

走出违宪审查的困惑 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E8_B5_B0_E5_87_BA_E8_BF_9D_E5_c122_483128.htm 一年一度的大学新生的录取结束了，而三名考生因高考录取中的不平等待遇状告教育部侵犯平等受教育权一案却在社会中引起了强烈的反响。本文无意就该事件的社会意义等进行评论，公众的舆论早已在各媒体上一览无余。本文仅从违宪审查的角度斗胆对该案所涉及的某些问题进行了一番遐想，因此观点不仅仅限于案件的处理。

一、行政诉讼下的违宪审查之诉 三名考生状告教育部的诉讼名为行政诉讼，但却包含了违宪审查的内涵。行政诉讼与违宪审查是截然不同的概念。所谓违宪审查，是指由公民或法人等组织向特定的违宪审查机关提起的要求确认法律、法规、规章是否违背宪法的请求，这种请求可以是司法性的。可见判定是否属于违宪审查的主要依据是看请求范围、理由及进行审查的主体机关，其中，直接以宪法规定作为请求理由和请求的依据是违宪审查的不可缺少的内涵。

三名考生均参加了今年的高考，在分数确定的情况下，仅仅因为其居住的地域原因不能在录取中享有同样的权利。为此，他们向最高法院递交了诉状。其递交诉状行为本身已经意味着他们向最高法院提出了保护其权利的司法请求，并将这种权利限定为宪法权利或公民的基本权利即诉状中所称的平等受教育权；依据公开的诉状内容，不难看出他们基本的诉讼理由是教育部制定招生计划的行政行为根据地域将考生做了等级划分，直接违背了现行宪法，侵犯了他们作为公民所享有的平等受教育的宪法权利；诉讼请求则是要求用司法

裁决的形式判定教育部制定招生计划的行政行为违法，此处的“法”也是指“宪法”，即要求最高法院通过司法审理程序后依据宪法的规定确认教育部的行为违宪。因此，据此可定，三名考生状告教育部的诉讼是借行政诉讼之名，行违宪审查之实，其诉讼的实质是行政诉讼下的违宪审查。我们并不缺少违宪审查制度，但却缺少司法化的违宪审查程序。在现行违宪审查制度的尚未司法化的事实面前，为寻求维护宪法权利的刚性的司法救济手段，不得已借用行政诉讼的“外壳”，行“违宪审查”之实，三名考生及其代理人的做法实属无奈，用心很苦。但是用心归用心，再苦不一定就能达到目的。因为行政诉讼毕竟不同于违宪审查，行政诉讼本身的限定决定了其制约权力、保障公民权利的局限性，这是与违宪审查是无法比拟的。我国现行的有关行政诉讼的法律如《行政诉讼法》、《行政复议法》等虽然对行政机关的行政行为具有相当的约束力，但相对与行政行为的宽泛性而言，这种约束作用却被局限于一个狭窄的范围。表现在：1、首先，这种约束力仅限于行政机构的具体行政行为和极少数的抽象行政行为。对行政机关大量的抽象行政行为缺乏约束力(虽然行政复议法规定了对抽象行政行为可以复议)。事实上，行政机关的行政行为除一部分属于针对特定的人或特定的事作出的具体行政行为外，乃存在着大量的针对不特定的人或事制定或发布的具有普遍约束力的规范性文件的抽象行政行为，如制定行政法规、规章或具有普遍约束力的其他规范性文件(不具有法源性的规范性文件)。行政机关因为作出的行政行为侵犯他人权利的事实不仅存在于具体行政行为中，也存在于抽象行政行为中，而且后者侵犯的范围和程度比前者更

甚，如较为典型的有关劳动教养法规。但目前有关行政行为的法律对行政机关的抽象行政行为实际侵犯他人权利，特别是公民的应当享有的尚未在具体部门法中具体化的宪法权利个人的权利的现象方面无能为力，因为到目前为止，《行政诉讼法》仍然规定，只有具体行政行为才能进行行政诉讼，抽象行政行为不属于行政诉讼的收案范围。即行政管理的相对人或第三人因为行政机关在实施行政管理活动、行使行政职权过程中发布具有普遍约束力的规范性文件而受到权利侵害(包括宪法所保护的权力)时无法通过诉讼来寻求法律的保护。

2、其次，由于我国现行的有关行政行为的法律在判定具体行政行为的标准的单一，导致法律对具体行政行为的约束力也极为有限。根据《行政诉讼法》、《行政复议法》，行政复议机关或法院在审查因不服行政机关的具体行政行为而提起的行政复议或行政诉讼时，只要查明行政机关的具体行政行为是依据规范性法律文件作出的(包括行政法规、规章和其他不具有法源性的规范性文件)，就认定该行政行为合法有效。至于行政机关所依据的行政法规、规章或其他规范性文件本身是否合宪，是否已经侵犯了他人的权利，特别是宪法所保护的基本权利则不在审查之列。换言之，在行政机关制定和发布行政法规、规章或其他规范性文件的抽象行政行为的不合宪性客观存在，并由此侵犯他人特别是公民尚未具体化的基本权利时，仅仅依靠现行的有关行政行为的法律不可能从根本上约束和规范行政机关的行政行为，甚至不可能确认这些行为“违法”。从以上对行政诉讼的分析不难看出，即便是宪法规定的公民享有的基本权利平等受教育权本身是不容置疑的，对其保护却是令人遗憾的。我们不妨再对三名考生

状告教育部的案件做一个大胆的假设：假如最高法院受理了三名考生的诉状，经过审理，认定教育部制定招生计划的行为为抽象行政行为，(且不说具体行政行为和抽象行政行为的划分使教育部的这种行为的定性扑朔迷离，这种行为既有具体行政行为的特征，如适用对象的具体；又有抽象行政行为的特征，如在一段时期内可以反复适用等)，那么最高法院是否就能依据宪法直接裁决该抽象行政行为违宪呢？如果最高法院如此裁决，那么这种裁决本身是否违宪呢？因为根据现行的宪法规定，只有全国人大及其常委会才有宪法的监督权，有权撤消国务院及其部、委制定的与宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令。就状告教育部而言，三名考生并非第一人。但是，这三名考生却以一起貌似行政诉讼的简单案件提出了一个非常严肃的话题，那就是：我们是否也应该建立自己的违宪审查制度了？

二、违宪审查制度的司法化

早在近代，中国不少的仁人志士就对中国落后的局面做了艰苦的探索，发现西方的强大不在于船坚炮利，而在于走宪政之路。现行宪法也明确提出了法治原则，而法治的核心就是宪政，即依靠“法中之法”、“法上之法”的宪法来治理国家，使“静态”的宪法转化成是“动态”的宪法。而在宪法中，权利尤其是公民的权利是宪法的灵魂，合理确立权利与权力的界限并有效地以权利制约权力以实现权利，则是宪法的关键，“民主、自由、法治、人权等价值能否实现，系之有无真正的宪法，有无真正的宪政”。即如果一个国家的权力的产生和运行均严格遵循宪政的要求，每一种权力的设置和运行都有相应的制约手段，权利与权力之间就能找到平衡。反之，权力的产生和运行背离宪政的要求，不尊重其价值，那么，权

力侵犯的就不仅仅是权利，不仅仅公民法人或其他组织的经济利益，更重要的是侵犯了公众对权力的信任，破坏了权力的设立和运行的社会基础，最终引发社会冲突。因此，三名考生因为高考录取的不平等状告教育部并不让人震惊，真正让人震惊的是在公民的宪法权利受到侵犯时却无法寻求司法保护，对权力没有任何制约，而这恰恰是宪政的核心。宪政的核心在于制约权力以保障权利，否则权利不仅难以实现，甚至可能出现权力凌驾于权利之上的倒置现象。这种制约也是全方位的，不仅对权力产生进行制约，对权力具体运行过程进行制约，而且对权力运行效果进行制约。这种制约通常遵循“权利”制约“权力”的模式而进行，而这种模式客观上就要求建立刚性的违宪审查制度。但是，在某种程度上由于“国家的软弱性，无力实施自己的法律、法规”，权利得不到保障，使得对权力的这种制约形同虚设甚至无形可寻。在宪政中，国家的软弱性首先表现为宪法制度的软弱性，这其中首推缺乏刚性的违宪审查制度，即公民权利保障和救济的途径缺乏或阻塞，国家缺乏无强有力的制度包括违宪审查制度来支持宪政。违宪审查制度是否刚性是依据制度设立及运行的效果来看的，包括违宪审查机构职能的定位、程序的确定、裁决的效力等，同各国的权力运行体制、法律传统、民族的法感情、法意识等密切相关。受这些因素的制约，现代各国都在探求自己的违宪审查制度，形成了各具特色的模式，如欧洲盛行的“凯尔森”模式。但是，不管何种模式，有一现象值得注意，那就是违宪审查程序的司法化趋向，这种趋向甚至成为刚性违宪审查制度的象征。追其原因，从立法者的角度看，这也许是基于控制权力又保障权力高效运行

的理性化的宪法制度的选择；从公民的角度讲，这更多的应当归功于法意识尤其是宪法意识高涨和对司法救济手段的钟情。三名考生状告教育部的事件本身及其所引起的强烈的社会震动就是一个充分的证明，它表明了公民渴望用司法救济手段对公权力运行及效果进行制约，以真正维护自己的宪法权利。因此实行违宪审查制度的司法化，建立违宪审查可以说是大势所趋。

三、违宪审查司法化的模式

(一)违宪审查的机构

由于宪法的根本大法地位，与一国的经济发达的水准、权力运行机制、民族的法律文化等密切相关，这就要求进行违宪审查的机关即违宪审查的机构应当具有相当的权威性，对宪法立法本身的含义、背景、精神、价值以及与社会发展的趋势与吻合性有透彻的理解。因此进行违宪审查的机构应当是专门建立的机构，为不与现行的审判体制发生冲突，这个机构可以不作为审判组织的序列。这种设立是基于以下考虑：

- 1、普通法院法官的非专业化是其不能行使违宪司法审查司法功能的最大障碍。此处的普通法院是相对于宪法法院(或别的名称的特定违宪审查机构而言)。有资料显示，我国目前的法院系统的30余万名法官中，绝大部分是79年以后进入法院系统的，这其中除一部分是政法院校的毕业生外，其余是军队的复员转业人员或从社会上公开招聘的人员。在这30余万名法官中，法学本科毕业和法学研究生毕业的比例极低，更别说宪法专业了。可见，普通法院法官的非专业化是一个非常普遍的现象。虽然近些年普通法院如最高法院大量从法律专业的研究人员中公开招聘法官，但整个法院系统中具有相当专业水平的法官毕竟是极少数的一部分，目前尚不能从根本上改变普通法院系统法官非专业化现象。因此，让非专

业化的普通法院法官在充分理解作为国家根本大法的宪法的含义和精神，对法律、法规和规章进行违宪司法审查无疑是不现实的。2、普通法院的法官在心理和技术上不能胜任违宪审查的准政治功能。实施违宪审查中的司法审查与运用法律适用法律的司法功能有很大的不同。现代的宪法，即便是仅仅调整特定现存社会关系的宪法，也是将社会关系中的权利和义务做原则性的规定，与其他法律所调整的社会关系的客体相比较而言，不明细，不具体，具有广泛性和宏观性的特点，由此导致在宪法原则的理解、立法原意的阐述和宪法的解释(包括扩张解释和限制解释)存在着相当的难度。此外，为使宪法的立法不滞后于社会关系的发展，宪法通常具有前瞻性，我国宪法也不例外，其中包含这大量的有待于未来实施的纲领性规定。因此，可以说违宪司法审查通常比适用法律、运用法律、解释法律需要更高明的斟酌权衡，违宪审查在某种意义上是一种立法。而我国普通法院的法官在心理和技术上不胜任违宪的司法审查功能。违宪审查的重点之一是对现行法律法规(包括类似于教育部的这种行政行为)的合宪性进行审查。而我国普通法院的法官首先在心理上普遍地认为现行法律、法规是合法的，甚至只要形成了规范性文件(包括所谓的红头文件)都是合法的，即便能认同现行法律法规的不足，也仅仅停留于法与法的相互衔接和相互配合以及法在具体操作中的缺陷等方面，对其合宪性与否在心理上不能认同。其次，普通法院的法官接受的职业培训的重点围绕着如何适用法律、如何将具体的法律条文与现实中的具体的人、事、具体的案件相联系，如何在具体的案件和现行的法律中寻找一个最佳连接点，而从宪法的原则、立宪的意图等方

面来运用法律等在法官的职业培训中是一个空当。因此，可以说普通法院的法官在技术上、心理上偏重于法律如何规定，如何适用，不能胜任违宪审查的价值取向的准政治、准立法功能。

3、即便是最高法院，其作为违宪审查的一个特殊机构与其职能也相冲突。最高法院作为我国法院系统的最高机构其本身的职能虽然包含了法律监督职能，但这种监督仅仅限于法院系统内部的监督即审判监督而并非宪法监督。虽然在前不久最高法院就山东一起冒名顶替上学侵犯教育权的案件做出批复，并在批复中直接引用了宪法作为认定民事责任的依据。这个批复对于素有不以宪法的直接规定作为判决依据的审判机构来说是一个震荡，对公民是一个福音，但却并不意味着最高法院由此取得违宪审查权。根据宪法的规定，最高法院仍然作为最高审判机构，可以监督民事诉讼、刑事诉讼和行政诉讼，但不包括违宪审查。

4、建立特定的违宪审查机构与现行的宪法监督体制具有相容性。现行宪法规定的违宪审查机构是全国人民代表大会及其常委会，因此设立的特定违宪审查机构如果不作为司法机构的序列，可以隶属于最高立法机关，达到与现行宪法监督体制的相容，但是程序应当司法化。

(二)、违宪审查机构的管辖范围 纵观世界各国违宪司法审查的发展进程不难看出，各国在对违宪的司法审查进行定位时，首先明确了违宪审查机构的管辖范围，否则，违宪审查及其效能的过度发展，导致类似宪法法院等违宪审查机构的法官直接或间接地介入很多案件，包括大量的普通案件，这样普通的案件也会送到宪法法院，违宪司法审查也变得平庸不堪，违宪审查机构最终变成了“最高法院”。在确立违宪审查机构的管辖范围时，各国通常将有关公

民基本权利的保护、国家机关间的冲突、法律法规的合宪性问题等作为违宪审查机构管辖的首选。如法国的宪法委员会是法国的违宪司法审查机构，其管辖范围包括：选举问题、法律和法院调查范围划分上的冲突、议会两院规则的合宪性问题、国际条约的合宪性问题、法律的合宪性问题。意大利宪法法院并不是司法序列的一部分，也不是广义上的司法组织的一部分。宪法法院在传统的国家权力分类之外，它是一种独立力量，功能在于保证宪法处处得到尊重。其管辖范围包括：不同国家和地区之间的权属冲突，对共和国总统、总理、各部长的指控；废除公民性投票的审查、法律的违宪审查。在这一系列管辖范围中，有关法律法规的合宪性审查是其中的重中之重。如在奥地利，宪法法院1982年登记或判决的案件中，约有40%事关行政法规的合宪性。我国违宪司法审查的管辖范围应包括：因选举直接引发的违宪审查、对法律的合宪性审查、对法规、规章的合宪性的审查，其中包括对抽象行政行为的审查。

(三)违宪审查机关的裁决的效力问题 如果违宪审查机构作出的裁决不具备法律效力，意味着宪法作为国家根本大法仅仅停留在形式、“纸面”上，停留在呼声中，宪法本身依然是高处不胜寒，违宪司法审查也就不具有任何实质意义。如果肯定违宪司法审查的判决具有法律效力，那么如何体现这一效力呢？是由原立法机关依照一定的程序撤消，还是直接由违宪审查机构废除？笔者认为在对待违宪审查机构作出的判决的效力这一问题上应当同我国目前的立法体制相衔接。现行立法体制中包含着上级立法机关对下级立法机关的否决权。如全国人大常务委员会可以撤消国务院不适当的决定和命令。针对下级立法机关颁布的与宪法相

悖的规范，上级立法机关可以根据违宪审查机构的判决来行使否决权。至于最高权力机关作出的违宪规范性文件，应当制定特别的程序来修改。 高考录取因地域来划分考生的等级已经不是新闻，新闻却是三名考生由此对自己宪法权利所进行的理性思考和采取的理性行为，并且这种思考和行为引起了强烈的反响。面对公众法意识尤其是宪法意识的高涨，我们的宪法制度尤其是违宪审查制度是否也应该理性？耿焰 | 青岛大学法学院 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com