

文章编号:1674-8107(2019)06-0114-14

论违宪与违法的差异:形式与因果

饶龙飞

(井冈山大学政法学院,江西 吉安,343009)

摘 要:在逻辑学的视域内,违宪与违法是两个具有独特内涵和外延的不同概念,二者的逻辑关系是矛盾关系而非包含、同一关系,即违宪和违法在外延上并不重合且共同构成“违反实证法”的全部外延。违宪与违法的差异可以从评价过程和评价结果两个维度进行辨析,前者主要包括评价主体、评价对象、评价依据、评价要素、评价程序及评价空间等六项指标;后者则由社会危害性程度与责任形式两个指标组成。违宪与违法的差异决定了在体制上应将“宪法和法律委员会”一分为二,成立专司合宪性审查的宪法委员会,并以此为基础,在合宪性审查程序上实现“统一立案、统一回复和统一审查”。在实践层面,合宪性审查委员会应对宪法作出合理解释,实现各类宪法价值的最大化及合宪性审查标准的类型化,并在程序运行方面以公开、透明为原则。

关键词:违宪;违法;矛盾关系;评价过程;评价结果

中图分类号: D921

文献标识码: A

DOI:10.3969/j.issn.1674-8107.2019.06.016

2014 年党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出:“完善全国人大及其常委会宪法监督制度,健全宪法解释程序机制。加强备案审查制度和能力建设,把所有规范性文件纳入备案审查范围,依法撤销和纠正违宪违法的规范性文件,禁止地方制发带有立法性质的文件。”^[1]2017 年党的十九大报告又强调指出:“加强宪法实施和监督,推进合宪性审查工作,维护宪法权威。”^[2]无论是宪法监督还是合宪性审查,抑或是作为两者重要组成部分的备案审查,其根本任务即在于通过法定的监督或审查程序追究和纠正违宪行为。但就宪法审查理论和实践而言,追究和纠正违宪行为的一个关键性前提问题乃在于如何有效界分违宪和违法这两个概念。如若违宪与违法纠缠不清,不仅会造成理论上的混乱和迷失,亦将无益于今后以宪法和法律委员会为主要审查机构的合宪性审查实

践。对此,已有学者向我们提出了如下警示:“过去几年,我国法学者和法律工作者程度不同地都有将普通法律纠纷往宪法案件上挂靠、将违法问题上升为违宪问题的倾向。现在和今后都要防止为了寻找启动违宪审查机制的契机而强说违宪、生造宪法案件、将违反普通法律说成违宪的种种事情出现。这类做法往往造成事与愿违的负面效果。”^[3]且如下文所述,现有宪法学理论在违宪与违法逻辑关系阐释上的谬误更决定了我们必须在理论上廓清违宪和违法两个概念的逻辑关系及其差异。^①

一、差异之因:违宪与违法的矛盾关系

在逻辑学的视域中,辨析概念之间的差异,首先得明确概念之间存在何种逻辑关系。一般认为,概念(外延)之间的逻辑关系主要分为相容关系和

收稿日期:2019-05-28

基金项目:国家社科基金西部项目“历史、逻辑与价值视域下的违宪概念研究”(项目编号:17XFX001)。

作者简介:饶龙飞(1978-),男,江西南丰人,副教授,博士,主要从事宪法学研究。

^①有论者对“违宪与违法”的对立概念即“守宪和守法”的差异进行了研析,参见徐祥民《运行的宪法》,北京大学出版社,2015 年版,第 132 页。

不相容关系,而前者又可进一步分为同一关系、包含关系和交叉关系,后者则可分为全异关系、矛盾关系和反对关系。^{[4](P29)}就有关违宪与违法的逻辑联系,既有的论述绝大多数主张二者乃包含关系,只不过在“谁包含谁”的问题上存在分歧:(1)违法包含违宪。如在法理学中,有论者在论述违法的种类时认为,“根据各种违法行为所违反的法律的类别或者性质,可以把违法划分为违宪行为、民事违法、刑事违法和行政违法等。”^{[5](P371)}“违宪是最严重的违法”^{[6](P486)}、“违宪都是违法,但是违法并非都违宪”等命题亦体现了此种主张。^{[7](P41-42)}(2)违宪包含违法。有论者提出:“一切违反法律的行为,归根结蒂是违宪的行为。”^[8]另有宪法学者在解说违宪的类型时,则主张根据违宪方式的不同,将违宪划分为直接违宪和间接违宪。其中,“直接违宪是直接违反宪法的原则、精神和具体规定相抵触。间接违宪是违背一般法律的行为。”^[9]上述两种截然相异的观点似乎都具有合理的论证理由:若认为宪法是法的一种、宪法是法律的法律,则势必会得出“违法包含违宪”的结论;若主张宪法是母法、其他法律乃子法,违子法亦在间接意义上违背了作为母法的宪法,自然会得出“违宪包含违法”的结论。^①

也许正是基于“违宪包含违法”且“违法包含违宪”的互相包含关系,有论者提出了违宪与违法的逻辑关系乃是同一关系的主张。其解释道:“就本质属性来讲,宪法仍然是法,也是法的一种,从这一概念来讲,违宪也就是违法。”“但是,宪法是根本法,是母法,是国家日常立法活动的基础,众多的普通法律、法规等都是根据宪法的原则和精神制定的。因此,违法就必然违宪。”^{[10](P45)}可以说,“违法必定违宪,而违宪也一定违法”^{[11]②}的命题正是这种主张的典型表述。

基于不同的认识视角,在对违宪与违法的各自内涵和外延作出不同界定的基础上,上引三种有关违宪与违法的包含、同一关系主张似乎均可成立。但是,无论是违宪包含违法、抑或违法包含违宪,或者二者同一,均无助于法律实践中宪法和法律问题的各自有效解决,在某种程度上反而可能会出现一种“两败俱伤”的局面(如上引学者的警示)。有鉴于此,我们必须跳出违宪与违法的关系乃包含、同一关系的“窠臼”,从宪法和法律的各自产生历史、调整对象、基本精神和功能等维度重新确立二者的逻辑关系,亦即以“矛盾关系取代包含、同一关系”。违宪与违法的逻辑关系是矛盾关系的命题具有如下两个方面的涵义:^③

其一,违宪与违法是两个不同的概念,其在外延上没有重合之处,并且在实证法秩序之内,二者共同构成了“违反实证法”这一属概念的全部外延。于此须指出的是,“违宪”概念中的“宪”是指在一国法律体系内具有最高法律效力的宪法(主要为成文宪法典和具有最高法律效力的宪法惯例),^[12]其并不包含不具有最高法律效力的宪法性法律、宪法判例、宪法解释等宪法形式。^[13]而“违法”中的“法”则是指法律以下的法规范性文件,在我国即为《立法法》所规定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章与军事法规、军事规章,以及与这些法规范性文件具有同等效力的法解释。^④此外,违宪之“宪”和违法之“法”的上位概念(即属概念)是为“实证法”(即国家制定和认可的法规范性文件),而非涵括了自然法、神法等具有不同历史来源、表现形式和法律效力的各类型“法”。在作出如此“框定”的前提和基础上,我们便可说一国实证法包括具有最高法律效力的宪法和低于宪法且具有不同法律效力等级的法律(广义上)两个部分;而违反实证法便由违

①刘松山教授主张违法和违宪的区别不是绝对的,“在一些特殊情况下,违法行为实际上也就是违宪行为”,其理由是:当一个行为(如国家机关及其负责人或者政党及其领导人的行为)严重违反了法律,同时也违背了宪法,造成了恶劣的后果,虽然可以通过违法处理的程序予以处理,但由于该违法行为具有了挑战宪法权威和尊严的恶劣影响,所以,就应当视为违宪行为。参见刘松山《地方人大及其常委会保证宪法实施的地位和作用》,载《法学论坛》2009年第3期。在另一篇论文中,刘松山教授对违宪和违法的区别标准进行了研讨,认为二者的区别标准可“以是否直接执行宪法而定”、“以能否通过普通的违法处理程序加以解决而定”,不过,其还是主张“一些极端的违法行为应归为违宪”。参见刘松山《健全宪法监督制度之若干设想》,载《法学》2015年第4期。

②林来梵教授从法理逻辑角度论证提出,通常所说的“违宪必然违法,违法未必违宪”是值得斟酌的,真正准确的命题应该表述为:“违宪必然违法,违法或亦违宪”。参见林来梵《合宪性审查的宪法政策论思考》,载《法律科学》2018年第2期。

③概念间的矛盾关系是指两个概念的外延完全不同,并且它们的外延之和等于其属概念的全部外延。参见南开大学哲学系逻辑学教研室编著《逻辑学基础教程》(第二版),南开大学出版社2008年版,第32页。

④参见《立法法》第2条、第50条、第103条;《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》(1981年)。

宪和违法两个具有不同内涵和外延的概念所组成。

其二,基于违宪与违法是两个相互矛盾的概念,因此,在法律实践中,我们不能说某种行为是违法行为但同时又是间接违宪行为,也不能说某种违宪行为在广义上又是违法行为。易言之,宪法学人通常所言之直接违宪和间接违宪、广义违宪和狭义违宪的违宪类型,在违宪与违法的逻辑关系乃矛盾关系的语境下是不能成立的。事实上,为了理顺合法性审查机制和合宪性审查机制之间的关系及其衔接,更好、更有效地解决违宪和违法问题,从而实现社会秩序等公共利益的维持和增进公民等权利主体合法权益保护的“双赢”,我们所要做的应该是“违宪的归违宪,违法的归违法”。

当然,我们在解析了违宪与违法的矛盾关系之涵义后,必须阐释和回答为何违宪和违法的逻辑关系(应)是矛盾关系而非包含、同一关系。个中原因主要可归结为如下四个方面:

第一,法律和宪法的不同发生史、调整对象和手段、基本精神与功能决定了违宪与违法是两种具有不同意义的法现象。

当我们的目光越过原始氏族社会而直接聚焦于国家产生后的中、西阶级社会,我们可发现,无论将法律视为一种统治阶级压迫被统治阶级并在有限程度上维护和促进社会公共利益的“统治工具”,还是将其奉为体现秩序、平等、自由、公平等价值理念的“正义之剑”,法律都是政治、经济和社会生活中不可缺少的“必需品”,其与国家同时产生,亦将与国家治理“形影不离”。反观宪法,尽管学界对其起源的具体时间尚存在不同认识,但将1787年美国联邦宪法视为世界上第一部成文宪法乃处于通说地位,故此,我们可以说:成文宪法是资产阶级革命的产物,其并不是与国家相伴相随的,国家产生后的阶级社会在较长时间内并不存在宪法统治。据此,以下结论的得出乃顺理成章之事:违法现象自国家产生之后便开始存在,而违

宪则是在成文宪法产生后才会出现的法现象。^①

法律和宪法的不同发生史决定了其具有各自不同的历史使命:法律通过设定权利规范和义务规范界定社会关系主体各自的权利和义务,并在权利主体滥用权利、义务主体不履行义务时运用法律责任手段恢复受到破坏的法律关系,从而达到维护社会秩序和巩固政治统治的治理目的。据此,法律的调整对象是为公民等主体之间的社会关系,调整手段则为权利、义务和法律责任。而为了实现法律治理的使命,法律需要国家权力的“保驾护航”。易言之,没有国家强制力的保障,所谓的法律便缺损了其他社会规范所不具有的“法律效力”,欲通过法律的治理形成法治社会的目标亦不可能在根本上完全实现。于是,我们可以说,在法律治理中,国家(以国家机关为代表)充当了“监管者”的角色,其“凌驾于”社会之上,控制和引导着社会的发展方向 and 进程。

而宪法则是通过组织规范和权利规范调整国家(以国家机关为代表)和公民等基本权利主体之间的关系,其运用分权、限权、追究宪法责任等手段规范国家权力的配置和行使,并借此维护公民等主体所享有的基本权利。由此,在宪法治理中,国家机关等公权力主体并不处于“监管者”的地位,反而成为宪法规范直接约束的对象,是宪法义务的主要承担者。在宪法的“眼”中,国家是社会的“异化”之物,其与社会处于一种“对立”状态。这就决定了作为法律后盾的“国家强制力”恰恰是宪法防范的对象,宪法效力发挥程度的大小与国家权力的强弱处于一种反比例关系中:宪法效力强,国家权力弱;宪法效力弱,国家权力强。^②正是法律和宪法在基本精神和功能、调整对象和手段等方面的差异,决定了宪法规范“不是法律规范,也不是特殊的法律规范”。^[14]由此,我们可以说违法和违宪是两个具有不同法内涵的概念:违法是法律关系主体违反权利、义务规范而须承担法律责任的行为;而违宪则是国家机关等公权力主体违反组

^①在英国这种不成文宪法国家,基于议会主权原则,法律“违宪”现象基本上是不存在的;即使在1998年《人权法案》通过之后此种现象似乎有所改变,但其与成文宪法国家实行的违宪审查亦不可同日而语。

^②对此,德国学者作了精辟的阐述:“法律以有组织的国家强制力为后盾,因此违法行为将遭受国家制裁,但宪法却没有这种保护,因为宪法自身就是以规范最高权力为目标。也就是说,对宪法而言,规范对象同时又是规范保障者。在出现违反宪法的情况下,没有一种更高的权力可以强制执行宪法的要求。正是在这里,体现出最高位阶法律的内在弱点。”参见[德]迪特儿·格林《现代宪法的诞生、运作和前景》,刘刚译,法律出版社2010年版,第18页。

织规范和权利规范而须承担宪法责任的行为。

第二,法律和宪法所反映的意志不同亦导致违法和违宪的根本性差异。

虽然我们可以说法律和宪法均是统治阶级意志的体现,但是从其各自产生的程序来看,法律尤其是制定法乃立法机关的“作品”,其反映的是立法者的意志。尽管在民主法治社会立法者是通过选举产生的,在立法程序中亦会引入某种形式的公众参与,但我们很难说法律反映了全体人民的意志,这从立法机关可以全体成员的二分之一多数通过一部法律便可窥一斑。而作为国家根本法的宪法,其可被视为统治者和被统治者之间所达成的契约(社会契约论的视角),亦可被认作全体人民通过制宪程序就社会资源的分配达成妥协的产物。因此,宪法是人民的“作品”,反映的是人民的意志。美国联邦宪法和1946年日本宪法的下述规定可谓典型例证:①我们合众国人民,……特为美利坚合众国制定本宪法(美国宪法序言);②日本国民通过正式选出的国会代表而行动,……兹宣布主权属于国民,并确定本宪法(日本国宪法序言)。事实上,宪法至上性不仅仅取决于其内容体现了“一种实质性的、永恒不变的正义”,也基于其“根植于人民的意志”。^{[15](PIV)}正是宪法和法律所体现的意志不同,才决定了宪法是“法律之上的法律”,在效力和作用上,“宪法与法律相较,以宪法为准;人民与其代表相较,以人民的意志为准”。^{[16](P393)}宪法控制着法律的价值倾向和历史发展方向。所以,我们可以说:违宪的本质在于其违反了“人民的意志”,而违法的本质在于其抵触了“立法者的意志”。

第三,违宪和违法的“包含、同一”使二者丧失了各自的“内在规定性”,从而使我国的法律和宪法实施(尤其是后者)走向了一条“死胡同”。

违宪也是违法,违法必定违宪。如此的表述使我们陷入“迷途”:若违宪亦是违法,则违宪者便应与违法者一样须承受不利性的法律后果(如人身、财产的剥夺和限制);但宪法规范的特殊性(有些论者将此表述为“弱制裁性”)又使此种推论极为勉强。若违法必定违宪,则又将使违宪无所不包,

所有的社会主体均将成为违宪主体、所有的违法行为亦将是违宪行为,岂不荒唐。^①从管辖的角度而言,主张宪法也是法律、违宪便是违法,便可顺理成章地论证我国法院尤其是最高法院应享有违宪审查权,就如同美国同行一样,可在具体的民事、刑事等个案中审查法律的合宪性;而主张违法必定违宪,同样可以论证得出我国法院享有审理宪法案件的权力,因为对违法的制裁便是对违宪的制裁,通过违法制裁亦可实现宪法的效力。

“违法必定违宪,违宪也是违法”的循环表述或论证不仅使违法的内核模糊不清,更使违宪的内在规定性消弭于无形,从而导致一种“轻言违宪”或如学者所言的“直把杭州(违法)当汴州(违宪)”的现象:“一些简单的违反法律、法规的案件被当作违宪案件的典型来宣传,一些应当属于合法性审查的案件被当作合宪性审查来讨论”。^{[17](P20)}同时,尽管我们可以理解论证我国法院(应)享有违宪审查权论者的良苦用心,但是我们却无法忽略我们自身的“体制内的内在参与者”角色:法院可以管辖违法行为,但却对违宪无能为力,因为违宪是由全国人大及其常委会“专属管辖”的。其实,宪法是宪法,法律是法律;违宪并非违法,违法亦非违宪。我们不能因为违宪在实践中的广泛存在但却未受到正式追究和制裁便将“违宪强扭成违法”从而欲通过法院实现制裁违宪的目的,也不能因为违宪行为纠正和制裁的差强人意而将“违法强扭成违宪”从而论证我国宪法已经通过其他方式而非正式的合宪性审查程序得到了某种意义上的实现。

第四,宪法和法律“质的同一”决定了违宪与违法的逻辑关系并非全异和对立关系,而是矛盾关系。

前文三点论证已经说明违宪和违法的逻辑关系不可能是相容关系(含同一、包含和交叉关系),而是不相容关系。但在不相容关系中,违宪和违法究竟是全异关系(两个概念的外延没有任何重合且没有相同的属概念)、矛盾关系还是对立关系(两个概念的外延没有重合且它们的外延之和小于属概念的外延)?

①此种荒唐在20世纪50年代便有人提出:“比如说,宪法上规定要爱护公共财物,有人不小心碰碎了公家一个茶杯。如果一定要说这就是‘违宪’,不能说全然没有‘道理’。可是果真如此,岂不是大家一举手、一投足都有‘违宪’的可能?岂不是宪法成为不是保护人民、倒是捆住人民手足的一条绳子?”参见些如《话说“违宪”》,载《人民文学》1957年第3期。

尽管宪法和法律具有不同的发生史和历史使命、反映了不同主体的意志,但宪法和法律却具有如下“质的同一性”:其均不同于道德、宗教等社会规范,而是受制于一定社会物质生活条件的、反映或集中反映统治阶级意志、仰赖于国家强制力保证实施的“人造之物”;^①其均须对社会资源和利益进行集中并在不同社会主体之间进行分配,从而实现资源的有效配置和利益的协调;其均具有假定、处理和法律后果的法规范结构,均须由专门机关通过专门程序才能得到有效实施。此种“质的同一性”保证了宪法和法律具有相同的上位概念(属概念),而非全然相异之物。同时,在一国的现行法秩序内,宪法和法律构成了国家制定及认可的所有实证法律规范的全部;除了宪法和法律,实证法并不包含其他法规范性文件。由此,我们就可得出这种论断:违宪和违法的逻辑关系是矛盾关系而非其他逻辑关系。

二、差异之形:评价过程与结果的“双重维度”

不仅在违宪与违法的逻辑关系上存在不同的学说主张,而且在表述违宪与违法的差异方面亦是观点纷呈(以承认二者存在差异为前提)。我们认为,无论是违宪抑或违法,其均不是纯粹的客观自存之物,而是“融合”了人为评价的因子。可以说,违宪与违法既是一种社会现象(从行为属性观之),更是一种规范现象(从法律属性观之)。因此,在规范意义上,违宪与违法是特定的评价主体依据特定的法规范性文件、遵循特定的法程序、运用特定的法技术对一定主体所实施的行为所作的评价活动及其结果。以刑法上的犯罪(违法的一种类型)为例,任何危害社会的行为在有权机关作出具有法律效力的评价之前是不能谓为犯罪的。即使处于控诉过程中,依据“无罪推定原则”,危害社会行为只能说是“疑似犯罪”,其行为主体亦只能称为“犯罪嫌疑人、被告人”。只有在人民法院作出终审有罪判决之后,相关行为才能被称为犯罪行为,其行为主体才能被贴上“罪犯”的标签。故此,对违

宪和违法差异的分析,可以在规范意义上围绕评价过程和评价结果两个维度展开:前者侧重于从评价主体、评价对象、评价依据、评价要素、评价程序、评价空间等方面展开对二者差异的辨析;后者则侧重于从社会危害性的程度、责任承担形式等角度对二者进行区分。

(一)评价过程的维度

1.评价主体的差异

既然违宪和违法是人为评价的结果,则首先需要解决的问题便是二者是由“谁”进行评价的、在评价主体上是否存在差异?这一问题在有些论者的表述中被称为“审查违宪和违法的组织机构不同”:“对违法行为的追究一般是司法机关,特别是审判机关,当然有时也可以是行政机关。违宪审查则具有专门的机关。”^[18](P252-253)]对“专门的机关”,有论者作了较之更为详细的表述:“审查违宪的组织机构一般由最高国家权力机关(立法机关)、最高司法机关或有关专门机构执行”。^[19]

有关世界各国和地区的违宪审查体制或宪法监督体制,我国的宪法学教材均作了或详或略的介绍和解释,兹不赘言。于此,我们须指出的是:世界各国或地区的政治体制、法律文化、司法制度等均存在自身的特点,难以一概而论,须在一国法秩序下来具体研析和确定违宪和违法的评价主体。就我国而言,违法的评价主体具有相当的广泛性:在国家机构序列内,上至中央层级的全国人大及其常委会、国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院、国家监察委员会,下至地方各级人大及县级以上人大常委会、地方各级行政机关、地方各级法院和检察院、地方各级监察委员会均具有违法评价的主体资格。^②当然,上述机关各有不同的违法评价管辖权,有鉴于所涉法规范性文件颇多,本文就不详述。至于违宪的评价主体,宪法学界通说认为我国的违宪审查主体是全国人大及其常委会,当然也有学者提出了不同的意见或主张:如有的论者主张地方人大及县级以上人大常委会享有违宪审查权,^[20]有的论者提出宪法所规定的“撤销或改变权”主体均是合宪性审

^①宪法既要防范国家权力,其实施又得仰赖于国家权力(无论是三权体制内的司法审查权,抑或三权之外的专门性违宪审查权,均是国家权力的一种表现形态),这已经预示着宪法实施相较于法律实施的艰巨性和复杂性。

^②参阅《宪法》(2018年第五次修正)第62条第(十二)项、第67条第(七)、(八)项、第89条第(十三)、(十四)项、第104条、第107条、第108条、第127条、第128条、第134条;《立法法》第99条、《军事法规军事规章条例》第40条等。

查主体。^[21]鉴于我国合宪性审查体制问题牵涉面广,须解决的问题颇多,我们将对此另文论证。但是,即使是依循通说,全国人大及其常委会既可以是违宪评价主体,亦能成为违法评价主体(《立法法》第99条可证)。因此,单从评价主体角度,我们是不可能界分违宪和违法的。其实,这种不可能性在实行司法审查的国家(如美国)也是存在的,因为美国联邦法院既能在审理民事、刑事等案件中作出违法评价,也可以在具体个案中根据当事人的请求对国会立法等行为作出合宪性评价。

2. 评价对象的不同

无论是违法抑或违宪,均是对人实施的行为所作的法规范意义上的评价。但由于宪法和法律的发生史和历史使命不同、基本精神和功能存在差异,从而导致违宪和违法在评价对象上存在不同之处:违宪的评价对象仅限于国家机关等公权力主体实施的权力性行为;而违法的评价对象既包括公权力行为,也涵盖私主体实施的私行为。于此须指出的一点是:不能因为宪法具有适用于私行为的“间接效力”,就认为私主体的行为亦是违宪的评价对象。事实上,从德国宪法法院所作的有关宪法“第三人效力”的判例来看,宪法法院运用德国基本法评价的是其他法院所作的判决,审查该判决是否在正确理解宪法基本精神、原则和规定的基础上作出的,而非判断私主体是否违宪侵犯第三方的宪法基本权利。^{[22](P70)}

在既有的研究中,不少论者将“主体不同”或“实施主体不同”视为违宪与违法差异的表现之一,但在列举主体范围尤其是违宪主体范围时却存在不同的表述:国家机关和重要的国家机关领导人;^[23]国家机关(包括立法机关、行政机关、军事机关、审判机关、检察机关及政党组织)和国家领导人;^{[10](P36)}国家机关及其组成人员;^[24]国家机关及其负责官员(有时也包括有关政党、社会团体、企业事业单位的组织及其负责人员);^[19]一切行使公权力的国家机关及社会组织(包括政党组织);^{[25](P22)}等等。基于行为是主体实施的行为,违宪与违法的主体不同与本文所称之评价对象不同具有相同的指称意义。我们认为,探究违宪与违法的评价对象,抑或二者的主体范围,应该以评价主

体的管辖权范围作为重要的指标。易言之,只有属于评价主体管辖范围的行为才能成为相应违宪还是违法的评价对象。在实行集中式违宪审查制的国家或地区,只有属于专门违宪审查机关管辖范围内的行为才可能成为违宪的评价对象;而在实行分散式的司法审查国家或地区,由于违宪与违法的管辖主体同一,故此在违宪评价对象上只能先行排除私主体的行为,至于公权力行为中哪些行为属于违法评价对象(如行政法上的司法审查)、哪些行为属于违宪评价对象,则只能视具体审查实践而定。如根据美国的违宪审查实践,普通法院的合宪性审查对象包括联邦行为(涵括国会行为和联邦行政机关行为)和州政府行为(包括州议会的法律、州行政机关的行为、州法院涉及《联邦宪法》和联邦法律问题的裁判)。^{[26](P8)}就我国而言,在坚持全国人大及其常委会是惟一违宪审查机关的前提下,则只有下列主体实施的公权力行为(主要是制定法规范性文件行为)才可能成为违宪的评价对象:全国人大常委会、国务院、中央军事委员会、国家监察委员会、省级国家权力机关、设区市人大及其常委会、民族自治地方的人民代表大会、最高人民法院和最高人民检察院、由全国人大及其常委会负责罢免的国家工作人员。^①

3. 评价依据的相异

违宪和违法是评价主体根据一定的标准对评价对象所作出的理性判断,而非纯粹主观恣意的论断。尤其是在民主法治国家,违法与违宪必须是评价主体在结合事实(无论是裁决性事实抑或立法性事实)和法规范依据(法律或宪法)的基础上,运用逻辑推理并遵循一定的经验法则所得出的具有合法性和可接受性的结论。因此,违法与违宪的一项重要差异就体现在评价的依据上:违法是评价主体根据法律作出的判断,而违宪是评价主体依据具有最高法律效力的宪法作出的判断;前者的评价依据具有多样性,后者的评价依据往往是唯一的(即主要限于成文宪法典)。

在既有的研究中,违宪与违法在评价依据上的差异被有些论者表述为:(1)侵害的客体不同。违宪侵害的客体是“宪法或宪法性法律所规定的国家机关和国家特定的工作人员的权利义务关系”;

^①就违宪主体的资格要件及我国违宪主体的具体范围,参见饶龙飞《对我国违宪主体范围的再认识》,载《西部法学评论》2018年第5期,第40页以下。

违法侵害的客体则是“除违宪客体以外由法律保护的其他所有社会关系”。^{[18](P251)}(2)违反的法律不同。在成文宪法国家,违宪主要是相关主体违反宪法规范,宪法规范包括宪法典、宪法原则、宪法判例等相关内容。而违法是指违反除宪法以外的其他法律规范。^{[27](P22)}(3)性质不同。违宪是指违反了宪法规范,违法是指违反了一般的法律规范。^{[28](P413)}我们认为,前两种表述存在可值得商榷或斟酌之处:(1)侵害客体论是在借鉴犯罪客体理论的基础上所形成的,该理论完全落入了传统四要件犯罪构成理论的思维框架中,并未反映违宪乃至公权力违法现象所具有的特殊性(详见下文论述),不足为训。此外,从其保护依据来看,不仅宪法规定的权利义务关系属于违宪客体,而且宪法性法律(有些论者表述为“宪法性文件”)规定的权利义务关系也属于违宪客体。^[19]但宪法性法律在法律效力等级上仍然是法律,而并非是具有最高法律效力的宪法,因此,宪法性法律并不能成为违宪的评价依据;而宪法性文件指称的范围更加广泛,且不具有确定的内涵和外延,诸如执政党的纲领、文件、决定以及决议等均可在某种意义上视为“宪法性文件”。所以,“宪法性文件”亦不能作为违宪评价依据。(2)第二种表述将宪法判例列入成文宪法国家的违宪评价依据之内,是不妥当的,鉴于笔者在他处已有所讨论,此不赘述。^[13]而将宪法原则与宪法典并列的做法亦值得讨论。宪法典是宪法的表现形式之一,归属于宪法渊源的范畴;而宪法原则与宪法精神、宪法规定则是宪法的内部结构要素,其与宪法典的关系可能是:宪法典规定了宪法原则,宪法原则是宪法典的重要内容(如德国宪法的联邦、法治、社会、基本权保障等原则);宪法典未明确规定宪法原则,但从宪法条款规定的内容及相互间的逻辑关系可推导之(如美国宪法的三权分立原则、联邦与州分权原则等)。因此,在表述违宪与违法的评价依据方面,不能将两个归属于不同范畴的概念(宪法典、宪法原则)并列表述。

4. 评价要素的区别

根据传统的四要件犯罪构成理论,评价某一

危害社会行为是否构成犯罪,需要考虑犯罪主体、犯罪主观方面、犯罪客体和犯罪客观方面等四项要件。^{[29](P50)}而在民法学者看来,侵权行为的判断所需考虑的要素是:违法行为、过错、因果关系和损害。^{[30](P63)}而我国法理学者在论述违法构成时认为违法构成包括违法的主体、违法的主观方面、违法的客体、违法的客观方面等四项要件。^{[31](P347-348)}与之相类似的是,有些宪法学者在阐释违宪构成时亦主张违宪构成是由违宪主体、违宪客体、违宪的客观方面和违宪的主观方面等四项要件所组成的。^①

违法(含犯罪、民事侵权)的评价要素与违宪的评价要素果真如上述学者所言是相同或类似的吗?我们认为,违宪与违法的评价要素的梳理和归纳不仅须依据宪法和法律,而且还应考虑评价对象的特点。事实上,立宪和立法者正是基于评价对象的不同规定或建构不同的评价要素体系,而学者也正是在宪法和法律规定的基礎上建构或完善具有不同解释力的违宪或违法的思考框架或构成理论。有鉴于笔者在他处已对违宪构成要素作了较为详尽的论证,^[32]于此对违宪和违法的评价要素简单表述如下:(1)违法评价要素。就犯罪和民事侵权行为而言,依据通说,其评价要素主要包括行为主体(主要为责任能力和责任年龄)、主观方面(故意和过失等过错形态)、客体(法律所保护的社会关系)、客观方面(行为、行为结果及因果关系等)。而就行政行为违法而言,依据《行政诉讼法》《行政复议法》等法律规定,其评价要素主要为行政行为的事实和证据、行政主体的职权、行政行为的程序、行政行为的目、行政行为的内容等。(2)违宪评价要素。由于公权力法律行为和公权力事实行为具有不同的特质(前者以意思表示为构成要件,后者不存在意思表示),因此二者的违宪评价要素略有不同:①公权力法律行为的违宪评价要素:侵犯宪法所保护的利益(积极要素);行为内容、行为主体的权限、行为程序、行为的目的与手段、行为情境和行为的事实根据(消极要素)。②公权力事实行为的违宪评价要素:侵犯宪法所保护的利益(积极要素);行为主体的权限、行为程序、

^①参见马岭《“违宪构成”浅议》,载《理论导刊》1988年第6期;王世涛《违宪构成初论》,载《法学家》2005年第5期。姚国建博士则将违宪构成的“四要件”表述为:违宪的主体、违宪的客体、违宪的客观方面、违宪的因果关系。参见姚国建《违宪责任论》,知识产权出版社2006年版,第148页。

行为的目的与手段、行为情境和行为的事实根据(消极要素)。

5. 评价程序的差别

违宪和违法评价程序的差别在实行集中式违宪审查的国家表现得更为明显,如在德国,无论是抽象的法律法规审查、具体的法律法规审查还是宪法诉愿,均不同于一般的违法审查程序,其根本原因即在于德国的合宪性审查职权由宪法法院行使,其当然须遵循不同于普通法院合法性审查程序的合宪性审查程序。而在实行分散式、附带性违宪审查的国家或地区(如美国),由于合法性审查与合宪性审查是由同一主体在同一程序中同时或先后进行的,因此,违法和违宪评价的程序并不存在根本性差异。^①

观诸我国《立法法》第99条的规定,由于全国人大常委会既能行使合法性审查职权(下位法是否抵触法律的审查),亦能行使合宪性审查职权(审查下位法是否抵触宪法),故此,无论是国务院等特定机关提出的合法性或合宪性审查要求,抑或普通公民等主体提出的合法性或合宪性审查建议,相关机关或机构在评价行政法规等法规规范性文件的合法性和合宪性时依循的是相同的程序,并不存在实质性的不同。当然,由于我国违法的评价主体相当广泛,因此,法院、行政机关等主体所遵循的违法评价程序当然不同于全国人大常委会,即使它们相互之间的违法审查程序亦是不完全相同的(如行政处罚程序和法院对行政行为的合法性审查程序)。

6. 评价空间的殊异

尽管评价依据、评价要素与程序从不同的角度控制着评价主体的违宪和违法评价行为,但鉴于宪法与法律规范的抽象性(尤其是不确定法律概念的使用),以及宪法和法律的相对稳定性与社会关系变动的恒定性之间所存在的“罅隙”,评价

主体的解释与裁量权是不可避免的。然而,相较于法律规范而言,宪法规范的抽象性、原则性和开放性更甚。在一般法律中属于例外的情形(如规定的欠缺、概念不明确等),在宪法中却是常态,“宪法永远是一个活的、发展的体系”。^[33]可以说,在每一个宪法案件中,违宪审查机关均享有一定范围的裁量权,那种严格按照“大前提—小前提—结论”的宪法判断基本上是不存在的。“实践中发生的纠纷经过方法论的过滤上升至宪法层面时,一般都具有较强的争议性,涉及到道德、政治、社会等多个方面且合宪理由与违宪理由并存。”^[34]

违宪评价空间相较于违法评价空间的广大不仅导源于宪法规范的抽象性、原则性、开放性等特质^①,亦是宪法案件政治性的必然结果^②。宪法案件——无论是基本权利案件抑或国家权力配置案件——均在某种程度上涉及不同性质和种类的国家权力之间的关系,尤其是在实行司法审查的国家,法院在行使违宪审查权时不得不考虑其自身在整个政治体制中的地位,不得不顾及其他国家机关(如国会、总统)的地位与职权^③,同时尚得照顾到“反多数的民主难题”,因此,宪法判断结论(如合宪或违宪)的作出往往是各种政治力量博弈的结果。即使不考虑违宪审查者自身的经历、民族、种族、性别、宗教信仰等个人性因素对宪法裁判的影响^④,即使不考虑宪法规范的政治性和宪法案件的政治性,违宪评价过程中充斥的利益衡量亦使得合宪性审查空间大于合法性审查空间。这同样导致相较于法律判断而言,宪法判断结论更不确定。“任何违宪审查的判断结果的形成都不可能像数理运算那样只要循着早已确定的公式或方程式那样进行,就能得出相应的结果。违宪审查……必须在诸多的相关因素中逐一进行比较、考量才能得出自己的结论。”^{[35](P248)}事实上,不仅基本权利案件中充斥着利益衡量(如人的尊严与言论

^①德国学者认为,“与普通法律相比,宪法需要更宽厚的政治合意。它们也更难于修改。由于这些原因,宪法一般会比普通法律更加开放,同时,也不如普通法律那样具体和连贯。”参见[德]迪特儿·格林:《现代宪法的诞生、运作和前景》,刘刚译,法律出版社2010年版,第164页。

^②有学者认为,违宪审查既具有法律性又具有政治性。参见费善诚《试论我国违宪审查制度的模式选择》,载《政法论坛》1999年第2期。

^③在德国,尽管宪法法院对政治争论划定了宪法论证的界限,但宪法法院的“工作在很多方面还要参考法律之外的情况和其他宪法机关”。参见[德]克里斯托夫·默勒斯《德国基本法:历史与内容》,赵真译,中国法制出版社2014年版,第74页。

^④美国学者曾言道“仅由法律上的不同观点还解释不清两个团体之间的冲突。除了在宪法解释及美国政治制度中最高法院的角色这些问题上的实质性区别外,在最高法院还有个人特点的不同。”参见[美]霍华德·鲍《宪政与自由:铁面大法官胡果·L·布莱克》,王保军译,法律出版社2004年版,第3页。

自由之间的衡量、狭义比例原则即是利益衡量原则),即便是国家权力配置案件亦同样存在利益衡量的情形。如在合众国诉尼克松一案中,美国联邦最高法院便对“总统在履行责任中对通讯保密”的利益和“刑事司法的公正管理”利益进行了权衡,并认为:“当刑事审判必须使用受到传票的资料时,仅基于保密的笼统利益而宣称的特免权,并不能超越刑事司法中正常法律程序的基本要求。在刑事审判中,对特免权的广泛宣称必须让位于对证据的确实和具体需要。”^[36](P87)]

(二)评价结果的维度

评价主体根据评价依据在遵循特定的评价程序并通过考量诸多评价要素之后,必须对评价对象的合法性或合宪性作出一个具有法效力的结论。违宪与违法便是这些结论的可能性情形之一。在评价结果的意义上,我们认为,违宪与违法的差异主要体现在社会危害性程度和责任形式两个方面。

1. 社会危害性程度的不同

有的论者认为,违宪的危害具有一定的间接性和广泛性,而违法的危害则是针对特定的人、物或行为,具有直接的破坏性。^[23]有的学者则主张:“违宪所造成的危害比违法一般要大。”^[18](P252)]或者说,违宪“造成的影响和损失最大,影响最深远,受损失的人最多,甚至有可能导致全局性政治大灾难。”^[7](P14)]概括这些表述,我们可以认为:违宪的危害范围广(危害对象不确定)、烈度大但较为间接;而违法的危害范围小(危害对象具体)、烈度小但更为直接。然而,这种简单化、直线性的比较很难说明违宪与违法在危害程度方面的差异,因为,在宪法和法律实践中,违法的规范性文件(如行政法规)与违宪的规范性文件(如行政法规)在社会危害程度上是难分轩輊、不分伯仲的。

其实,违宪与违法的社会危害程度的差异不仅体现在范围、烈度和方式方面,其更体现在侵害对象及其后的法益方面:违法破坏的是一般法律秩序,侵犯的是法律所保护的利益;而违宪损害的

是一国之根基(因为宪法是根本法、治国安邦的总章程),侵犯的是宪法保护的利益(如宪法规定的基本权利)。因此,我们可以说,违法动摇的是法秩序的“枝节”,违宪损害的却是法秩序的“根本”。不过,值得指出的是,由于法律往往是宪法具体化的结果,因此,违法行为的“日积月累”亦足以侵及宪法的“肌体”,“千里之堤溃于蚁穴”的古训正可形容违法到违宪的“量变与质变”的辩证发展过程。

2. 责任形式的差别

诸多的研究指出,违宪与违法的差别尚体现在二者的责任形式或制裁措施方面:前者的责任形式主要为撤销、宣告无效(针对规范性文件)以及弹劾、罢免(针对国家公职人员);后者的责任形式多种多样,主要有民事责任、刑事责任和行政责任。^[27](P22)]但对宪法责任(违宪责任)的形式,学者们的表述并不完全一致,如有论者认为,违宪责任形式主要有:弹劾、罢免、撤销、宣告无效、拒绝适用、取缔政治组织;^[37]有学者则主张违宪责任承担形式应当包括以下七种:撤销、宣告无效、罢免、弹劾、拒绝适用、责令作为、取缔政治组织;^[38]而王世涛先生则根据责任主体不同,确定了不同的违宪责任形式:国家机关适用“撤销、变更、退回、宣布无效”,对国家机关公职人员则适用“质询、弹劾、罢免”,而对政党、社会团体及公民则适用“政党的合法地位被取消,社团主体资格被取缔,公民基本权利被剥夺”等责任形式。^[39]

根据前文对评价对象的论述,在我国法秩序内,政党、社会团体和公民的行为并非全国人大及其常委会的合宪性审查对象,因此这三者的宪法责任形式在我国并不存在;而对法规性文件而言,根据《宪法》第62条、第67条等条款规定,其适合的宪法责任形式为改变或撤销;^①就国家工作人员而言,根据《宪法》第63条、第65条等条款的规定,其宪法责任形式则为罢免。^②

综合前论,我们可对我国法秩序下的违宪与违法的差异表现形式(区别维度及指标体系)梳理如下(见表一)。从法律问题和宪法问题的有效解决

①其实,“改变或撤销”这种否定规范性文件效力的措施是否可视作宪法责任形式,是值得斟酌的。如在合同法视域内,合同无效和可撤销并非是违约责任的形式,而是合同不符合生效要件的结果;而违约责任的形式则包括继续履行、赔偿损失、支付违约金等。参见郭明瑞主编的《合同法学》,复旦大学出版社2005年版,第69页以下、第229页以下。而根据《民法总则》第179条的规定,民事法律行为的无效和可撤销也非民事责任的承担方式。鉴于本文的论述主旨,对于改变或撤销以及宣告无效等是否可作为宪法责任形式,笔者将另撰文论证。

②其实,罢免是追究国家工作人员宪法责任的一种程序,而非宪法责任形式,真正的宪法责任形式应是通过罢免程序实现的“免职”。

来看，评价过程的维度相较于评价结果的维度更为重要。而在下述区分指标体系中，更为关键和有

用(尤其在我国的法秩序范围内)的是评价依据、评价对象和评价要素等三项指标。

表一：违宪与违法的区别维度及指标体系(中国)

区别维度	区别指标	违宪	违法
1.评价过程	(1)评价主体	全国人大及其常委会	全国人大及其常委会等国家机关
	(2)评价对象	全国人大常委会、国务院、中央军事委员会、国家监察委员会、省级国家权力机关、设区市人大及其常委会、民族自治地方的人民代表大会、最高人民法院和最高人民检察院、由全国人大及其常委会负责罢免的国家工作人员等主体实施的公权力行为	全国人大常委会等各级、各类国家机关、政党、社会团体、企事业单位、公民等实施的公权力行为、私行为
	(3)评价依据	具有最高法律效力的宪法	法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章与军事法规、军事规章, 以及与这些法规规范性文件具有同等效力的法解释
	(4)评价要素	侵犯宪法所保护的利益 (积极要素); 行为内容、行为主体的权限、行为程序、行为的目的与手段、行为情境和行为的事实根据(消极要素)	犯罪和民事侵权行为: 行为主体(主要为责任能力和责任年龄)、主观方面(故意和过失等过错形态)、客体(法律所保护的社会关系)、客观方面(行为、行为结果及因果关系等)。行政行为为违法: 行政行为的事实和证据、行政主体的职权、行政行为的程序、行政行为的目的是、行政行为的内容等
	(5)评价程序	《立法法》第 99 条	《立法法》第 99 条以及审判程序、行政程序等
	(6)评价空间	宽广(相对)	狭窄(相对)
2.评价结果	(1)社会危害性程度	宪法保护的利益(法秩序的“根本”)	法律保护的利益(法秩序的“枝节”)
	(2)责任形式	改变或撤销、罢免	民事责任、刑事责任、行政责任等

三、差异之果：制度与实践“两个层面”的应对

违宪与违法的逻辑关系是矛盾关系而非包含、同一关系，或如其他论者所言：“违宪与违法是两个具有各自独特内涵与外延的学术范畴”。^{[27] [124]}有鉴于此，结合二者在评价过程和评价结果两个维度上所体现出来的差异，在推进我国

的合宪性审查工作方面，我们须在制度和实践两个层面上作出如下应对或改善。

(一)制度层面

在合宪性审查制度的构建及完善方面，合宪性审查体制与合宪性审查程序至为关键和重要，且二者之间亦存在决定与被决定的关系（体制决定程序）。就我国合宪性审查体制改革问题，不少学者已提出了诸多真知灼见，^①本文就不予赘论。

①对相关主张的简要梳理，参见刘志刚《我国宪法监督体制的回顾与前瞻》，载《法治现代化研究》2018 年第 3 期。

但即便不触动现行的合宪性审查体制,在全国人大及其常委会既承担合宪性审查又须实施合法性审查的前提下,也必须在具体承担合宪性与合法性审查工作的机构(仅具建议权无决定权)、人员方面实现适度的分离,因为这是由合宪性审查的任务(追究和纠正违宪行为)不同于合法性审查任务(制裁和纠正违法行为)所决定的。^①此外,在这种合宪性审查与合法性审查“一体化的混沌机制中”,合法性审查吸纳甚至抵消合宪性审查的功能的“真相”更加决定了“实现适度分离”的现实必要性。^[40]

虽然现行宪法第五次修正将“法律委员会”修改为“宪法和法律委员会”,但根据中共中央印发的《深化党和国家机构改革方案》(2018年)及《全国人民代表大会常务委员会关于全国人民代表大会宪法和法律委员会职责问题的决定》(2018年)的规定,宪法和法律委员会虽然增加了“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”工作职责,但依然承担了统一审议法律草案等原由法律委员会承担的工作。且根据《立法法》第100条的规定,宪法和法律委员会既可审查行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例是否与宪法相抵触,亦可审查这些法规规范性文件是否抵触法律(狭义)。因此,为了实现合宪性审查与合法性审查在机构、人员等方面的适度区隔,有必要将宪法和法律委员会“一分为二”^②,即成立专司合宪性审查的宪法委员会及负责合法性审查的法律委员会,前者作为全国人大的专门委员会,专门负责以下工作:(1)审议法律草案的合宪性并提出报告(事前审查)^③;(2)审议自治

条例和单行条例(在全国人大常委会和省级人大常委会批准前)的合宪性并提出报告(事前审查);(3)审议行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、司法解释等法规规范性文件的合宪性并提出意见、议案或建议(事后审查)。^④

就合宪性审查程序而言,则应该围绕宪法委员会进行具体设计,实现“统一立案、统一回复、统一审查”。主要方案为:

(1)合并合宪性审查要求和建议的立案程序,在宪法委员会内设置专门的立案审查机构。根据《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》《司法解释备案审查工作程序》的规定,国务院等机关提出的合宪性审查要求“由常委会办公厅报秘书长批转有关的专门委员会进行审查”,而公民个人等主体提出的合宪性审查建议则“由常委会工作机构先行组织有关人员进行研究。需要审查的,由常委会办公厅报秘书长批准后,送有关的专门委员会进行审查”。事实上,这样的区别对待不仅有违“法律面前人人平等”的宪法原则,且是我国合宪性审查实践中难见违宪法规被撤销的程序原因之一,因为合宪性审查建议可能在“常委会工作机构组织的研究”中就被过滤掉,而缺乏内在动力、至今未见的合宪性审查要求与有幸进入下一阶段的合宪性审查建议则必须跨过“常委会办公厅”和“秘书长”两道门槛才可进入专门委员会的审查之列。故此,在由宪法委员会专司合宪性审查职责的情况下,应在宪法委员会内设置专门的立案审查机构负责审查合宪性审查要求及合宪性审查建议是否符合“立案条件”^⑤:符合者立案,不符合者驳回。

①刘松山教授认为,只有解决了“什么是违宪?什么是违法?违宪和违法是什么关系?”这个基本认识问题,才可以设计具体的可操作的宪法监督制度。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164页。

②张春生先生曾言:将宪法委员会与法律委员会“合并”成一个委员会,是经过反复研究的;而单设宪法委员会存在很多困难。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》,载《中国法律评论》2018年第4期。然“合并”方案无法体现合宪性审查与合法性审查的差异,也无助于人们对违宪和违法的差异认识,至少在机构、人员方面是如此。

③郑贤君教授认为,宪法和法律委员会在审议法律草案中进行的合宪性审查是为“立法审查”,而其对行政法规等法律以下规范性文件的合宪性审查实为“宪法监督”。参见郑贤君《全国人大宪法和法律委员会的双重属性——作为立法审查的合宪性审查》,载《中国法律评论》2018年第4期。

④参见《全国人民代表大会组织法》第37条、《立法法》第100条。

⑤对于立案条件,合宪性审查要求与合宪性审查建议是不同的,而由不同主体提出的合宪性审查建议之间亦应存在差异(如公民提出的建议可要求“涉己性”、“侵害性”与“成熟性”等;地方各级法院提出的建议则可要求“个案性”、“涉案性”等)。关于此问题,鉴于本文主旨,于此不予详论。

(2)立案审查机构统一回复不予立案的原因。无论是在《立法法》(2015年修正前)以及上述两个《程序》的文本规定上,还是在业已发生的公民提出合宪性审查建议的实践中(如“孙志刚事件”中的“三博士要求审查《流浪乞讨人员收容遣送办法》的合宪性”),一个非常关键的程序性问题即合宪性审查要求与合宪性审查建议的受理答复问题既未在规范性文件的文本上有所体现,也未在实践中形成合乎理性的惯例。根据2015年修正后的《立法法》第101条规定,有关的全国人大专门委员会和常委会工作机构应当按照规定要求,将审查、研究情况向提出审查建议的国家机关、社会团体、企业事业组织以及公民反馈,并可以向社会公开。但是该条并未明确调整合宪性建议的受理或不受理问题,而是要求有关机构将审查情况或研究情况(这些情况包括哪些内容并不明确)按规定反馈给建议主体(未涉及要求主体)。因此,基于有效保障和实现相关主体的要求权与建议权(尤其是后者),顺利推进合宪性审查工作的考虑,宪法委员会内设的立案审查机构应在法定期限内向相关主体送达立案通知书或不予立案决定书,并说明不予立案的理由。

(3)在取消其他全国人大专门委员会合宪性审查职责的基础上,于宪法委员会内设合宪性审查委员会(人数可进一步斟酌),独立且统一负责对法规等的合宪性审查,作出合宪或违宪建议。基于宪法委员会是全国人大专门委员会,在合宪与违宪问题上仅具建议权而无决定权,因此,合宪性审查委员会在对法规进行合宪性审查并得出相应的合宪抑或违宪的结论之后,应拟定相应的报告或议案,向全国人大常委会或全国人大提出,由后者作出具有法律效力的终局决定。

于此,须指出的一点是,无论是专门的立案审查机构,抑或合宪性审查委员会,其主要组成人员

均为宪法委员会委员,其所作出的立案(不予立案)决定、合宪或违宪的报告或议案均是以宪法委员会的名义作出的,此类同于诉讼判决乃为人民法院的结论而非合议庭或审判委员会的判断。

(二)实践层面

前文已述,违宪评价空间明显广于违法评价空间,且合宪与违宪并不存在泾渭分明的界线,其往往取决于评价主体的价值判断和政治智慧。但这并不代表评价主体(如合宪性审查委员会)可任意甚至是恣意裁量,因为其进行合宪性审查的终极目标在于维护一国宪法所确定的、经过合意达成的价值体系,在于维护社会主义法制的统一和尊严(我国宪法第5条)。故此,在具体展开合宪性审查实践时,合宪性审查委员会至少在实体方面应做好如下三项工作:(1)以具有最高法律效力的宪法为据,结合制宪者原意和时代变化,运用各种宪法解释方法对宪法作出合理的、可接受的宪法解释案,并向全国人大或其常委会提出;(2)始终铭记和遵循“四项基本原则”,在此基础上调和不同宪法条款及其背后所隐含的价值冲突,尽力实现各种价值的最大化;(3)通过不断的合宪性审查实践,逐步确立各类宪法案件的合宪性审查标准,从而实现合宪性审查标准的类型化,以此“自控”合宪性审查的裁量空间。

鉴于合宪性审查的有效展开不仅依赖于宪法委员会及其内设机构的勤勉和努力,更需其他国家机关、武装力量、政党、社会团体、企事业组织以及公民的戮力合作。故此,在程序运行方面,合宪性审查应以公开、透明为原则,如此既能有效履行宪法委员会的“配合宪法宣传职责”,又能以“看得见”的方式展示宪法委员会的工作成绩,^①从而不断强化人民的宪法信念,“在全社会树立一种奉宪法为圭臬的宪治文化”,^[41]最终实现维护宪法权威、实现中国特色社会主义宪治的目标。

^①《全国人民代表大会常务委员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》透露的备案审查情况说明《立法法》规定的备案审查制度是在有效运行的,但由于透明度不高,导致“鸭子浮水”状况的出现,这其实不利于宪法信仰的形成、宪法权威的维护。

参 考 文 献

- [1] 中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定[EB/OL].<http://CPC.people.com.cn/n/2014/1029/c64387-25927606.html>.
- [2] 习近平. 决胜全面建成小康社会夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利[EB/OL].<http://ploitics.people.com.cn/n1/2017/1028/c1001-29613514.html>.
- [3] 童之伟,姜光文.日本的违宪审查制及其启示[J].法学评论,2005,(4).
- [4] 南开大学哲学系逻辑学教研室.逻辑学基础教程(第2版)[M].天津:南开大学出版社,2008.
- [5] 葛洪义.法理学(第2版)[M].北京:中国政法大学出版社,2012.
- [6] 韩大元.宪法学基础理论[M].北京:中国政法大学出版社,2008.
- [7] 王振民.中国违宪审查制度[M].北京:中国政法大学出版社,2004.
- [8] 刘景欣.论中国宪法监督体制[J].内蒙古大学学报:哲学社会科学版,1992,(1).
- [9] 郭春涛.论违宪[J].徐州师范大学学报:哲学社会科学版,1997,(1).
- [10] 张征.宪法保障与违宪问题[M].西安:陕西人民出版社,1988.
- [11] 曹玉宗.关于违法行为的类别、相互关系及其与违宪行为的关系[J].思想政治课教学,2012,(12).
- [12] 饶龙飞.论宪法惯例的宪法审查依据资格[J].唐山学院学报,2014,(2).
- [13] 饶龙飞.论违宪审查依据的范围——以宪法渊源为参照[J].贵州警官职业学院学报,2015,(1).
- [14] 胡锦涛,任端平.论宪法的救济[J].人大法律评论,2001,(2).
- [15] [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.
- [16] [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.
- [17] 刘松山.宪法监督与司法改革[M].北京:知识产权出版社,2015.
- [18] 杨泉明.宪法保障论[M].成都:四川大学出版社,1990.
- [19] 孙卫东.论违宪与违宪制裁[J].吉林大学社会科学学报,1995,(2).
- [20] 黄明利.试论我国违宪审查制度的内容和特点[J].西北政法学院学报,1985,(3).
- [21] 朱福惠.我国违宪审查机制中存在的问题及解决的途径[J].常德师范学院学报:社会科学版,1999,(4).
- [22] 饶龙飞.论公民的违宪主体资格——学说述评基础上的再思考[A].周赞.厦门大学法律评论(总第26辑)[C].厦门:厦门大学出版社,2015.
- [23] 肖金泉,徐秀义.略论违宪[J].法学杂志,1984,(4).
- [24] 程湘清.关于宪法监督的几个有争议的问题[J].法学研究,1992,(4).
- [25] 胡锦涛.合宪性审查[M].南京:江苏人民出版社,2018.
- [26] 郭海清.美国违宪审查制度的形成及其影响[D].上海:上海交通大学博士学位论文,2009.
- [27] 姚国建.违宪责任论[M].北京:知识产权出版社,2006.
- [28] 林来梵.宪法学讲义(第2版)[M].北京:法律出版社,2015.
- [29] 曲新久.刑法学(第4版)[M].北京:中国政法大学出版社,2011.
- [30] 李响,冯恺.侵权责任法精要[M].北京:中国政法大学出版社,2013.
- [31] 公丕祥.法理学(第2版)[M].上海:复旦大学出版社,2008.
- [32] 饶龙飞.“双层式”违宪构成论——以立法行为的合宪性审查为中心[J].西部法学评论,2017,(1).
- [33] 韩大元,张翔.试论宪法解释的客观性与主观性[J].法律科学,1999,(6).
- [34] 王书成.合宪性推定与“合宪性审查”的概念认知——从方法论的视角[J].浙江社会科学,2011,(1).
- [35] 陈云生.违宪审查的原理与体制[M].北京:北京师范大学出版社,2010.
- [36] 张千帆.西方宪政体系.美国宪法[M].北京:中国政法大学出版社,2004.
- [37] 肖北庚.违宪责任刍议[J].甘肃政法成人教育学院学报,2000,(4).
- [38] 陈党.宪法实施中的违宪责任追究问题探讨[J].浙江工商大学学报,2012,(6).
- [39] 王世涛.违宪构成初论[J].法学家,2005,(5).
- [40] 林来梵.合宪性审查的宪法政策论思考[J].法律科学,2018,(2).
- [41] 邹平学.宪法和法律委员会的目标定位与机制创新[J].中国法律评论,2018,(4).

On Difference between Unconstitutionality and Illegality: Form, Cause and Effect

RAO Long-fei

(School of Politics and Law, Jiangangshan University, Ji' an 343009, China)

Abstract: The unconstitutionality and illegality are two different concept with their own connotation and denotation. The logical relationship of the two concepts is contradictory rather than inclusive or identical. The difference between unconstitutionality and illegality can be analyzed from two dimensions, namely evaluation process and evaluation result. The former includes evaluation subject, evaluation object, evaluation basis, evaluation elements, evaluation procedure, evaluation space, while the latter includes the degree of hazard to society and form of liability. The differences between the two concepts indicates the necessity of founding constitutional committee and law committee. The constitutional committee bears responsibility of constitutional supervision which includes registration, response and review of the constitution. In practice the constitutional committee should give reasonable interpretation of the constitution, maximize constitutional values, standardize the constitutional supervision procedure and abide by the doctrine of publicity and transparency.

Key words: unconstitutionality; illegality; contradictory relationship; evaluation process; evaluation result

(责任编辑:石立君)