”概念在全国人大及其常委会三十多年来的实践中表现出高度的复杂性,也提醒着我们,在“合宪性审查时代”依然要充分重视我国的基本国情和政治实践,在学术上避免过于轻率,认真对待“违宪”概念的规范性与政治性,在政治稳定和学术自洽的基础上实现实践与理论研究的良性互动,在宪法实施不断走向深入的过程中去提炼中国本土的宪法资源。正如苏永钦教授所言:“在脆弱的宪法理论和实务的相互扶持下,摸着石头过河。”^[92]“合宪性审查”并不能解决所有的违宪问题,中国式的“违宪”概念只是一个线索,为观察和理解中国的宪法实践提供了一种思路,我们能够做的还有很多,很多。

Abstract: It is necessary to take the concept of “unconstitutionality” in Chinese context seriously in order to advance constitutional review. Peng Zhen and other drafters have paid special attention to this concept in the process of making the constitution of 1982. Based on the practice of the NPC and NPCSC, the decisions of unconstitutionality appear when state organs and state employees, as well as regulations violate the constitution directly. Betraying the political standpoint of the constitution may be regarded as unconstitutionality, too. However, some theoretical constitutional disputes are not considered unconstitutional in practice. The empirical research implies that the concept of “unconstitutionality” has little direct influence on Chinese constitutional review. But it will be very helpful to control public powers, strengthen the constitutionality of legislations and cope with severe political crisis if we use this concept in a proper way. An objective understanding of the normativity and political nature of “unconstitutionality” leads to a positive interaction between practice and theoretical research.

Key Words: Unconstitutionality; NPC and NPCSC; Normativity; Political Nature

(责任编辑:彭 鎔)

[91] 陈丕显:“全国人民代表大会常务委员会工作报告”(1988),载全国人民代表大会常务委员会办公厅编:《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报 1988—1989年卷》,中国法制出版社2004年版,第148页。

[92] 苏永钦主编:《部门宪法》,元照出版公司2005年版,编者序第2页。