

## 中国宪法司法适用的空间与路径

秦小建\*

---

**内容提要：**宪法司法适用的核心难题在于，法院在审判过程中确有必要援引宪法，但在职权上却无权适用宪法。克服这一难题需要进行思维转换。宪法的司法适用，是在有必要适用宪法解决争议的案件中，利用宪法体制内的职权协调机制将宪法规则导入审判过程，将有权机关对于宪法的解释和适用与法院审判结合起来，由此绕开法院无权适用宪法的困扰。在此思路下，通过立法监督程序和法院审判程序的衔接，经由基本法律授权而由法院进行的公民政治权利诉讼，以及在行政诉讼中将法院的合法性审查从规范性文件扩展到地方政府规章，构成中国宪法司法适用的三个可行路径。

**关键词：**宪法司法适用 宪法体制 法院 宪法司法适用的路径

---

### 一、问题的提出

在经典的法院中心主义法治观念下，司法审查被视为法治之显明要素而不可或缺。这一观念认为，如果一国宪法无法在司法过程中得到适用，那么该国宪法就被认为没有获得真正的生命。21世纪初的那场宪法司法化运动，似乎终于在一个寻觅良久的机遇巧合下，经周到安排，得偿夙愿。<sup>〔1〕</sup>然而，相关实践并无预想般实质性地推进，反而在数年后尴尬退场。于今看来，此种试图以法院一己之力支撑起宪法运转的阿基米德支点的努力，不过是一场“美丽的错位”——既是

\* 秦小建，华中科技大学法学院教授。

本文受华中科技大学文科双一流建设项目资金支持。

〔1〕 季卫东教授认为：“最高法院这次批复的宗旨实际上是要以极其温和的方式推动法制的重大变革：一方面，在人权层次上为公民享有和维护基本权利提供充分的司法救济；另一方面，在主权层次上对国家行使各种权力进行必要的司法审查。以尊重法律制定方面的‘立法权优越’为前提，逐步确立在法律解释方面的‘司法权优越’原则，从而真正落实宪法第五条所规定的民主法治精神以及第四十一条所规定的公民对任何国家机关的追诉权利。这种创举值得整个社会给予高度的评价，也有必要尽快通过改宪程序或者立法程序（例如制定监督法）使之制度化。”季卫东：《合宪性审查与司法权的强化》，载《中国社会科学》2002年第2期，第13页。

机构职权的错位，也是时空的错位，更是中国宪法转型愿景的错位。无论从何种意义上理解中国宪法的体制安排，均在结构意义上满足不了中国法院独力承担宪法使命的浪漫主义想象。

法治探索允许弯道，而弯道亦有别样风景。就其现实意义来看，除却在失望之余所促成的反思性经验共识之外，这一努力至少在制度层面上打破了纠缠于司法系统数十年之久的“司法过程不（没有必要）援引宪法”〔2〕的自我封闭倾向，验证并阐明了一个基本常识：在法治体系尚不完善的情景下，援引宪法补足法律漏洞实为必要，否则权利难获周全保护。

然而，法院援引宪法之必要性，始终要直面其无权适用宪法之职权限制。法院无权在审判过程中以宪法为裁判依据，源于《宪法》第67条第（一）项关于全国人大常委会的宪法专属解释权之排除。若任意为之，虽满足了审判过程中适用宪法的必要性，但却是以审判机关对权力机关的“权力抢滩”为代价，甚至会造成政权组织体制的整体动荡。〔3〕有观点将《宪法》第131条法院“依照法律规定独立行使审判权”（该条文在2018年《宪法》修改之前是第126条，修改后为第131条）的“法律”扩大解释为包括“宪法”在内，以求为法院适用宪法扫除体制性的职权障碍。〔4〕这一看似迂回的策略仍实质性地赋予了法院“抢滩许可”，终究难免冲击既定的宪法体制安排。因为，如果法院适用了宪法来审理案件，那么，法院就可以对任何国家机关或公民的行为是否违反宪法进行审查。〔5〕

当然，这一源于宪法的体制性路径规定，并没有完全阻绝宪法进入法院的可能——它拒绝宪法作为裁判依据的适用（宪法适用），但未禁止宪法作为说理依据的援引（宪法遵守）。〔6〕作为说理依据的宪法，实是延循合宪性解释机制实现宪法对普通法律的规范涵摄和价值导引，在功能上辅助了法律解释和个案判决的作出，但并不会导致对法律的合宪性作出具有普遍约束力的决定。〔7〕

〔2〕 最高人民法院1955年给新疆维吾尔自治区高级人民法院批复的《关于在刑事判决中不宜援引宪法作论罪科刑的依据的复函》明确“在刑事判决中，宪法不宜援用”，该批复认为宪法“并不规定如何论罪科刑的问题”，援引宪法实属不必要；1986年给江苏省高级人民法院批复的《关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件的批复》未列举《宪法》，但没有明确说明理由，从其言下之意观之，应当是延循了1955年批复的基本精神。此处被学界一直忽视的一个问题是，最高人民法院批复所禁止的是对《宪法》的援引，但并不禁止对诸如《立法法》《选举法》《民族区域自治法》等宪法性法律（广义的宪法）的援引，这一微妙差别，可能值得进行深入探究。

〔3〕 参见童之伟：《宪法司法适用研究中的几个问题》，载《法学》2001年第11期。强世功教授也敏锐地指出：“宪法司法化表面上是一套关于司法判断的法理学说，而实际上是一种涉及国家权力结构的政治学说。因为人们都清楚，由于中国法律的金字塔等级体系，只要宪法进入司法判断领域，就意味着法官可以根据宪法来否定其他法律在司法判决中的效力。”强世功：《宪法司法化的悖论》，载《中国社会科学》2003年第2期，第21页。

〔4〕 参见黄卉：《合宪性解释及其理论检讨》，载《中国法学》2014年第3期。韩大元教授认为该条中的“法律”应做广义理解，基于三点理由：一是宪法是法律的渊源；二是宪法是一个完整的价值体系，始终拘束适用者；三是审判权的首要来源是宪法。参见韩大元：《以〈宪法〉第126条为基础寻求宪法适用的共识》，载《法学》2009年第3期。有学者从法解释学的角度对此提出质疑，认为《宪法》第126条既不能用以作为支持宪法司法适用的依据，也不能用以作为反对宪法司法适用的依据。参见陈坤：《宪法能否司法适用无宪法文本依据——对我国〈宪法〉第126条及其他相关条文的误读及其澄清》，载《政治与法律》2017年第7期。

〔5〕 参见刘松山：《人民法院的审判依据为什么不能是宪法》，载《法学》2009年第2期。

〔6〕 童之伟教授区分了“适用宪法”和“遵守宪法”两种情形。参见童之伟：《宪法适用应依循宪法本身规定的路径》，载《中国法学》2008年第6期。

〔7〕 参见张翔：《两种宪法案件：从合宪性解释看宪法对司法的可能影响》，载《中国法学》2008年第3期；黄明涛：《两种“宪法解释”的概念分野与合宪性解释的可能性》，载《中国法学》2014年第6期。王锴教授进一步指出，合宪性解释与基于宪法的解释存在混淆，合宪性解释包括法律解释和法律解释的合宪性审查两部分，但合宪性解释并非独立的法律解释方法，只是法律解释结果的一种选择标准或优先规则，并且，合宪性解释发生在违宪审查过程中，所以普通法院在合宪性解释上发挥的作用非常有限——只能作法律解释，而该解释的合宪性则交给宪法法院去判断。应将此理解为“基于宪法的解释”。参见王锴：《合宪性解释之反思》，载《法学家》2015年第1期。

但这一退而求其次的理解，无论是正向的规导抑或反向的制裁，均无法在制度层面上要求法官依据宪法对所适用的法律进行解释；即使法官愿意遵守宪法，其作用也是有限的，因为，法官不享有法律是否合宪的判断权，更无权对违宪法律作出处理。有效力的处理最终还是要回归到宪法规定的体制路径中来。<sup>〔8〕</sup>

就此而言，宪法作为裁判依据在审判过程中的适用，是讨论宪法司法适用不能回避的问题。有观点认为，宪法的司法适用并不完全等同于法院在审判时直接把宪法作为裁判依据。判断宪法的司法适用，最实质的标准在于宪法是否在法院审理案件的过程中发挥了作用，是否对案件结果产生了影响，法官在审理案件的过程中是否运用宪法的理念、精神和规则去认定事实、适用法律，从而解决纠纷。<sup>〔9〕</sup>这一观点有一定道理，但关键在于可能会虚化或无限强化宪法的作用，因为是否产生实质影响，是一个很难判断和把握的问题。如此就未必有助于考察宪法在司法适用中的真实状况。并且，这一观点与合宪性解释的路径是一致的，同样显得宽泛，且无从获得制度化的确认。这一问题如若把握不准，便会出现诸多将普通诉讼案件渲染为所谓“宪法第一案”的“噱头”。因此，既然在谈宪法的司法适用，就应该像讨论法律的司法适用一样，强调宪法被作为裁判依据才能被视为符合司法适用这一内涵。

厘清了宪法司法适用的内涵后，还有一个认识误区需要澄清。这一误解是，既然法院无权适用宪法，那么宪法的司法适用就失去了空间。这一误解是逻辑错误所致。法院确实无权适用宪法，但并不等同于宪法就无法在审判过程中适用。基于宪法体制下国家机关之间的宪法关联，当法院由于其职权限制无法从事某种行为时，可通过与其他国家机关的配合或衔接，由其他国家机关完成该行为，从而与法院形成体制层面的协作。因此，对这一问题的讨论，应当是宪法如何在法院审判过程中作为裁判依据被适用，而不是局限于某一主体的职权范围。在这个意义上，宪法的司法适用，是一个需要在宪法体制层面上讨论的问题。

综上，法院在审判过程中确有必要援引宪法，但在职权上却无权适用宪法。这构成一种两难。这是当下宪法司法适用的核心难题。笼统抽象的分析无济于事，应从规范主义的层面进行理解，进而转换宪法司法适用的思考模式，力图在宪法体制内寻找和拓展宪法司法适用的空间与路径。

## 二、宪法规则在审判中适用的两种必要性

法院的职权在于通过查明事实、适用法律对争议进行裁判。如上所述，法院所适用的法律，是指包括全国人大及其常委会的立法（狭义法律）、行政法规、地方性法规在内的法律体系，但不包括作为该法律体系立法依据和效力基础的宪法。我国社会主义法律体系已经初步建成，一般而言，成熟完善的法律体系既能保持体系内部的自治性，又能对社会生活形成整体性的关照，系统调整社会生活的整个领域，涵括社会经济、政治、文化等各方面的争议。<sup>〔10〕</sup>在这一背景下，

〔8〕 参见前引〔7〕，王锴文。

〔9〕 参见胡锦涛主编：《宪法学关键问题》，中国人民大学出版社2014年版，第69页。

〔10〕 参见刘茂林、王从峰：《论中国特色社会主义法律体系形成的标准》，载《法商研究》2010年第6期。

法院适用法律基本上能够关照到绝大多数的纠纷。加之法律解释技术也有较大发展,争议基本可在法律层面解决,无须诉诸宪法。所以,目前判决中如果有援引宪法的,基本上是以宪法为说理依据的。那种将宪法作为裁判依据的判决,到目前仍然是较为罕见的。<sup>[11]</sup>

不过,应当注意,由于法律与社会发展之间必然存在一定程度的脱节(这一状况在转型期尤其明显),加之受到立法理念、技术与过程等方面的客观制约,法律体系仍存有诸多较为突出的问题。当法律本身遭遇问题时,裁判争议就失去了可靠的依据,诸多争议就难在法律层面上予以解决。在法律层面上无法解决的法律争议,主要由以下三种法律体系本身的问题产生:(1)法律漏洞,法官无法获得确定的裁判依据;(2)法律间冲突,法院无权选择适用何种法律;(3)法律违宪,适用该法律解决争议会造成严重的“恶”。面对此三种情形,如果不诉诸宪法解决法律本身的问题,那么争议也将无从解决。此时,必须有一种常态化的解决法律依据问题的机制。基于宪法与法律间的关系,当法律依据本身出现问题致使无法解决纠纷,适用宪法解决法律依据的问题,在逻辑上就成为可能。

值得强调的是,适用宪法解决法律依据问题之必要性,提示了“宪法规则”与“《宪法》条文”的重要区分。既有的关于宪法司法适用的观点,基本以“《宪法》条文”作为思考对象,有观点从“《宪法》条文”的纲领性、政治性等论证宪法不具有被司法适用的特质。实际上,宪法的司法适用,并不是指将宪法直接适用于法律争议本身,而是首先适用宪法中的立法规则来解决争议的法律依据问题。宪法中的立法规则,主要指《宪法》中关于立法权限的规定,但不限于《宪法》文本,还包括作为宪法性法律存在的《立法法》中的相关规定。在此基础上,运用宪法的规范、原则和精神,来化解法律冲突、弥补法律漏洞、消除法律违宪。

此外,从宪法与法律的关系来看,宪法调整基本社会关系,法律则是对宪法的具体化,但宪法仍保留专属调整领域,法律对此无法涉及。该领域主要围绕政治审议过程展开,依托于公民政治权利的行使,调整国家权力的构成、配置与运行,塑造政体框架。其中涉及公民政治权利的保护和救济,属于纯粹的宪法争议。按照“有权利便有救济”的法理,公民可以政治权利受到侵犯为由向法院提出诉讼,法院无权拒绝。但在目前的宪法体制下,法院却无法通过适用普通法律来对此类案件进行裁判。面对此种类型的诉讼,显然存在宪法适用的另一种必要性。当然此时所适用的宪法规则,也不限于《宪法》条文,更多涉及《选举法》《国家赔偿法》等宪法性法律。但与上述适用宪法立法规则解决法律依据问题不同,此种适用属宪法规则的直接适用。

### 三、走出法院无权适用宪法的思维误区

法院无权在审判过程中适用宪法,是由宪法设定的职权配置模式所决定的。很显然,刻意强调法院适用宪法的必要性,并不足以对抗宪法体制下国家机构职权分工的整体安定。以宪法权威

---

[11] 从既有的法院援引宪法的实践来看,法院大多在民事判决中援用宪法,在个别刑事判决和行政判决中亦有援用宪法的可能。法院援用的宪法规范集中在《宪法》第一章个别条款和第二章绝大多数条款。法院援用宪法的直接目的是论证、增强判决结果的正当性。在现有体制下,法院不可能通过援引宪法来弥补法律漏洞,也无法通过援用宪法实现对公民权利的救济。参见邢斌文:《法院如何援用宪法——以齐案批复废止后的司法实践为中心》,载《中国法律评论》2015年第3期。

和宪法稳定为代价，明显不符合比例原则，且潜含巨大风险。然而，在面对法院适用宪法之必要性时，这一理由显得极为生硬。虽有理有据，但难以令人信服，至少不是一种进取的姿态。并且，以法院无权适用宪法为由，而拒斥宪法的司法适用，可能存在适用范围的误解和概念上的混淆，进而阻滞制度空间的挖掘和路径探索。

在适用范围上，上文已述及，宪法司法适用的范围不局限于《宪法》文本，还包括同样承载宪法规则的宪法性法律。宪法性法律与普通法律相似，基本由规范宪法主体行为的权利义务性规范组成，因而其司法适用性相对较强，并不存在因宪法的纲领性或原则性而不能适用的理由。事实上，在制度的实际运行层面，业已进入审判过程的选举资格诉讼和国家赔偿诉讼，无疑便是法院直接适用宪法规则（《选举法》和《国家赔偿法》）解决争议的典型例证。当然，此种例证仅限于范围极其狭窄的纯粹宪法争议，凭此远不足以推翻法院无权适用宪法的一般规定。但这一经验例证却可有力表明，承载宪法规则的宪法性法律，通过特定路径和机制适用于有关政治权利救济的诉讼中，已构成我国宪法司法适用的模式之一。当然，这一模式还未全面铺展至所有的政治权利救济，但在宪法体制内部却有足够的空间容纳此类诉讼。

另一方面，在概念理解上，法院无权适用宪法，实际陷入一种定向思维，极易走入制度的“死胡同”。它停留于法院的单维视角，对过往的宪法司法化运动批评有余，创见不足。它由于没有关照到整体宪法体制设计及各个国家机关间的职权配合及其协调关系，就很难意识到，当法院无权适用宪法而使争讼搁置时，来自于宪法体制内其他国家机构的职权协调或配合，将会帮助法院从“死胡同”中开辟一条新的出口。关于这一职权协调或配合，较为常见的是刑事诉讼中公检法的“分工负责、互相配合、互相制约”关系。法院围绕“适用法律”与有权机关形成法律理解、法律解释和法律监督等职权关系，也是宪法体制视角下不同国家机关互相配合的体现。

在整体宪法体制的意义上，宪法的司法适用，不是法院单向度对宪法的适用，而是宪法规则在法院裁判争议过程中的适用。因此，所谓宪法的司法适用，是指围绕裁判争议的现实需要，在有必要适用宪法解决争讼的案件中，利用宪法体制内的职权协调机制将宪法规则导入审判过程，将有权机关对于宪法的解释和适用与法院审判结合起来，由此绕开法院无权适用宪法的“马其诺防线”，这既符合宪制结构，也回应了宪法司法适用的必要性。

从以法院为主体的适用宪法，到宪法规则在法院审判过程中的适用，这一思维转换的益处在于：第一，严守宪法界限，从整体宪法体制的视角，依托宪法体制内部的职权协调机制，化解法院“无权”与“必要性”的紧张关系。第二，恪守宪法与法律的分野，跳出《宪法》文本的教条，主张一般性的宪法规则在司法中的适用，据此明确宪法适用于争议裁判的两个面向：一是适用宪法立法规则解决争讼的法律依据问题，二是适用宪法政治权利规则解决政治权利诉讼争讼。第三，避免空洞而有害的制度移植，不带有法院中心主义和扩大法院职权的幻想，从争讼解决的实际需要出发，以“戴着镣铐跳舞”的态度，挖掘和拓展现行宪法体制回应现实需要的制度生命力。

## 四、宪法司法适用的三种路径

### (一) 程序转接

以齐玉苓案、河南种子案为代表的一些热点案例充分表明,在一般案件中,法院对于法律的适用,会因法律本身的漏洞、法律间的冲突乃至法律的违宪等法律依据问题,而影响争议的正常解决。号称“宪法司法化”第一案的齐玉苓案,通过下级法院请示制度,由最高人民法院作出批复,该批复适用了宪法上的受教育权条款,虽补足了民法在该领域的漏洞,但属明显的越权行为;河南种子案是由主审法官直接判决《河南省种子条例》与作为上位法的《种子法》相抵触而无效,其中法理虽十分清楚,但亦属于法官越权。妥当的做法是,依托《立法法》规定的立法监督制度,将法律依据争议通过法定程序转接到立法监督机关。

针对适用法律的合宪性问题,即法律漏洞、法律间冲突(平行或纵向的冲突)、法律违宪三种情形,《立法法》规定的立法监督制度分别作出对应处理:

第一,针对法律漏洞,可通过《立法法》第45条和第46条的法律解释制度,由包括最高人民法院在内的部分国家机关,就法律制定后出现新的情况需要明确适用法律依据的,向全国人大常委会提出法律解释要求。应当注意,这一法律解释提请机制,主要针对全国人大及其常委会制定的法律。至于行政法规和地方性法规的相关解释制度,《立法法》并未涉及。但对于法院所适用的法律依据而言,存在诸位阶立法适用先后顺序的潜在判断,也即:当法律(狭义)无据可循时,便追索行政法规和地方性法规,如在行政法规和地方性法规中发现相关依据,便可援引适用;而行政法规和地方性法规同样无据可循,便追索政府规章和其他规范性文件(仅限于行政诉讼),在确认政府规章和其他规范性文件合法性的前提下,可作为参照,也可不适用,最终确认存在法律漏洞。这一判断立足于法官对宪法的“遵守”,也即,确认法律漏洞的存在,实际就是合宪性解释机制在法院审理过程中运用的结论。

第二,针对法律间冲突,可通过《立法法》第97条的法律撤销制度和第99条的提请审查制度,就行政法规、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,由包括最高人民法院在内的部分国家机构,向全国人大常委会提出书面审查要求,由普通公民或包括各级法院在内的其他国家机构,向全国人大常委会提出书面审查建议。值得注意的是,全国人大常委会制定的法律如与宪法相抵触,仅能通过第97条由全国人大改变或者撤销,并不在提请审查之列。另一问题是,关于第97条撤销制度的启动,除第二款全国人大常委会的撤销权行使适用第99条的启动程序外,《立法法》未做规定,其与法院审理过程中的法律依据问题处理的衔接程序还不够清楚,有待立法明确,以便进一步疏通法院与立法监督机关的沟通渠道。此外,针对法律间的平行冲突,《立法法》也没有作出规定,实践中一般由制定机关自行纠正,但就法院的审理需要而言,也需立法明确。

第三,针对法律违宪,可沿用上述《立法法》关于法律间冲突的解决机制,但法律违宪侧重于实质判断,因而应当更为谨慎,此时应统一按照《立法法》第99条交由全国人大常委会进行

合宪性审查。<sup>[12]</sup>同时，除非有明确违宪的情形，法院对此应保持谦抑态度，这是我国宪法体制下法院职权定位的要求。

就法院而言，当法院在审理过程中遇到上述三类法律依据问题时，应当中止诉讼，然后通过上述机制进行提交，提交的路径有三种：第一，通过案件逐级请示制度提交给最高人民法院，由最高人民法院依据《立法法》第99条第1款向全国人大常委会提交审查要求；也可依据《立法法》第99条第2款由本级法院向全国人大常委会提交审查建议。<sup>[13]</sup>

第二，由法院提交给同级人大常委会，通过人大系统内部传递机制逐步提交到所在省级人大常委会，再由该省级人大常委会依据《立法法》第99条第1款向全国人大常委会提交审查要求。相比较而言，经由人大系统的逐级提交更符合宪法的运行机理，因为我国宪法体制本身就是由上下级人大的关系串联起来的，并且，如果由法院内部的案件请示制度来提交，有可能会模糊法院上下级之间监督与被监督的关系，消解上诉制度的功能。此外，在处理地方性法规的合宪性问题时，如果经由人大系统提交，则可以在省级人大常委会对地方性法规的合宪性进行自我审查，就有可能不用再提交到全国人大常委会，由此缩短周期并降低成本。

第三，诉讼当事人可以依据《立法法》第99条第2款，向全国人大常委会或者有权机关提出规范性法律文件违宪审查的建议。但这一路径存在较大的不确定性，因为全国人大常委会并不一定采纳建议，进而有可能耽误诉讼进程。

综上，所谓程序转接，可总体表述为如下过程：起诉—审理—法院通过合宪性解释机制发现法律依据问题，中止诉讼—通过宪法渠道移交有权处理该宪法问题的机构（三种渠道）—法院恢复诉讼，按照该机构的处理决定进行裁判。

值得特别说明的是，被评为2014年中国十大宪法事例之一的“全国人大常委会解释公民姓名权”，源起于地方法院在审理姓名权纠纷中法律依据不明确的情形（北雁云依案），法院通过内部请示制度提交到最高人民法院，最高人民法院依据《立法法》第46条提请全国人大常委会进行法律解释。该路径正是程序转接的体现之一，可谓在宪法司法化运动之后一种新型尝试，同时也是符合宪法体制的尝试，值得肯定。

## （二）基本法律授权

政治权利及其对应的政体构成、配置与运行，构成宪法的专属调整领域。存在于该领域的政权权利诉讼，属于纯粹的宪法诉讼。一般而言，诸如代议机构选举、议员履职等问题主要通过政治渠道解决，但其中不可避免地会涉及政治权利保障的司法救济问题，这在我国也不例外。在我国诉讼体制中，存在两种较为特殊的诉讼类型，即选举资格诉讼和国家赔偿诉讼。从诉讼类型分类来看，《民事诉讼法》将选举资格争议视为特别程序，《国家赔偿法》对国家赔偿诉讼的定性也

[12] 合宪性审查的具体职责由宪法和法律委员会进行，关于其职责展开的具体论述，请参见于文豪：《宪法和法律委员会合宪性审查职责的展开》，载《中国法学》2018年第6期。

[13] 林来梵教授认为，在现下应通过弦歌不辍的宪法实践推动宪法转型，可以充分发掘和穷尽现行宪法体制内的一切制度性资源，从其内部尽力开拓出推动宪法有效实施的可行之路。他提出，激活《立法法》有关立法审查请求权机制，疏通法院与全国人大常委会之间的制度通道，逐步形成一种可称为“合宪性审查优先移送”的机制。参见林来梵：《转型期宪法的实施形态》，载《比较法研究》2014年第4期。另可参见叶海波：《最高人民法院“启动”违宪审查的宪法空间》，载《江苏行政学院学报》2015年第2期。

不明确。就其性质而言，此类诉讼既无法归入民事诉讼，也与刑事诉讼或行政诉讼无关，当属典型的宪法诉讼。法院在裁判此类争议时，直接适用《选举法》关于选举资格的规定和《国家赔偿法》作为裁判依据。就其形式而言，法院突破了不得适用宪法规则的“无权”限制。

为何这一违宪的做法，可以得到现行宪法体制的容忍与认可？探究其原因，可发现，法院乃是通过获得基本法律的授权而直接适用宪法规则。依据《立法法》第8条和第9条规定，司法制度属绝对性的立法保留，只能以全国人大及其常委会以法律形式进行规定。这一授权可算体制弹性的彰显。对于政治权利的救济，通过法院将其法律化处理，可有效祛除政治性，从而避免诸多不相干因素的干扰，获得基本的政治共识，也可更为有效地消解政治异议。但我国并无专门受理宪法争议的宪法法院，因而以此种授权的方式赋予法院一定范围内的政治权利诉讼处理权力，既满足了现实的需求，也因其严格的范围限制和程序规范，不致冲击现行宪法体制。

此类涉及政治权利的争议形成比较罕见的保护性宪法关系，大体包括以下几种类型：（1）因人大代表违法而遭罢免的宪法关系；（2）以选举权为典型的政治权利受到侵犯而产生的宪法关系；（3）因国家机关的违法管理行为造成公民和组织财产损失而产生的国家赔偿的宪法关系。<sup>〔14〕</sup>就目前而言，在第一类保护性宪法关系中，由于人大代表履职制度较为笼统，法院所适用的法律尚无法对代表履职作明确的规定，因此其进入宪法诉讼程序的时机并不成熟。第三类已经通过《国家赔偿法》的授权顺利进入诉讼程序。

第二类保护性宪法关系值得特别说明。由于与部分政治权利相对应的《选举法》《集会游行示威法》业已制定，相关权利保护的法律依据业已明确，其进入诉讼程序的形式条件已经具备。以选举权为例，目前还停留于选举资格争议，但多年前发生的民族饭店选举权案业已表明，目前的仅在选举日发生选举资格纠纷的诉讼程序，无法全面保障选举权，全面的选举权诉讼程序设计已十分必要。此时可以通过基本法律的授权授予法院解决这些问题、处理宪法有关的公民权利受到侵害的诉讼的职权，这就是中国宪法诉讼空间之所在。

### （三）空间拓展

2014年《行政诉讼法》修改，设置了对规范性文件的附带审查制度。在行政诉讼中，法院可应原告的请求，对行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件的合法性进行附带性审查；如果经审查认为其不合法的，不作为认定行政行为合法的依据，并向制定机关提出处理建议。<sup>〔15〕</sup>这一附带性审查模式，体现出强烈的法院监督行政的色彩。这一监督，本身符合宪法体制下法院与行政机关的横向关系配置，且在实践层面上极为符合当下监督行政的要求。

但这一制度仅针对规范性文件，尚未扩展至对规章进行审查。在行政诉讼中，法院对规章的态度，还是“参照适用”。所谓“参照适用”，暗含了法院对规章的审查。也即，当法院认为规章不合法时，有权选择不予适用。但法院不能对该存在合法性嫌疑的规章宣布为不合法。一般认

〔14〕 参见刘茂林：《中国宪法导论》，北京大学出版社2009年版，第57页。

〔15〕 参见《行政诉讼法》第53条、第64条。



为，行政诉讼中法院对规章的这一态度，也是法院对行政机关进行合法性审查的一种做法。<sup>〔16〕</sup>

那么，附带性审查能否将范围扩展至规章？《行政诉讼法》既然迈出了对规范性文件的合法性审查这一步，是否还可以更为积极？传统上，行政通过对议会立法的执行和遵守而获得合法性，但在行政主导背景下，行政机关获得立法权，往往会隔断与议会的正当性联系，从而陷入一种自我立法赋予合法性的境地。<sup>〔17〕</sup>在这一背景下，对行政立法合法性的外部审查，乃是控制行政行为合法性的重要举措。在我国宪法体制下，法院以附带性审查的方式对行政机关创设的规则进行审查，实际上正是顺应此种需求的应当之举。<sup>〔18〕</sup>规章是行政机关创设规则的一种重要方式。虽然在《立法法》中受到立法权限、立法程序和立法监督机制的全面规范，但将其纳入法院监督的范围，使之与行政相对人权益的司法保护形成直接联动，将会对规章形成强大的外部倒逼效应。并且，相对于人大的抽象审查，依附于行政行为合法性审查的法院附带性审查更具有现实关切感，且会围绕争议焦点展开更富操作性的合法性审查。

在宪法体制中，这一扩展不仅并不遭遇来自既有职权安排的障碍，而且符合宪法体制下法院监督行政关系的深化要求。这可以从法院与制定主体的宪法关系这一角度来进行论证。法院不能审查法律和地方性法规。其原因在于，法院由人大产生，对人大负责，向人大报告工作。因此，法院当然不能颠倒这一基本关系，反过来对人大立法进行审查。至于行政法规，按照国家机构的横向职权配置规则，地方法院当然无权审查。但是，地方政府规章由地方政府制定，法院对规章进行附带性审查，符合宪法体制下法院对行政机关的监督要求。并且，以审判需要为导向，法院对规章提出合法性建议，而不作实质处理，也符合宪法体制的横向职权配置模式。

《立法法》修改后，设区的市的人民政府拥有一定范围的规章制定权，在城市化和城市管理转型的背景下，城乡建设和管理等立法事项，广泛涉及征地拆迁、交通规划等与公民切身利益相关的方面。实践中此类争议相对较多，进入诉讼的可能性极大，将规章纳入法院附带性审查范围，既可积极回应民意诉求，也可进一步促进制定规章的规范化。

由于规章是规范性法律文件之一，法院对规章的附带性审查，可在一定程度上作为宪法司法适用的路径，这一路径是宪法体制中法院与行政机关职权配置关系的空间拓展，也符合《立法法》修改背景下所产生的实践需求。

## 五、结 语

在当代中国，宪法的司法适用不是宪法实施的主要途径，但这并不意味着宪法在中国就没有司法适用的空间。由宪法司法化运动推动的对中国宪法适用体制的反思，也不意味着宪法无法在既有的宪法体制安排下获得司法适用。法院无权适用宪法，并不等于宪法就无法在法院审判过程

〔16〕 参见焦洪昌：《论我国宪法司法适用的空间》，载《政法论坛》2003年第2期。

〔17〕 参见王锡锌：《行政正当性需求的回归》，载《清华法学》2009年第2期。

〔18〕 十八届四中全会提出的检察机关对违法行政行为的检察建议制度，实际也是在我国宪法体制下落实检察院法律监督职责的一种制度化体现。

中获得适用。在宪法体制下，通过国家机构的职权协调，将宪法规则导入审判过程，既可满足法院审判适用宪法的需求，也绕开了法院无权适用宪法的职权限制。这样一种宪法体制的整体视角，恰恰说明了宪法的实施和适用从来不是某一个国家机关的专属使命。只有立足于整体宪法体制的视角，经由体制下的国家机关组织体制来促进宪法规则的实施，才是宪法保持生命力的根本所在。当下所推进的合宪性审查亦是如此，如果仅仅仰赖某一机关而不从整体宪法体制的视角推进，势必无法达到预期效果。

---

**Abstract:** The core problem of the constitutional judicial application lies in that the court does need to invoke the constitution during the trial, but it has no right to apply the constitution in terms of the scope of functions and powers. To overcome this problem, we should change our thought. The judicial application of the constitution, in the case where it is necessary to apply the constitution to solve disputes, uses the coordination mechanism of functions and powers within the constitutional system to introduce the constitutional rules into the trial process, combines the interpretation and application of the constitution by authority with the trial by the court, and thus avoids the trouble that the court has no right to apply the constitution. In this way, three feasible approaches to the judicial application of China's constitution are constituted by the connection between the legislative supervision procedure and the court trial procedure, the civil and politic rights litigation conducted by the court through the authorization of basic laws, and the extension of the legitimacy review of the court from normative documents to local government rules in administrative litigation.

**Key Words:** constitutional judicial application, constitutional system, the court, the path of the application of constitutional justice

---

(责任编辑:赵真 赵建蕊)