

公法研究 栏目主持人:刘茂林

学习十九大报告特稿

论规章的合宪性审查机制

莫纪宏

(中国社会科学院 法学研究所,北京 100732)

摘要:根据我国现行法律制度框架内规章的合宪性审查的制度和机制特征,规章的合宪性审查是一项已经存在、尚待完善的立法监督制度。可以通过宪法修改或宪法解释的方式,在现行宪法与国务院部门规章、地方政府规章和军事规章之间建立形式上的法律联系,从而为规章的合宪性审查提供形式合宪的法理基础。目前关键的制度设计就是要把规章纳入《立法法》所规定的由全国人大常委会进行合宪性审查的对象的范围,以保证规章的合宪性审查工作的权威性。

关键词:规章;合宪性;合法性;上位法;形式合宪;实质合宪

中图分类号:D911.2 **文献标志码:**A **文章编号:**2095-9915(2018)03-0005-08

DOI: 10.16387/j.cnki.42-1867/c.2018.03.001

习近平总书记在党的十九大报告中明确指出“深化依法治国实践”的一项最重要措施就是:“加强宪法实施和监督,推进合宪性审查工作,维护宪法权威。”^[1]其中,“推进合宪性审查工作”第一次出现在党的正式文件中,这是以习近平同志为核心的党中央贯彻落实全面推进依法治国各项要求的一项重要举措,也是习近平总书记“依宪治国”新理念新思想新战略的制度安排和实践方案,是全面推进依法治国各项法治工作的核心和重中之重。

要在制度和机制上“推进合宪性审查工作”,并且取得良好的效果,首先要在理论上解决合宪性审查的“对象”问题。由于“合宪性审查”概念第一次出现在党的十九大报告中,在此之前,我国现行宪法、立法法以及相关法律法规中并没有明确建立合宪性审查制度,所以,尽管在现有的法律制度框架内,对各种立法行为都或多或少地提出了“合宪性”要求,但这些规定都是非常分散的,彼此之间缺少逻辑上的关联性。只能从法理上,根据合宪性审查的理论,对目前我国现有法律制度框架内的合宪性审查机制进行抽象的描述和归纳。^①

本文选择的是规章的合宪性审查问题,对于规章能否成为合宪性审查的对象,目前的法律规定存在着很多模糊不确定的地方。从宪法的规定来看,很难判断出规章与宪法之间有什么样的直接联系,但从立法法的相关条文来看,规章必须具有合宪性,又是比较清晰的法律要求。因此,对规章的合宪性审查进行全面和系统的法理研究,有助于从法理上解决合宪性审查的对象问题,同时还可以为实践中对规章的合宪性进行必要的审查提供理论上的指引。

总之,无论是从理论上,还是从实践角度,对规章的合宪性审查进行比较系统的理论研究都有比较现实的学术价值和实践意义。

一、作为合宪性审查对象的“规章”的表现形式

规章能否成为合宪性审查的对象,首先要看规章与宪法之间的逻辑关联。如果宪法中根本就没有“规

收稿日期:2017-11-26

作者简介:莫纪宏(1965—),男,江苏靖江人,研究员、博士生导师,博士,主要从事宪法学研究。

章”一词,那么,对规章提出合宪性要求显然在法理上理由不充分。如果宪法条文中出现了“规章”一词,至少围绕着宪法关于“规章”的规定事项,可以对规章提出一系列合宪性要求。我国现行宪法有两处提到了“规章”:一处是现行宪法第90条第二款,该条款规定:“各部、各委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限内,发布命令、指示和规章。”上述条款赋予了国务院各部、各委员会发布“规章”的权力,这就意味着宪法作为根本法明确了“规章”的法律地位,并且将规章发布权授予了国务院各部、各委员会。由此在制度上就形成了国务院各部、各委员会如何按照宪法的规定发布规章的问题,这里既有程序问题,也有实体问题。另一处是宪法第89条第(十三)项规定,国务院“改变或者撤销各部、各委员会发布的不适当的命令、指示和规章”。该条款规定对“规章”的合法性提出了严格的要求,并设定了监督措施,如果“规章”不具有合法性,就应当予以撤销。当然,这里的“合法性”必然和首先包括了合宪性在内。

除了现行宪法第90条第二款所规定的“规章”情形外,对于“规章”作为立法形式规定得最详细和具体的是《中华人民共和国立法法》。^②2015年新修订的《立法法》第四章“地方性法规、自治条例和单行条例、规章”专门设定了一节,即第二节“规章”来规范各类“规章”制定和发布的情形。^③因此,“规章”是《立法法》所确认的一种非常重要的法律形式。对规章的合宪性审查,可以通过解释宪法与立法法之间的逻辑关系,延伸到宪法第90条第二款所规定的规章概念之外的由《立法法》所明确的所有规章形式。

根据《立法法》的规定,在我国现有法律制度框架内,可以被称为“规章”的法律形式总共包括以下三类:

第一类是国务院部门规章。《立法法》第80条第一款规定了部门规章的制定主体,即“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章”。根据上述条款规定,有权制定规章的立法主体是“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构”,制定规章的法律依据是“法律和国务院的行政法规、决定、命令”,制定规章的权限是“在本部门的权限范围内”。

第二类是地方政府规章。《立法法》第80条规定了两种情形的“地方政府规章”,一是第一款规定的“省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章”;二是第三款规定的“设区的市、自治州的人民政府根据本条第一款、第二款制定地方政府规章,限于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项。已经制定的地方政府规章,涉及上述事项范围以外的,继续有效”。

第三类是军事规章。《立法法》第103条第二款、第三款和第四款规定了“军事规章”的制定主体、制定权限和程序,形成了比较明确和具体的“军事规章”制度。该条款规定:“中央军事委员会各总部、军兵种、军区、中国人民武装警察部队,可以根据法律和中央军事委员会的军事法规、决定、命令,在其权限范围内,制定军事规章。”

“军事法规、军事规章在武装力量内部实施。”“军事法规、军事规章的制定、修改和废止办法,由中央军事委员会依照本法规定的原则规定。”

由此可见,在我国现行法律制度框架内,规章是一个法律形式体系,主要包括了国务院部门规章、地方政府规章和军事规章三种类型。

二、规章作为合宪性审查对象的根据

在理清我国现行法律制度框架内的各种形式的“规章”之后,规章作为一种独立的法律形式,其中所包含的所有类型规章是否都可以纳入合宪性审查的对象范围,这个问题,目前在宪法上没有明确规定。宪法第89条第(十三)项规定的国务院“改变或者撤销各部、各委员会发布的不适当的命令、指示和规章”,这一规定从逻辑上只能推演出国务院部门规章应当受合宪性审查。但从2015年新修订的《立法法》来看,立法法很明显拓展了现行宪法第5条第三款所规定的“一切法律、行政法规和地方性法规都不得与宪法相抵触”的合宪性要求,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”。上述规定很显然是把“规章”作为一个类型的法律形式,与“法律、行政

法规、地方性法规、自治条例和单行条例”一道,整体上纳入了合宪性审查的范围。

从国务院2017年新修订的《规章制定程序条例》^④第3条规定来看,该条明确规定“制定规章,应当贯彻落实党的路线方针政策和决策部署,遵循立法法确定的立法原则,符合宪法、法律、行政法规和其他上位法的规定”。该程序条例第十九条第(一)项规定:规章送审稿由法制机构负责统一审查。法制机构主要从以下方面对送审稿进行审查:是否符合本条例第三条、第四条、第五条、第六条的规定。毋庸置疑,2017年新修订的《规章制定程序条例》把对规章的合宪性审查视为对规章送审稿进行合法性审查的重要事项,这表明在规章制定过程中,规章的合宪性是必须具备的合格条件。此外,《规章制定程序条例》第37条又把对规章的合宪性要求从国务院部门规章延伸到地方政府规章,该条规定:“国务院部门,省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府,应当根据全面深化改革、经济社会发展需要以及上位法规定,及时组织开展规章清理工作。对不适应全面深化改革和经济社会发展要求、不符合上位法规定的规章,应当及时修改或者废止。”

从现有的法律制度框架来看,在规章法律形式体系中,国务院部门规章和地方政府规章应具有合宪性、并接受合宪性审查已经成为明确的法律制度。军事规章虽然根据《立法法》第87条的规定应当具有合宪性,不得与宪法相抵触,但是,对军事规章的合宪性审查目前还缺少明确的法律制度和程序。2002年4月4日中央军事委员会颁布的《军事法规军事规章条例》第4条规定:“制定、修改和废止军事法规、军事规章,应当以宪法和法律为依据,遵循立法法确定的立法原则,符合法定权限、程序和立法体例规范的要求,维护社会主义法制的统一和尊严。”上述规定进一步强化了军事规章必须具有合宪性的要求。不过该条例并没有明确规定对军事规章的合宪性可以进行依法审查,也缺少相应的审查军事规章合宪性的审查程序。

总之,在现有法律制度框架内,是存在对规章的合宪性审查机制的,只不过该机制并没有形成整体性的合宪性审查程序和制度,分散在不同的法律法规中,这主要是由规章的不同类型和特征决定的。规章的合宪性审查不是一个理论上能否成立的问题,只是一个实践中如何在制度和机制上加以完善的问题。

三、对规章进行合宪性审查的可能性事项

规章的合宪性审查在现有法律制度框架内是一个既定的立法事实,但对规章的合宪性审查事项有哪些?是否可以归纳和总结出比较明确的规章合宪性审查的范围?这个问题从法理上来看比较复杂,但在制度规范上却显得相对较为简单。从现行宪法、立法法和相关法律法规的规定来看,对规章的合宪性审查事项,主要涉及到以下两个方面:

一是对规章立法程序和机制的合宪性审查。现行宪法第90条第二款规定:“各部、各委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限内,发布命令、指示和规章。”从严格的合宪性审查理论出发,上述规定至少提出了规章制定主体必须要有宪法依据,这是合宪性的一项重要内容。根据现行宪法90条第二款的规定,只有国务院各部、各委员会有权发布“规章”,其他立法主体无权制定“规章”,所以,除了国务院各部、各委员会制定部门规章之外,其他立法主体如果以“规章”为名制定规范性文件,至少在形式上缺少合宪性。但是,我国现行立法法对“规章”的类型做了扩展,出现了“国务院部门规章”“地方政府规章”和“军事规章”三个类型的规章,即便是国务院部门规章的制定主体,也从宪法第90条第二款规定的国务院“各部、各委员会”扩展到“中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构”。从法理上能否将立法法规定的“中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构”可以制定国务院部门规章判定为不具有“合宪性”呢?如果仅仅从字面上看,《立法法》对宪法规定的部门规章制定主体的规定有“放水”嫌疑,但从《立法法》在立法活动的地位以及其规范立法秩序的基本法律性质来看,可以通过正确解释宪法与立法法之间的法律关系,而推定“中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构”作为国务院部门规章的制定主体也是具有合宪性的。但《立法法》第80条第一款规定“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章”只能看成是现行宪法第90条第二款的合理延伸,通过宪法解释的手段可以为《立法法》第80条第一款提供合宪性依据。至于《立法法》第80条第一款拓展后的国务院部门规章制定主体之外

其他的国务院机构,应当不具有部门规章制定权,特别是国务院职能部门的内设机构、隶属于国务院的事业单位等。所以,审查部门规章的制定主体的适格性和合宪性应当以《立法法》第80条第一款规定为限。

对于《立法法》所规定的另外两种形式的规章,即“地方政府规章”和“军事规章”,严格意义上讲,由于现行宪法条文中没有“地方政府规章”和“军事规章”的概念,因此,“地方政府规章”和“军事规章”的存在是与宪法不一致的,至少来说不具有合宪性。但不具有合宪性并不意味着就属于“违宪”。从《立法法》第1条所规定的立法目的来说,《立法法》是为了规范立法活动,健全国家立法制度,提高立法质量,完善中国特色社会主义法律体系,发挥立法的引领和推动作用,保障和发展社会主义民主,全面推进依法治国,建设社会主义法治国家,根据宪法而制定的。由于《立法法》系由全国人大通过,而宪法修改也由全国人大进行,同一个立法机关从事的两种立法行为之间存在规范矛盾的,只需要通过宪法修改或法律修改的方式就可以解决规范之间的一致关系。就《立法法》所规定的“地方政府规章”和“军事规章”而言,这两种规章形式已经在立法实践存在很久,并且形成了较为完整的规章制定和实施制度,当下要解决“地方政府规章”和“军事规章”的合宪性问题,唯一的实践途径就是通过修改宪法相关规定的方式来解决这个矛盾。具体说可以在现行宪法第107条增加一个条款,规定:“省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章。”地方政府规章可就下列事项作出规定:

(一)为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项;(二)属于本行政区域的具体行政管理事项。“设区的市、自治州的人民政府根据本条第一款、第二款制定地方政府规章,限于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项。已经制定的地方政府规章,涉及上述事项范围以外的,继续有效。”或者在现行宪法第107条仅仅增加一款作为第二款,规定“省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章”。这样就可以保证“地方政府规章”作为规章中的一种重要类型的合宪性。同理,应当在现行宪法第94条增加三个条款,规定“中央军事委员会根据宪法和法律,制定军事法规”,“中央军事委员会各总部、军兵种、军区、中国人民武装警察部队,可以根据法律和中央军事委员会的军事法规、决定、命令,在其权限范围内,制定军事规章”,“军事法规、军事规章在武装力量内部实施”。在宪法第94条中增加上述三个条款,可以为“军事法规”“军事规章”提供合宪性,避免形式上与宪法不一致。

二是对规章内容的合宪性审查。2015年新修订的《立法法》对规章的“合宪性”提出了很高的要求,特别是规章中的事项不得与宪法所规定的基本权利制度相抵触,这是“推进合宪性审查工作”应当关注的重点,甚至比法律的合宪性审查、行政法规的合宪性审查和地方性法规的合宪性审查具有更加明确和具体的要求。根据《立法法》第80条第二款的规定:“部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据,部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范,不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责。”与此同时,《立法法》第86条第二款也明确规定:“没有法律、行政法规、地方性法规的依据,地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。”《立法法》上述两个条款的规定实质性排除了国务院部门规章和地方政府规章的立法事项可以触及随意增减宪法所规定基本权利和义务,明确了上述两种规章的立法边界,属于判定国务院部门规章和地方政府规章实质合宪的重要标准。此外,《军事法规军事规章条例》第4条也对军事规章的立法事项的边界做了原则性规定,即“制定、修改和废止军事法规、军事规章,应当以宪法和法律为依据,遵循立法法确定的立法原则,符合法定权限、程序和立法体例规范的要求,维护社会主义法制的统一和尊严”,上述条款的规定也涉及到了军事规章的实质合宪问题,即军事规章作为规章的重要形式,其制定“应当以宪法为依据”,“遵循立法法确定的立法原则”,“符合法定权限、程序和立法体例规范的要求,维护社会主义法制的统一和尊严”,其中自然包括了《立法法》对国务院部门规章和地方政府规章提出的不得随意增减宪法所规定基本权利和义务的实质合宪性义务。

总之,从现行宪法、立法法和相关法律法规的规定来看,对国务院部门规章、地方政府规章和军事规章三种类型规章的形式合宪和实质合宪,都已经有了明确的法律原则和法律要求,当下最关键的是如何在监督规章合宪与进行规章的合宪性审查中科学和有效地运用形式合宪与实质合宪的审查标准,来保证三类规章真正符合宪法的要求,避免出现规章违宪的问题。

四、加强规章的合宪性审查机制制度建设的若干建议

在现有法律制度框架内,作为制度和机制,对规章的合宪性审查已经存在,虽然没有形成完整的程序机制,还缺少具体可行的审查标准以及对审查效力的认定,但总体上来看,规章应当具有合宪性,违宪的规章,不论是国务院部门规章,还是地方政府规章,抑或是军事规章,都必须基于宪法、立法法和相关法律法规的规定予以修改或撤销。从实践中来看,规章的合宪性审查在规章的制定过程中是存在的,可能还属于不自觉的行为,但规章制定部门或者审核机构按照立法法和相关法律法规的规定,必须要对规章的形式合宪与实质合宪作出科学和审慎的判断。对于规章生效后的违宪审查,目前的法规规章备案审查制度可能会在某些方面涉及到这个问题,但总的来说,并没有在实践中看到任何“规章”被明确宣布为“违宪”或者是“不合宪”,究其原因,归根到底是与规章的合宪性审查的一些基础理论性问题还没有搞清楚,致使在实践中尽管相关法律法规中确认了规章的合宪性的重要性,甚至还有比较明确的规章的合宪性审查程序,但是,要让规章的合宪性审查机构明确宣称某个被审查的规章“不合宪”,至少在当下的政治制度和法律制度框架下还是比较困难的。从推进对规章的合宪性审查角度来看,必须要解决以下几个方面的重要理论与实践问题:

(一)规章的合宪性与合法性要求必须要进行区分

规章的合宪性审查工作在实践中之所以很难单独见效,关键是规章的正当性要求本身的复杂性。从现行宪法、立法法和相关法律法规的规定来看,对规章的正当性提出法律上的要求时,往往都是把宪法、法律,甚至把行政法规也纳入规章的正当性要求的法律渊源。例如,《立法法》第80条规定:“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章。”上述条款把“法律和国务院的行政法规、决定、命令”作为国务院部门规章的“立法依据”,结合《立法法》第87条的规定“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”,在法理上就形成制定国务院部门规章必须要依据“宪法、法律和国务院的行政法规、决定、命令”这些共同的上位法。但是,具体某项规章的制定应当如何既符合宪法,又符合法律和国务院的行政法规、决定、命令,在规章制定的立法实践中,实际上是无法加以区分的事项。故从规范形态上看,规范的合宪性要求是明确存在的,但具体到规章的立法依据和正当性要求,就很难在制度上做出规章是合宪,还是合法,抑或是既合宪又合法的判断。这种立法体制很容易降低宪法作为根本法对规章的约束力。特别是在国务院部门规章还要服从国务院制定的行政法规的情形下,对规章提出的合宪性要求很容易被国务院自身的立法监督活动所代替。例如,2001年国务院出台的《规章制定程序条例》第3条规定:“制定规章,应当遵循立法法确定的立法原则,符合宪法、法律、行政法规和其他上位法的规定。”上述规定实际上要求国务院部门规章必须要同时符合“宪法、法律、行政法规和其他上位法的规定”,这样就给国务院部门规章的合宪性审查机构造成了巨大的负担,即如何在审查中明确地区分规章的合宪性与合法性,实际过程中这个问题很容易被忽视甚至根本就无法考虑到这样的问题。《规章制定程序条例》第18条明确规定:“规章送审稿由法制机构负责统一审查。法制机构主要从以下方面对送审稿进行审查:(一)是否符合本条例第三条、第四条、第五条的规定;(二)是否与有关规章协调、衔接;(三)是否正确处理有关机关、组织和公民对规章送审稿主要问题的意见;(四)是否符合立法技术要求;(五)需要审查的其他内容。”不过第19条却规定:“规章送审稿有下列情形之一的,法制机构可以缓办或者退回起草单位:(一)制定规章的基本条件尚不成熟的;(二)有关机构或者部门对规章送审稿规定的主要制度存在较大争议,起草单位未与有关机构或者部门协商的;(三)上报送审稿不符合本条例第十七条规定的。”根据《规章制定程序条例》第18条和第19条规定,规章在制定过程中,交由国务院法制机构审查时,规章的合宪性和合法性都是审查的事项,但在作出审查处理结论时,却没有对规章是否合宪或合法的回应措施,很显然,就出现了审查原则与审查结果“两张皮”的问题,这样的制度设计最终导致的是规章的合宪性审查只具有理论上的价值,而缺少实际中的法律约束力,很容易概念化或流于形式。为此,必须要从法理上对规章的合宪性要求与合法性要求作出明确的区分,才能在制度上设计出规章的合宪性审查机构在审查规章的合宪性时所应当完成的具体审查任务,然后才能科

学地评估规章的合宪性审查的真实效果。

(二) 规章的合宪性审查应侧重于形式合宪的审查

根据《立法法》第 96 条确立的“下位法不得违反上位法”的立法监督原则,在规章与宪法之间实际上还存在全国人大及其常委会制定的法律以及国务院制定的行政法规两个层次的法律形式。作为中国特色社会主义法律体系中的最重要的法律形式,全国人大及其常委会制定的法律以及国务院制定的行政法规都有符合宪法、遵守宪法,把宪法的各项原则和规定具体化的立法任务,因此,从规章制定的直接立法依据来看,应当是规章上一个层次的立法。就三种类型的规章而言,国务院部门规章的直接立法依据应当是国务院制定的行政法规,地方政府规章的立法依据应当是同级立法机关制定的地方性法规,军事规章的立法依据应当是军事法规,所以,对规章的正当性进行立法监督的审查,首先应当解决的是规章是否与上位法一致或不相抵触的问题,规章与宪法之间很难发生立法事项上的直接联系。即便是《立法法》规定的规章不得随意增减宪法所规定的基本权利和义务,实际上按照宪法要求制定的法律和行政法规都体现了这种要求,因此,规章不得实质违宪这样的正当性要求完全可以通过规章的符合上位法规定这一立法原则来得到有效解决,被审查的规章的内容通常应被推定为“合宪”。^[2]所以,在制度和机制建设上,不宜和很难对规章的实质合宪作出判断,不能随意在立法技术上避开规章的上位法让规章直接依据宪法的原则规定相关立法事项,这种立法思路实际上架空了上位法制定机关的立法权威,干扰立法秩序。正确的选择是对规章的合宪性要求仅仅限于规章的形式合宪,也就是说,被审查的规章的制定主体是否有宪法上的依据或者是通过宪法解释的方法,通过适用《立法法》以及相关法律法规的规定来证明制定规章的立法主体的正当性。对规章的形式合宪审查有助于不断完善宪法制度,确立一切法律形式都必须由宪法加以规定。宪法作为根本法,是中国特色社会主义法律体系中的其他一切法律形式的正当性来源。如果宪法上没有确立某种法律形式的宪法地位,那么,对这样的法律形式只能作为一般规范性文件来处理,不能提出合宪性的要求,对于一般规范性文件的正当性,应当依据法治原则,根据立法监督体系的设计,由适当的机制和程序来加以监督。故对规章的形式合宪审查很重要,在立法实践中,规章制定的主体往往混淆规章制定权和其他规范性文件制定权之间的关系,导致规章存在的方式不规范,或者是一些无权制定规章的机构也发布规章,影响了立法秩序的统一性。对规章的形式合宪的要求,可以有利于维护统一的立法秩序,建立法律形式基于法律效力关系而存在的科学和合理的制度体系。

(三) 规章的违宪审查工作应当由全国人大常委会进行

目前对法律形式的违宪审查只涉及到行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例。对此,2015 年新修订的《立法法》第 99 条、第 100 条和第 101 条做了全面和系统的规定。2015 年新修订的《中华人民共和国立法法》第 99 条规定:国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求,由常务委员会工作机构分送有关的专门委员会进行审查、提出意见。由上规定可知,《立法法》第 99 条规定的“违宪审查工作”只能由“全国人民代表大会常务委员会”来进行,属于“违宪审查”的对象也是特定的,即“行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例”,对“违宪审查”的请求也只能由“国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会”提出,根据《立法法》第 99 条第二款的规定,上述国家机关以外的“其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民”只能提出“违宪审查”的“建议”。

规章不得违宪,不得与宪法相抵触也是《立法法》确立的重要立法监督原则^⑤,但是,在《立法法》第 99 条规定的违宪审查制度中并没有把规章作为违宪审查的对象,这应当说是《立法法》制度设计上的重大缺陷。因为在我国现有法律制度框架内,如果涉及到宪法问题,特别是要在宪法与被审查对象之间做出是一致或不相抵触的法律判断,离开了对宪法条文的准确理解和正式有效的宪法解释是无法完成这一任务的。根据现行宪法第 67 条的规定,只有全国人大常委会有权解释宪法,包括全国人大在内的其他国家机关都没有宪法解释的职权,不能做出具有法律效力的宪法解释,自然就很难做出精准的合宪或违宪的结论。因此,如果要在制度上解决规章的违宪问题或者说把规章不得与宪法相抵触的要求制度化,就必须把规章的违宪审查权交给全国人大常委会,这对于完善违宪审查机制,提高全国人大常委会在违宪审查中的法律

权威具有非常重要的意义。至于说一般意义上的规章合宪性审查权,因为不涉及到违宪判断和处理,可以由国务院法制机构来完成这一任务。故应当修改《立法法》第99条、第100条和第101条的规定,把规章也纳入受全国人大常委会违宪审查的对象的范围,从而提高对规章的违宪审查的权威性。

(四)规章的违宪审查结论应当具有直接的法律效力

从违宪审查的一般法理来看,即便违宪审查机构宣布了某个被审查对象违宪,对于制定机关来说,也不一定马上就要废止被宣布违宪的法律法规,这是由立法机关本身的性质决定的。立法机关往往都是民意机关,法律法规通常都由民意机关制定,体现了民意的要求。由体现民意的立法机关制定的法律法规可能在违宪审查中被宣布为违宪,但往往构成违宪的法理由是复杂的,更多的情形是因为法律法规存在的现实条件发生了重大变化,过去合宪的可能在受审查时已经不符合宪法的要求。在美国的违宪审查体制下,被宣告违宪的法律法规往往只对具体的案件具有约束力,对于制定法律法规的立法机关不具有立法的效力,违宪的法律法规是否需要修改或加以废止,最终还要由立法机关自身来决定,这也充分体现了对立法机关政治权威的尊重。

我国的根本政治制度是人民代表大会制度,我国现行宪法序言最后一个自然段规定: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。^⑥根据上述规定,包括国家权力机关在内的一切国家机关都有维护宪法权威、保证宪法实施的职责,所以,任何接受违宪审查的法律形式的制定机关本身都有保证法律法规规章合宪的义务。但值得注意的是,我国的人民代表大会制度与西方“三权分立”制度不一样,国家权力机关与国家行政机关、国家监察机关、国家审判机关和国家检察机关的宪法地位是不平行的,国家权力机关依法选举产生其他国家机关,因此,表现在立法监督方面,国家权力机关,特别是全国人大及其常委会作为最高国家权力机关,在依法履行立法监督职权时,特别是全国人大常委会在对规章的合宪性进行审查时,一旦发现了违宪问题的存在,就应当作出最终有法律效力的决定来废止被宣布为违宪的规章。这是因为在我国的立法监督体制下,立法监督必须遵循下位法服从上位法的原则,宪法与规章之间还存在着法律、行政法规两种法律形式,因此,对规章的正当性控制首先需要通过对其的合法性和合规性审查来加以保证,如果规章进入了合宪性审查的范围,全国人大常委会作为规章的违宪审查机构,关键要审查的是规章的形式合宪问题,也就是说受审查的规章的制定主体是否属于符合宪法要求或具有宪法上依据的合格主体,如果不是,就可以当然否定不资格主体制定的规章的法律效力。因此,在我国现有法律制度框架内,如果将规章纳入全国人大常委会违宪审查对象的范围,一旦做出违宪审查的结论,这样的结论就应当具有一般法律约束力,被宣布为违宪的规章自被宣布违宪起当然无效。这一点与宣布行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例违宪审查的法律效果有所不同。行政法规涉及到宪法第89条规定的国务院职权,因此,行政法规被宣布为违宪必须要针对具体的立法事项来做出综合判断。地方性法规违宪也会涉及到中央与地方立法事权的划分,违宪审查的结论也只具有相对性,需要被宣布为违宪的地方性法规的立法主体根据违宪的具体法理由做出适应性的处理。自治条例和单行条例因为本身就涉及到全国人大常委会的批准程序问题,因此,除了要谨慎宣布违宪之外,一旦被宣布违宪,需要通过《立法法》所规定的立法监督程序妥善处理。规章被宣布为违宪,则不具有上述抗辩和考量事由,必须立即产生被废止或宣布无效的法律效力,这样才能真正体现规章的违宪审查所具有的法律权威性。

总之,规章的合宪性审查是我国现行法律框架内已经存在、并可以加以运行的制度。目前关键的制度设计就是要把规章纳入《立法法》所规定的由全国人大常委会进行违宪审查的对象的范围,以保证规章的合宪性审查工作的权威性。此外,还应当根据《立法法》关于三种类型的规章的规定,及时地修改宪法,以保证在规章与宪法之间建立起必要的形式和逻辑联系,以便在实际中能够启动对规章的形式合宪审查,从而使得现有制度上关于规章的合宪性要求真正落到实处。

注释:

① 比较靠近规章的合宪性问题研究的论文只有吴东镐撰写的《论国务院各部委制定部门规章的宪法依据》,《延边大学学报

(社会科学版)》2005年第2期。

- ② 2000年3月15日第九届全国人民代表大会第三次会议通过,根据2015年3月15日第十二届全国人民代表大会第三次会议《关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》修正。
- ③ 2000年《立法法》从第71条到第77条专门规定了“规章”制度。
- ④ 2001年11月16日中华人民共和国国务院令第322号公布,根据2017年12月22日《国务院关于修改〈规章制定程序条例〉的决定》修订,自2018年5月1日起施行。
- ⑤ 2015年新修订的《立法法》第96条规定了立法监督的基本原则。该条规定:法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章有下列情形之一的,由有关机关依照本法第九十七条规定的权限予以改变或者撤销:(一)超越权限的;(二)下位法违反上位法规定的;(三)规章之间对同一事项的规定不一致,经裁决应当改变或者撤销一方的规定的;(四)规章的规定被认为不适当,应当予以改变或者撤销的;(五)违背法定程序的。
- ⑥ 现行宪法第5条第四款对现行宪法序言最后一个自然段所规定国家机关保障宪法实施的一般性法律义务又做了重申,规定: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。

参考文献:

- [1] 编写组. 党的十九大报告学习辅导百问[M]. 北京:党建读物出版社, 2017: 31.
- [2] 王书成. 合宪性推定的正当性[J]. 法学研究, 2010(2).

责任编辑:施业家

(E-mail: shiyejia678@sina.com)

Abstracts

On the Constitutional Review Mechanism on Rules and Regulations

(by MO Jihong)

Abstract: The constitutional review of rules and regulations is an existing but imperfect legislative supervision system. Constitutional amendments or interpretation may help establish a formal legal connection between the current constitution and the rules and regulations made by the State Council's departments, local governments, and military units, giving the review a formally constitutional legal basis. To maintain the authority of the review, the key institutional design is to include rules and regulations in the objects of unconstitutional acts stipulated in the *Legislation Law* to be investigated by the Standing Committee of the National People's Congress.

Key words: rules and regulations; constitutional; legal; upper-level law; formal constitutionality; substantial constitutionality

On NPC Interpretation's Function in Maintaining and Shaping Hong Kong's Constitutional Order – Some thoughts over the Fifth NPC Interpretation of the Basic Law

(by LI Xiaobing, HE Tianwen)

Abstract: Attempts to deny the "one country, two systems" practice in the Hong Kong Special administrative Region (SAR) seriously challenges the region's constitutional order. Taking the Liang and You's oath-taking incidence as an opportunity, the Standing Committee of the National People's Congress (NPC), in accordance with the constitution and Hong Kong's Basic Law, actively interpreted the Basic Law's 104th clause, an action which confirmed and developed the NPC's procedural practice and consolidated its status, scope of powers, and effectiveness concerning its active interpretation. The fifth interpretation, which clearly defines swearing-in's form, content, and effectiveness, substantially declares that the "one country, two systems" practice is the foundation of Hong Kong's constitutional order and that "one country" is the precondition of a "high degree of autonomy". This interpretation has strengthened the central government's dominance in Hong Kong; it has embodied the function of the NPC interpretation mechanism in settling differences in the understanding of the Basic Law, resolving difficulties in Hong Kong's political operations, creating a harmonious relationship between the Central Government and the SAR, and directing the development of Hong Kong's constitutional order. Additionally, it has realized the positive interaction between the NPC's power of interpretation and the Hong Kong's judicial power; the situation indicates the "one country, two systems" policy will be more widely supported by the people of Hong Kong.

Key words: Hong Kong's Basic Law; NPC interpretation; Hong Kong's constitutional order; "one country, two systems"

The Basic Institutional Structure of Hong Kong Legislative Council's Debate System – an Investigation Centered on the Rules of Order Revised

(by DI Gaoyang)

Abstract: The debate system of Hong Kong Legislative Council has a horizontal structure of "debate introduction – debate operation – debate education" and a vertical structure with multi-level rules including the basic categories of being debatable, valid, and legitimate. To comprehend the debate system in Hong Kong Legislative Council not only needs to figure out its basic structure from the superficial rules simply, but also needs to understand the hidden principles of power allocation and restriction. The evolution of the debate system in the Legislative Council conforms to the general rule of Hong Kong's modern democratic development, but its specific operation relies unduly on the self-regulation of the Legislative Council's president. This may cause the Legislative Council to deviate from the debate's unique values, bringing moral and political risks to the debate when dealing with conflicting interests between Hong Kong and the Central Government, the administration and the legislation, and the Pan-democrats and the pro-Beijing camp.

Key words: Hong Kong Legislative Council; debate system; basic structure; *Rules of Order Revised*

On the Pre-suit Procedure of Administrative Public Interest Litigation Initiated by Procuratorial Organs

(by WANG Chunye)

Abstract: After two years of piloting, the administrative public interest litigation initiated by the procuratorial organs has been formal-