

先合法性后合宪性审查之理论误区

郑贤君*

内容提要：作为“穷尽法律救济途径”的变体，“先合法性后合宪性审查”是司法中心主义宪法实施思维之余韵，虽然蕴含着极为重要的法律命题，但不适用于我国最高国家权力机关宪法监督之备案审查。“法秩序统一”而非主观权利宪法监督模式决定合法性与合宪性审查没有先后之别，抽象审查决定这一顺位缺乏宪法基础，最高国家权力机关监督体制意味其没有宪法空间，法律适用原则决定“没有上位法”亦为伪问题。法治要求“法”突破法律实证主义桎梏，维护党中央权威和国家法治统一；民主集中制要求备案审查“不得回避法律判断”。是故，作为一个假言命题，这一审查原则因前提条件不存在而不能成立。

关键词：合法性 合宪性 穷尽法律救济 法律实证主义 不得回避法律判断

关于合法性审查与合宪性审查的关系，学界有“吸纳说”“独立说”和“先后说”。“先合法性后合宪性审查”属于“先后说”，本文称之为“先法后宪”。^{〔1〕}这是一个引起广泛讨论的学术命题，^{〔2〕}特别

* 郑贤君，首都师范大学政法学院教授。

本文为国家社会科学基金重点项目“合宪性审查标准的中国化与体系化”（19AFX005）的阶段性成果。

〔1〕 国外有学者提出过“先法原则”，又称为“法的优先原则”或“上位法原则”。与之相对应的是“后法原则”，又称为“法的先后原则”或“后法优于前法”。作为规范冲突的解决原则，“先法原则”是欧共体法律适用的原则，指当下位法与法律发生冲突时，优先适用法律。其基本内涵与我国的“上位法优于下位法”基本一致。本文所指的“先法后宪”不同于“先法原则”，虽然也用来解决规范冲突，但主要是作为判断法规合法与合宪的原则。参见〔瑞典〕宾德瑞特：《为何是基础规范——凯尔森学说的内涵》，李佳译，知识产权出版社2016年版，第212页。

〔2〕 有学者认为：“以合宪性审查吸纳合法性审查，按照阶层审查程序，即先形式合宪性审查再合法性审查，对于可能包含相对典型或重大宪法性问题的，再进行实质合宪性审查。”邵文佳：《合宪性审查与合法性审查的正本清源：建构阶层性审查程序——从哈特的第一性规则与第二性规则说起》，载《新疆社科论坛》2020年第4期，第80页。有学者认为：“合法性审查所要解决的问题不可能覆盖维护宪法权威所涉及的所有问题阈，故必须要建立独立的合宪性审查制度来保障宪法的实施，维护宪法的根本法权威。”莫纪宏：《合宪性审查与合法性审查“制度分工”的几个尺度探询》，载《备案审查研究》2021年第1辑，第15页。一些学者认为，合法性审查是合宪性审查的基础。参见段梦乔、程迈：《论合法性审查对合宪性审查的基础作用》，载《法治现代化研究》2019年第5期。

体现在全国人大常委会宪法监督（备案审查）关于二者关系问题上。^{〔3〕}该命题备受重视，也是全国人大常委会法工委备案审查室关注的重点问题。^{〔4〕}其内容是指，在对规范性文件的审查中，应先进行合法性审查，只有当依据合法性审查无法得出结论之时，才进行合宪性审查。^{〔5〕}法工委备案审查室认为：“在对规范性文件进行审查时，应首先进行合法性审查，即审查规范性文件是否与宪法以外的其他法律、行政法规等上位规范相抵触。如果通过适用其他法律、行政法规等上位法，可以得出规范性文件与上位法相抵触或者不抵触的结论，则无需直接适用宪法对规范性文件进行审查。只有在没有上位法或者适用上位法的规定无法得出审查结论时，才需要直接以宪法为依据对规范性文件进行审查。”^{〔6〕}这一命题蕴含着三个子命题：一是穷尽法律救济途径，二是没有法律时找宪法，三是回避宪法判断。这三个命题都不足以支撑“先法后宪”这一主张：一是浸染着司法中心主义宪法监督体制的遗墨，二是不符合法律适用原则，三是混淆了权力分立和民主集中制的差异。本文尝试展其堂奥，以供深入探讨。

一、范畴转换：穷尽法律救济途径的变体

“穷尽法律救济途径”是德国宪法诉愿适用的裁判原则，具有“辅助性”（subsidy，德语为subsidearität），是指普通公民因公权力侵害宪法基本权利诉诸联邦宪法法院时，必须先求助于普通法律，只有在普通法律无法提供救济的情形下，才能提起宪法诉愿，其规范依据是《德国联邦宪法法院法》第90条。该条规定：“任何人得主张，其基本权利或在基本法第二十条第四项、第三十三条、第三十八条、第一百零一条、第一百零三条及第一百零四条所规定之权利，遭受公权力侵害，而向联邦宪法法院提起宪法诉愿。”该条还规定了“穷尽法律救济途径”的例外：“对于上述侵害如有其他法律救济途径时，仅于其他法律救济利用之途已穷时，始得提起宪法诉愿。在未用尽其他法律救济途径前提起宪法诉愿，如具有普遍重要性，或因诉愿人如先遵循其他法律救济途径，将遭受重大或无法避免之损害时，联邦宪法法院亦得立即加以裁判。”

“穷尽法律救济途径”是司法模式下的宪法监督原则，目的在于为基本权利受到损害的当事人提供救济。这既是具体审查的特征，也是主观权利宪法监督模式的体现，其所贯彻的是“确保专门法院基本权利救济优先”^{〔7〕}。依据权力分工，补救当事人受到的基本权利损失是专门法院的职责，只有当法律无法提供救济之时，当事人才可通过控告法律是否合宪获得最终救济。为此，该原则贯彻辅助性。辅助即补充，“辅助原则确保联邦宪法法院在这些情形中，基于专门法院对

〔3〕 全国人大常委会法工委“备案审查工作情况的报告”多次指出，全国人大常委会备案审查履行的是宪法赋予的宪法监督职责，与地方人大常委会备案审查性质不同。全国人大常委会备案审查的性质是宪法监督，但地方人大及其常委会备案审查不属于宪法监督，而是立法监督。

〔4〕 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室：《规范性文件备案审查：理论与实务》，中国民主法制出版社2020年版，第112页。

〔5〕 参见王锴：《合宪性、合法性与适当性审查的区别与联系》，载《中国法学》2019年第1期。

〔6〕 全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室：《规范性文件备案审查：理论与实务》，中国民主法制出版社2020年版，第112页。

〔7〕 〔德〕福尔克·埃平、塞巴斯蒂安·伦茨、菲利普·莱德克：《基本权利》（第8版），张冬阳译，北京大学出版社2023年版，第91页。

诉愿要点的现行审查获得进一步审查的事实材料，也能知晓专门法院的事实和法律观点”〔8〕。“只有在必要的情况下，诉至宪法法院才是具有适法性的。”〔9〕恰如评论家认为的那样：“宪法法院的裁判必须被如此定位——事实上也是如此——基本权利的保护是通过所有的法院而得到保障的，通向宪法法院之路逐渐被证实是一条并非必需的弯路。”〔10〕该模式具有以下特征：

其一，救济思维。救济思维是普通法的精髓，其主导思想是“无救济无权利”。这一思想区别于欧陆的唯理主义，充满了英伦的经验主义和实践逻辑，认为所有法律并非仅为理性和逻辑的结果，也并非为社会设定规则和秩序，而是为了实现对权利的补救。法律再完备，如果在侵权行为发生后无法获得救济，其法律上的权利将成为一纸空文。国家在制定法律赋予权利时，还必须建立若干权利救济途径，使权利被侵犯时能够获得司法补救。为此，普通法的救济方法包括宣告无效、强制令、禁令、赔偿损失、返还财产、停止侵害。虽然德国属于大陆法系，但救济思维体现在宪法诉愿中，区别于以客观秩序为主的抽象审查。

其二，司法中心主义。救济是法院实施的补救措施。除了广义上的社会救济、行政救济、自力救济之外，法律语境中的救济特指司法救济。司法救济是诉讼救济，指法院在权利人受到侵害依法提起诉讼后依其职权按照一定的程序对权利人进行补救。实施救济的主体是法院，其受理须依据严格的法律程序，当事人依据法律规定提交诉状，救济方式必须是法律明确规定的。因此，救济是法院主导下依据严格的法律程序适用法律为受到侵权的当事人提供补救的一种司法方法。即只有法院依据程序进行裁判时，救济才有可能。

其三，诉讼模式。权利保护必要性是诉讼法的一般要求，这意味着必须有实际的基本权利损害。诉讼模式的特点是必须满足诉讼要件，如诉讼资格、争议、成熟性。诉讼资格是指当事人自身利益必须受到实际损害；争议是指双方当事人有纠纷；成熟性是指纠纷是现实存在的，既没有过时，也没有解决。就宪法诉愿而言，当事人在穷尽专门法院法律救济的所有途径之后提起的宪法诉愿才适法，即须满足所有诉讼程序的要求，否则宪法法院不予受理。一方面，“当基本权利损害不能以其他方式消除时，宪法诉愿才是合法的”；另一方面，只要当事人没有在专门法院的诉讼中主张权利损害，即使穷尽法律救济途径，宪法诉愿也是不合法的，在提起宪法诉愿之前必须进行主审理程序。这是辅助原则的要求，也是诉讼模式之程序要求。为此，即使依据《德国行政法院法》第80条和第123条，在行政法院进行到终审，所提起的宪法诉愿也不合法。〔11〕

我国宪法监督之备案审查是全国人大常委会对抽象文件是否符合宪法、法律进行的审查，其重心并非在于权利救济，而是维护党中央权威和法治统一，因而并不存在用尽法律手段之后再求助宪法的问题。同时，从全国人大常委会备案审查的实践来看，也没有真正践行“先法后宪”这

〔8〕〔德〕福尔克尔·埃平、塞巴斯蒂安·伦茨、菲利普·莱德克：《基本权利》（第8版），张冬阳译，北京大学出版社2023年版，第93页。

〔9〕〔德〕克劳斯·施莱希、斯特凡·科里奥特：《德国联邦宪法法院：地位、程序与裁判》，刘飞译，法律出版社2007年版，第25页。

〔10〕〔德〕克劳斯·施莱希、斯特凡·科里奥特：《德国联邦宪法法院：地位、程序与裁判》，刘飞译，法律出版社2007年版，第25页。

〔11〕参见〔德〕福尔克尔·埃平、塞巴斯蒂安·伦茨、菲利普·莱德克：《基本权利》（第8版），张冬阳译，北京大学出版社2023年版，第91页。

一顺位，而是依据被审查法规的性质作出合宪与否的判断。例如，全国人大常委会法工委在审查甘肃省人大常委会和内蒙古自治区人大常委会制定的交通法规是否侵犯公民的通信秘密和通信自由时，并未首先进行合法性审查，即审查两地交通法规是否符合作为其上位法的《道路交通安全法》，^[12]而是直接审查其合宪性。实际的情形是，有些法规和司法解释既有合宪性问题，又有合法性问题，无所谓顺序先后。《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）第5条规定了依法治国，即“国家维护社会主义法治的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”。包括法律在内的所有下位法规，如行政法规、地方性法规、监察法规、自治条例、单行条例、经济特区法规以及司法解释等都须符合宪法，也都有可能直接抵触宪法。因此，在判断下位法规是否合宪合法的问题上，不存在先后之别，而是可分别进行。换言之，合法性审查与合宪性审查分别具有独立价值。

“穷尽法律救济途径”贯彻了分工原则，事实问题和适用法律是专门法院的职责，宪法法院只负责宪法问题。德国宪法诉愿的提起是有条件的，“当案件事实仅仅呈现出宪法问题，且其回答无须更多事实调查也无须专门法院解释和适用一般法规定，仅仅取决于宪法标准的解释和适用时，才能直接提起宪法诉愿”^[13]。这说明，适用法律和宪法判断涉及不同部门，即专门法院和宪法法院。专门法院负责事实、法律适用和解释，宪法法院只负责宪法问题。我国最高国家权力机关宪法监督对法规进行抽象审查，并不涉及分工。根据我国《宪法》第67条第7项、第8项的规定，全国人大常委会具有同时审查法规是否合宪、合法的权力，^[14]因而毋需“先法后宪”。一言以蔽之，“先法后宪”是“穷尽法律救济途径”的变体，这一命题不符合我国最高国家权力机关宪法监督体制，其在理论上是错误的，在宪法规范上是缺乏依据的，且无实践根据。

二、法秩序统一而非主观权利模式决定毋需“先法后宪”

我国宪法监督采取的是法秩序统一而非权利救济模式。法秩序统一不同于西方法院中心主义的宪法监督，其重心在于维护党中央权威和法治统一，而非权利救济。该模式决定合法性审查并非法规、司法解释合宪性审查的前置程序，合法性与合宪性审查并无先后之分。

“法秩序统一”又称“法治统一”或者“法律秩序统一”，指客观价值秩序，其与主观权利是两种不同的宪法监督体制。在有些国家，两种模式并行不悖，可以同时施行，如德国既有以维护法秩序统一为核心的抽象审查，也有以救济为主的具体（附带）审查和宪法诉愿。^[15]客观秩序

[12] “有的地方性法规规定，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。经审查认为，该规定不符合保护公民通信自由和通信秘密的原则和精神；对公民通信自由和通信秘密保护的例外只能是在特定情形下由法律作出规定，有关地方性法规所作的规定已超越立法权限。经向制定机关指出后，有关规定已经修改。”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《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员公报》2020年第1期，第241页。

[13] [德]福尔克尔·埃平、塞巴斯蒂安·伦茨、菲利普·莱德克：《基本权利》（第8版），张冬阳译，北京大学出版社2023年版，第92页。

[14] 《宪法》第67条第7项规定：“撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令。”第8项规定：“撤销省、自治区、直辖市国家权力机关制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规和决议。”此为宪法规范依据。

[15] 参见[德]康拉德·黑塞：《联邦德国基本法纲要》，李辉译，商务印书馆2007年版，第226页。

又称为客观价值、客观法、客观规范、客观价值决定。“客观”是指客观法，也是国家的法律秩序，因宪法在一国法律秩序中居于首位，具有最高价值属性，故对下位法律具有辐射作用。宪法的客观法属性特别体现在基本权利规范方面。^{〔16〕}依据法效力理论，下位法须将宪法规范渗透进立法之中，并在私法中贯彻基本权利价值，法院亦须对普通法律作出符合宪法的解释。^{〔17〕}主观权利又称为主观公权利。“主观”指个体，“公权利”是指个人对国家的要求，是指当个体受到公权力的侵犯之时，个人有通过司法程序请求国家给予救济的权利。德国学者指出，客观秩序着重于国家法秩序的统一，主观权利重点在于个人权利维护。^{〔18〕}两种模式具有不同的价值取向，其实施的对象、程序、标准和效力各不相同，大异其趣。

虽然从法移植的角度来看，我国并不继受全部德国法上的术语，特别是“主观权利”这一概念，因为我国不存在通过司法诉讼给予基本权利救济的宪法监督，但是，“客观秩序”这一概念却与我国“法治统一”具有高度的契合性。最高国家权力机关宪法监督之备案审查的主要目的并非给予公民基本权利以救济，而是维护党中央权威和社会主义法治的统一。客观上，虽然通过修改、废止、撤销法规、司法解释会加强基本权利保护，但这并非通过法院主导的诉讼程序完成的。我国宪法没有赋予基本权利以“主观权利”的请求权品质，法院亦无权受理个人基本权利受公权力侵害的宪法诉讼，最高国家权力机关无实施救济的宪法权力，故我国宪法监督实行的是“法秩序统一”而非主观权利模式。

与主观权利模式着眼于基本权利救济不同，“法秩序统一”要求所有下位法符合上位法，不得与宪法法律相抵触。我国宪法理论素有强调宪法的原则性、纲领性的传统，宪法的根本法属性表明宪法在一国法律秩序中具有崇高和至上地位。宪法不仅是下位法制定的依据，也是下位法效力的来源，并且，下位法须使宪法原则具体化，将宪法价值体现在生活关系之中，如普通法律的制定须“依据宪法，制定本法”。我国《宪法》序言最后一个自然段以及第5条是这一原理的规范依据。《宪法》序言规定：“宪法是国家的根本法，具有最高法律效力。”第5条规定：“一切法律、行政法规和地方性法规都不得与宪法相抵触。”在宪法监督之备案审查实践中，全国人大常委会法工委多次强调备案审查的目的是“保证党中央政令畅通，维护法律秩序的统一”。这说明，我国宪法监督之备案审查是“法秩序统一”而非“主观权利”模式。

有学者提出，我国的宪法监督可实现“客观法秩序与主观利益之协调”^{〔19〕}，认为可以通过创设合宪性问题移送机制实现我国合宪性审查的主观权利保障，即法院在审理案件的过程中，如遇到法律或者下位法规是否合宪的争议，可根据《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）将系争法规提交全国人大常委会审查，从而决定是否在审判中适用系争法规，以此激活基本权利救济。但是，这只是有权提起宪法监督之“抽象审查请求权”的主体，即《立法法》规定的包括

〔16〕 参见郑贤君：《作为客观价值秩序的基本权——从德国法看国家保护义务》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2006年第2期。

〔17〕 这只是法院拥有法律解释权国家的做法。我国法院没有法律解释权，不能对法律作出符合宪法的解释，最高人民法院司法解释可以贯彻宪法价值。

〔18〕 参见〔德〕福尔克尔·埃平、塞巴斯蒂安·伦茨、菲利普·莱德克：《基本权利》（第8版），张冬阳译，北京大学出版社2023年版，第4页。

〔19〕 王蔚：《客观法秩序与主观利益之协调——我国合宪性审查机制之完善》，载《中国法律评论》2018年第1期，第132页。

最高人民法院在内的六类主体履行审查请求权力的体现，并不能说明我国宪法监督之备案审查属于“主观权利”模式。最高人民法院有权提起审查请求类似德国宪法法院的“具体审查”。在我国，虽然最高人民法院享有“审查请求权”，但“法秩序统一”模式决定基本权利救济是附带的，并非我国宪法监督之重心。实践中，至少自2017年至今，“除个别情形外，没有收到过国家机关提出的审查要求”〔20〕。总体上，我国宪法监督制度之备案审查并非以“权利救济”为中心，全国人大常委会只负责判断系争法规是否合宪合法，并无宪法权力依据判断后的法规裁决案件。

简言之，我国宪法监督奉行的法秩序统一模式与主观权利之救济模式相去甚远，该模式并无必要实行“先合法性审查再合宪性审查”。“维护党中央权威与维护法律秩序统一”决定全国人大常委会在履行宪法监督之备案审查权力时，仅审查法规的合法性与合宪性，目的是贯彻执行党中央的重大决策部署与国家重大改革方针，使法规与时代精神保持一致。

三、抽象审查决定“先法后宪”缺乏宪法基础

我国宪法监督采取的是抽象审查而非具体审查模式。该模式在决定宪法监督之备案审查的重心在于审查系争法规是否符合党中央方针政策及法律秩序的同时，明确了四种审查标准，即政治性标准、合宪性标准、合法性标准、适当性标准。〔21〕该模式的突出特征是审查主体不裁决具体案件，因而作为“穷尽法律救济途径”变体的“先法后宪”在我国没有宪法基础。

抽象审查和具体审查是宪法监督的两种模式。抽象审查是德国宪法法院实行的宪法监督方式之一，特定政府机构包括众议院四分之一以上的议员、联邦政府、州政府有权提起“声请”。《德国联邦宪法法院法》第76条规定：“联邦政府、邦政府或联邦众议院四分之一的议员，认为特定法律因形式上或实质上抵触基本法或其他联邦法而应无效者，有权提起声请。”抽象审查的典型特点是只对联邦法律是否合宪提起审查，并不涉及具体案件和纠纷。历史上“第一次堕胎案”〔22〕和“第二次堕胎案”〔23〕就是抽象审查的典型，也是客观秩序模式的范例。

具体审查是美国和欧洲采取的宪法监督方式，但两者却差别较大，其中最重要的就是针对一项法规，谁有权对它提起违宪审查。〔24〕美国实行普通法院宪法监督模式，特定主体并无对某一法律提起抽象审查的权利，只有当争讼案件适用的法律涉及是否合宪时，当事人才有权提起对系争法律是否合宪的诉讼，法院对法律合宪与否先行裁决，其后依据法律判断当事人是否违法，著名的焚烧国旗案就是一例。〔25〕依据得克萨斯州法，焚烧国旗属于违法，但当事人对

〔20〕 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十三届全国人大以来暨2022年备案审查工作情况的报告——2022年12月28日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十八次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2023年第1期，第151页。

〔21〕 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室：《规范性文件备案审查：理论与实务》，中国民主法制出版社2020年版，第107-130页。

〔22〕 参见陈征：《从第一次堕胎判决中透视德国宪法教义学》，载《清华法律评论》第7卷第2辑，清华大学出版社2014年版，第3页。

〔23〕 参见陈征：《德国第二次堕胎判决对我国的借鉴意义及待解决的问题》，载《中国法律评论》2019年第1期。

〔24〕 参见〔瑞典〕宾德瑞特：《为何是基础规范——凯尔森学说的内涵》，李佳译，知识产权出版社2016年版，第207页。

〔25〕 See *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

州法提起合宪性审查，联邦最高法院认为焚烧国旗属于象征性言论，属于第一修正案的表达自由，受联邦宪法保护，故规定焚烧国旗的州法违宪。依据这一裁决，当事人焚烧国旗的行为不属于违法。此即为具体审查，因为系争法律涉及对案件当事人违法与否的裁断。

根据欧洲模式，具有普通管辖权的法院都可以在其审理案件的过程中提请宪法法院对某项法规进行审查。^[26]德国的具体审查是指专门法院法官在审理案件过程中有权对其所适用的法律提起申请，要求联邦宪法法院就该法律进行解释，判决该法律是否违宪，其规范依据是《德国基本法》和《德国联邦宪法法院法》。《德国基本法》第100条第一项规定：“法院如认为某一法律违宪，而该法律之效力与其审判有关者，应停止审判程序。……如系违反基本法，应请联邦宪法法院审判之。”《德国联邦宪法法院法》第13条第十一项规定：“关于联邦法或邦法是否符合基本法，或邦法律或其他邦法规是否符合联邦法，由法院提起申请。”

除法官提起的“具体审查”之外，德国普通公民提起的宪法诉愿具有特殊性，它是针对所有公权力侵害基本权利提起的宪法诉讼，其所适用的正是“穷尽法律救济途径”。原则上，公权力包括立法、行政以及法院的裁决在内，但是，由于德国不存在针对立法行为予以救济的法院，只有专门法院包括行政法院、社会法院、财政法院、劳动法院等，故公权力是指经由法院予以救济之后的裁决。“专门法院的救济享有优先；宪法诉愿人必须首先穷尽专门法院的权利救济可能性，之后才能向联邦宪法法院主张。”^[27]除“穷尽法律救济途径”之外，《德国联邦宪法法院法》第90条规定“穷尽法律救济途径”的例外，允许宪法法院对“将遭受重大或无法避免之损害时”的案件“立即加以裁判。”这也是主观权利模式的固有特征。普通公民关心的是个人权利补救，专门法院才是最为简便和直接的，宪法法院仅就宪法问题作出判断。

我国宪法监督之备案审查实行抽象审查，最高国家权力机关只审查法规，不裁决案件。这是抽象审查的基本特征。为此，以下事实必须明确：

第一，抽象审查只包括法规和司法解释。法规和司法解释处于同一位阶，是由宪法、法律、全国人大及其常委会授权制定的规范公民权利义务且具有普遍拘束力的规范性文件。故全国人大常委会委员长会议制定的《法规、司法解释备案审查工作办法》只规定对行政法规、监察法规、地方性法规、司法解释，以及自治条例、单行条例、经济特区法规等进行备案审查。2023年12月29日全国人大常委会通过《关于完善和加强备案审查制度的决定》，审查对象增加了“浦东新区法规和海南自由贸易港法规”。自治条例和单行条例的性质属于地方性法规，也是由我国《宪法》第116条授权民族自治地方的人民代表大会制定的。全国人大常委会只审查法规和司法解释是否合宪合法，这是“法治国家”之固有内涵。“法治国家”意味着只有全国人大及其常委会有权制定法律，因其是人民的代表机关，除此之外，任何机关均无制定抽象法规规范人民之权利义务的权力，此之为“法律保留”。正如日本法学家南博方所言，“法律保留”实为政治任务，^[28]只有有权立法的政治机关可履行此种使命。由于现代事务繁杂，立法权下放，委诸行政机关、监察机关、地方国家权力机关、民族自治地方的自治机关、经济特区、自贸区制定法规，乃至最高

[26] 参见〔瑞典〕宾德瑞特：《为何是基础规范——凯尔森学说的内涵》，李佳译，知识产权出版社2016年版，第207页。

[27] 〔德〕福尔克尔·埃平、塞巴斯蒂安·伦茨、菲利普·莱德克：《基本权利》（第8版），张冬阳译，北京大学出版社2023年版，第73页。

[28] 参见〔日〕南博方：《行政法》（第6版·中文修订版），杨建顺译，商务印书馆2020年版，第12-13页。

人民法院和最高人民检察院制定司法解释，但“法律保留”决定规范公民权利义务属于立法机关的专有和排他事项，除非立法机关授权，否则其他机关无权以抽象文件形式规范公民权利义务，更无权减损权利、增设义务、设定罚则，此为抽象审查之必须，既为维护党中央权威，亦为维护法秩序统一，实则是贯彻“法律保留”，确保基本权利在没有法律根据或者授权的情况下不为下位法规所侵犯。部门规章和地方政府规章不属于法规，不在全国人大常委会审查之列。与《法规、司法解释备案审查工作办法》相比，《关于加强和完善备案审查制度的决定》由全国人大常委会制颁，其性质属于实质性法律，其效力等同于法律。

第二，抽象审查的对象是否包括法律？法律是有可能违宪的。虽然自2017年以来，历次全国人大常委会法工委备案审查报告均未提及法律是否可为审查对象，但从宪法理论、宪法和法律规范以及审查实践来看，法律是包含在审查对象之中的。同时，全国人大常委会的确没有权力审查包括“决定”在内的法律，审查全国人大常委会的决定是全国人大的职责，而谁有权审查法律，《宪法》却没有规定。^[29]首先，从我国宪法理论来看，依法治国首先是依宪治国，依宪治国意味着所有法律必须符合宪法，不得与宪法相抵触。宪法是最高法，普通法律的制定必须以宪法为依据，并不得与宪法相抵触，这意味着所有下位法都必须符合宪法，与宪法相抵触的法律无效。其次，宪法确认了自身的最高法地位，且具有最高法律地位。《宪法》序言规定：“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。”《宪法》第5条规定：“一切法律、行政法规、地方性法规都不得同宪法相抵触”。这些意味着包括法律在内的下位法有可能抵触宪法。再次，《立法法》重申宪法规定，并且规定改变或者撤销法律的具体程序。《立法法》第98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。”第108条规定：“改变或者撤销法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章的权限是：（一）全国人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定的不适当的法律，有权撤销全国人民代表大会常务委员会批准的违背宪法和本法第八十五条第二款规定的自治条例和单行条例……”需要指出的是，《立法法》的这一规定与《宪法》规定不一致，因为“不适当的决定”不等于“不适当的法律”，严格而言，这属于“以法改宪”，因而法律有可能与宪法相抵触。^[30]最后，实践中，全国人大常委会法工委已经对法律进行了审查。2019年，法工委对《全国人民代表大会常务委员会关于严禁卖淫嫖娼的决定》中关于收容教育的规定进行了审查。2017年，法工委对《中华人民共和国人民武装警察法》（以下简称《人民武装警察法》）规定的领导体制是否合宪进行了审查。^[31]全

[29] 《宪法》仅规定法律不得与宪法相抵触，但没有规定谁有权撤销法律，但是《立法法》第108条却规定全国人大有权撤销全国人大常委会不适当的法律。《宪法》第62条第十二项仅规定全国人大有权改变或者撤销全国人大常委会不适当的决定。

[30] 《立法法》第108条规定全国人大有权撤销全国人大常委会“不适当的法律”与《宪法》第62条第十二项“不适当的决定”是不一致的。《立法法》扩大了全国人大的权限。此外，关于法律是否成为全国人大常委会的审查对象，理论和实践、宪法规范和审查实务、《立法法》和《宪法》都存有矛盾之处。关于这一问题，可参见郑贤君：《论宪法和法律委员会双重合宪秩序维护之责——兼议法律案审查与法规备案审查之差异》，载《辽宁师范大学学报（社会科学版）》2020年第4期。

[31] 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室：《规范性文件备案审查——案例选编》，中国民主法制出版社2020年版，第1页。关于收容教育决定和《人民武装警察法》案例，该书目录为“第一编：全国人大常委会案例”，二级标题为“法律案例”。

全国人大常委会的决定属于“实质性法律”，因此这两例都是对法律的审查。此处矛盾的是，虽然法工委事实上审查了法律，但依据《宪法》第62条第二项和第十二项，全国人大有权改变和撤销全国人大常委会不适当的决定，该条并没有规定谁有权撤销法律。从实际情况来看，《全国人民代表大会常务委员会关于严禁卖淫嫖娼的决定》是由全国人大常委会自行撤销的。2019年12月，十三届全国人大常委会第十五次会议通过废除决定，明确废止该决定第4条第2款、第4款，以及据此实行的收容教育制度。2020年6月，十三届全国人大常委会第十九次会议通过了新修改的《人民武装警察法》。这是符合立法原理的。宪法理论、宪法规定、法律以及备案审查实践都说明，法律是有可能违宪的。虽然宪法没有规定谁有权撤销，但是，根据立法原理，法律可以自行废止。

第三，抽象审查不包括规范性文件。有学者质疑全国人大常委会的审查对象过于狭窄，不包括规范性文件。^[32]这是没有根据的。法规是指除立法机关之外的横向国家机关和纵向地方国家权力机关制定的规范人民权利义务的抽象性文件。《法规、司法解释备案审查工作办法》规定了法规的内涵。^[33]规范性文件是各级国家机关在其职权范围内按照一定程序制定，涉及不特定的公民、法人和其他组织的权利和义务，具有普遍拘束力并反复适用的文件。^[34]最高国家权力机关宪法监督体制决定全国人大常委会的审查对象不包括部门规章、地方政府规章以及规范性文件，^[35]最高国家权力机关只审查可能僭越法律、违反“法律保留”的法规和司法解释。部门规章、地方政府规章以及规范性文件皆不属于法规，不在最高国家权力机关审查之列，仅属于国务院和地方人大常委会的备案审查范围，是行政监督和立法监督的内容。^[36]

第四，抽象审查不包括行为。不断有文章、讲义、课件认为我国宪法监督之备案审查包括对行为的审查。这是十分错误的，也是对我国宪法监督体制缺乏了解的表现。我国宪法监督不同于西方国家的法院模式，全国人大常委会备案审查不审查行为，不对行为进行裁判，诸如政党违宪、选区划分、当选纠纷、国家领导人弹劾、褫夺公权等案件俱不属于宪法监督之范围。它们隶属行为，不在抽象审查之列。

何为抽象？何为抽象审查？抽象审查只需对系争法规进行四种审查标准的判断即可，毋需裁判。因既没有救济之需，亦无救济之虞，四种判断之间没有必然联系，不分先后，可分别和单独进行，不需要依据法律是否能够为当事人提供救济再作判断以便完成最终的救济任务。就特定法规而言，既可能违法也可能违宪，既可能只违法不违宪（不涉及宪法问题），也可能只违宪不违

[32] 参见秦前红：《备案审查制度四十年》，载《法治时代》2022年第7期。

[33] 《法规、司法解释备案审查工作办法》第2条规定：“对行政法规、监察法规、地方性法规、自治州和自治县的自治条例和单行条例、经济特区法规（以下统称法规）以及最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释（以下统称司法解释）的备案审查，适用本办法。”

[34] 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室：《规范性文件备案审查：理论与实务》，中国民主法制出版社2020年版，第44页。

[35] 2023年12月29日通过的《全国人民代表大会常务委员会关于完善和加强备案审查制度的决定》增加了“浦东新区法规、海南自由贸易港法规”为备案审查的对象。2019年全国人民代表大会常务委员会委员长会议通过的《法规、司法解释备案审查工作办法》规定，监察法规、司法解释为备案审查的对象。

[36] 国务院《法规规章备案条例》第2条规定：“本条例所称法规，是指省、自治区、直辖市和较大的市的人民代表大会及其常务委员会依照法定职权和程序制定的地方性法规、经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会依照法定职权和程序制定的经济特区法规，以及自治州、自治县的人民代表大会依照法定职权和程序制定的自治条例和单行条例。”

法。由于不需要先行裁决，二者之间既没有必然联系亦无先后之别，“先法后宪”实无必要。

四、最高国家权力机关审查决定“先法后宪”没有宪法空间

我国实行最高国家权力机关宪法监督模式，全国人大及其常委会共同负责监督宪法实施。全国人大有权撤销和修改全国人大常委会不适当的决定（《宪法》第62条第十二项），全国人大常委会有权撤销法规（《宪法》第67条第七、八项）。这一模式的突出特点是政治审查，而非法律裁判，即全国人大常委会不裁决案件，因而不必对系争法规的审查实行“先法后宪”。为此，以下基本事实须予明确。

其一，最高国家权力机关是政治机关，不是法院。

最高国家权力机关虽然具有至上地位，但全国人大及其常委会既不是万能的，也不是全权的，须遵循《宪法》规定的民主集中制原则，恪守权力分工。根据我国《宪法》，全国人大及其常委会都有权监督宪法实施，但负责审查法律之下的法规及司法解释是全国人大常委会的职责。这一体制有别于法院中心主义的宪法监督机制，全国人大常委会只负责抽象审查，判断法规、司法解释等是否抵触宪法和法律，依据法律、法规裁决案件是法院的职责。有学者将我国的宪法监督称为“立法监督体制”是不准确的。首先，“立法监督体制”降低了我国宪法监督的位阶，削弱了最高国家权力机关的至上性和权威性。全国人大及其常委会不仅享有立法权，也是最高国家权力机关。“最高国家权力机关”和“立法机关”的内涵不同。《宪法》第57条规定：“中华人民共和国全国人民代表大会是最高国家权力机关。它的常设机关是全国人民代表大会常务委员会。”其次，宪法监督和立法监督的理论基础不同。宪法监督的理论基础是宪法至上，立法监督的理论基础是民主集中制，是基于人民代表大会和其他国家机关的关系而产生的。再次，两者的规范依据不同。宪法监督的依据是宪法，立法监督的依据是宪法和《各级人民代表大会常务委员会监督法》规定的县级以上地方各级人大及其常委会对同级人民政府和下级人大及其常委会制定的规范性文件进行的审查，以及其他监督如质询、调查、执法检查等。第四，宪法监督和立法监督适用的标准不同，宪法监督须依据宪法审查法规等是否合宪，立法监督只审查规范性文件的合法性。第五，宪法监督的对象包括法律、法规和司法解释等，立法监督只负责审查规范性文件。第六，负责宪法监督的全国人大常委会解释宪法，负责立法监督的县级以上各级人大及其常委会无权解释宪法。另外，两种监督的效力也不相同。^{〔37〕}全国人大及其常委会依据宪法赋予的权力行使宪法监督权，审查法规是否合法合宪，何来先后之别。

其二，最高国家权力机关不负责裁决纠纷。

最高国家权力机关不是法院，全国人大及其常委会没有行使裁判的宪法权力和空间。根据我国《宪法》规定的民主集中制和分工原则，裁决案件是法院的职责，全国人大及其常委会只须对法规是否合宪合法进行判断，其余如修改、废除、裁决，由各机关各行其是。并且，最高国家

〔37〕 参见郑贤君：《论宪法和法律委员会双重合宪秩序维护之责——兼议法律案审查与法规备案审查之差异》，载《辽宁师范大学学报（社会科学版）》2020年第4期。

权力机关之“最高”排除一切地方各级人大及其常委会宪法监督的权力。2023年全国人大常委会《关于完善和加强备案审查制度的决定》再次明确地方人大及其常委会无权监督宪法实施。该《决定》第19条规定：“全国人民代表大会常务委员会工作机构应当加强对地方各级人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查工作的联系和指导……”第22条规定：“县级以上地方各级人民代表大会常务委员会应当加强规范性文件备案审查制度和能力建设，依法开展备案审查工作。”这些规定明确了全国人大常委会和地方各级人大常委会的职责分工，地方人大常委会只有权审查规范性文件，无权审查法规。

全国人大常委会不负责裁决纠纷，这是最高国家权力机关监督和抽象审查的特征所决定的。法院裁决纠纷必须满足一系列条件，除案件、诉讼资格、成熟性之外，当事人基本权利必须受到实际侵害。最高国家权力机关宪法监督体制之备案审查不需要有实际的损害，更无需对受到侵害的当事人进行救济，只负责对有合宪之疑的法规进行审查，故最高国家权力机关毋需先对系争法规进行合法性审查，其后进行合宪性审查。

其三，最高国家权力机关之备案审查不适用诉讼程序。

最高国家权力机关之备案审查适用的是宪法监督程序而非诉讼程序，此特征决定毋需对系争法规事先进行合法性审查。“穷尽法律救济途径”是司法性的，其具有辅助性是因为诉讼程序可以给予当事人以救济。我国宪法监督程序多样，有依职权审查、依申请审查、专项审查、移送审查，且提起审查的主体各不相同，但抽象审查决定皆不适用诉讼程序，并无必要首先适用法律对案件进行裁判，故无所谓“穷尽法律救济途径”。诉讼程序意味着法官必须首先适用法律，否则，法官无法得出判断，当事人无法得到救济。只有当适用法律无法给予受到损害的当事人以实际补救之时，才须对所适用法律提出合宪与否的质疑。最高国家权力机关之备案审查不适用诉讼程序，毋需首先依据法律对系争法规进行合法性判断，其次进行合宪性判断。

其四，最高国家权力机关不提供救济。

救济是指法院对受到损害的当事人提供司法补救，具体指法院通过发布违宪宣告、禁令、停止侵害、损害赔偿等弥补当事人受到的损失，司法补救是由普通法院或者专门法院完成的。最高国家权力机关宪法监督的目的在于维护党中央权威和法治统一，排除下位法抵触宪法法律，虽然间接涉及公民基本权利，但最高国家权力机关仅有权进行抽象宣告，包括违宪、修改、撤销法规等，并无权发布禁止令、要求停止侵害、要求对损害进行赔偿，为受到损害的当事人提供救济。

为将救济贯彻到底，德国“穷尽法律救济途径”例外对特殊情况下的当事人即刻进行裁决。一般情况下，出于对法律权威的维护，宪法诉愿要求先遵循法律救济途径，但当当事人遭受重大或无法避免损害之时，联邦宪法法院还须立即加以裁判。同时，德国联邦宪法法院在进行即刻裁决时，仅仅对涉及基本权利的宪法问题作出裁判，并不审查普通法院适用法律的情况。常态和例外两种情况都说明，合宪性和合法性是分别进行的，宪法法院只负责裁决宪法问题，合法性判断是普通法院的任务。这也是宪法法院和普通法院的分工。最高国家权力机关不是法院，既不负责裁判，也无权提供救济，不必首先对系争法规进行合法性判断，毋需在当事人遭受重大或无法避免损害之时，绕过法律作出宪法判断。

简言之，我国最高国家权力机关不是法院，不负责裁决纠纷，没有提供救济的宪法权力，全

全国人大常委会毋需依据诉讼程序先法后宪，而是可对系争法规的合法性与合宪性分别作出判断。

五、法律适用原则决定“没有上位法”是伪命题

除了“穷尽法律救济途径”这一司法模式影响之外，“先法后宪”思维违反了法律适用规则：其一，不得逃避法律判断；其二，禁止向一般条款逃逸；其三，“回避宪法判断”不适用于我国。

（一）“先法后宪”是一个假言判断

“只有在没有上位法或者适用上位法的规定无法得出审查结论时，才需要直接以宪法为依据对规范性文件进行审查。”〔38〕这一陈述是一个假言判断，除“对规范性文件进行审查”不准确之外，其整体陈述不符合法律适用原理。对于第一个问题，前已述及，全国人大常委会的宪法监督职责决定其审查对象只包括法规及司法解释，规范性文件不属于法规，负责审查的主体是县级以上地方各级人大常委会。对于第二个问题，即“没有上位法或者适用上位法无法得出结论才适用宪法”是一个伪命题。这一命题是一个“假言判断”。假言判断又称条件判断，是断定一事物的存在是另一事物存在条件的复合判断。假言判断的真假，并不取决于前件和后件本身的真假，而取决于前件和后件之间是否有条件关系，其通常以“如果……那么”“只有……才”作逻辑连接词。对于假言判断而言，如果前提条件不存在，则命题不成立。

第一，“没有上位法”只是一个假定，这实际上是一个法律适用和法律渊源问题。〔39〕“法网恢恢，疏而不漏。”法律不免滞后且有漏洞，不能穷尽所有现实社会关系，在此情况下须适用法律的精神、原则、政策、习惯、法理以及法律解释进行法律续造。〔40〕为此，各国民法规定了法律缺位时的适用规则。《瑞士民法典》第1条规定：“有规定的法律问题，适用本法；无规定者，依习惯法裁判；无习惯法，依法官提出的原则，同时遵循限定学说和传统。”《中华人民共和国民法典》第10条规定：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”此处虽然是民法的适用规则，但是，除了不得违反罪刑法定原则之外，这些法律适用原则具有普遍性。法律原则是弥补法律规则缺失的重要替代，党的方针、国家和法律政策是法律缺位之时的必要选择。为此，党的方针政策是重要的政治标准，适用于缺乏法律规定时对法规合宪、合法与适当与否的判断。除此之外，法律精神、目的、习惯、法理、传统都可以弥补法律空白，特别情况下还可诉诸法律解释填补漏洞。因此，“没有上位法”是一个伪命题。

第二，“适用上位法无法得出结论”这一假定亦不存在。这是一种范畴转换的陈述，是司法中心主义思维模式支配的结果，其真实含义是“适用上位法无法提供救济”。在奉行司法模式的

〔38〕 全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室：《规范性文件备案审查：理论与实务》，中国民主法制出版社2020年版，第112页。

〔39〕 参见王鹏翔：《阿列克西〈法概念与法效力〉之导读》，载〔德〕罗伯特·阿列克西：《法概念与法效力》，王鹏翔译，商务印书馆2020年版，第136页。虽然这里指的是有解释法律权力的法官，但是，其他机关执法也是一个法律适用问题。

〔40〕 根据《德国基本法》第20条第3款规定，“法的适用者不仅仅受法律约束，也受法的约束。但这种意义上的‘法’也包括具有（共同体）普遍法律确信的不成文的习惯法规范，以及‘共同体中已确立的一般正义观念’。也就是说，在基于国家权力的实证规范之外，还存在更为丰富的‘法’。由此，司法可以——按照在共同体中占主导地位的正义观念，尤其是在基于宪法的整个法秩序的意义关联中得到表达的正义观念——合法地对实证法加以进一步续造”。〔德〕齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第123页。

宪法诉讼中，普通法律因侵害基本权利而违宪，依据法律不能给予当事人行为以宪法保护，故而需要求助宪法诉讼。如美国的“焚烧国旗案”，如果依据得州法律，当事人触犯州法，但如果依据宪法，则州法侵犯当事人宪法上的言论自由，州法违宪，当事人无罪。由于全国人大常委会裁决的是法规，此处适用“上位法”，而适用上位法不可能“无法得出结论”。无论适用上位法的具体规则，还是在缺乏上位法的情况下适用法律精神、法律目的、原则、习惯、法理、政策，都可以对系争规范作出判断和结论。这涉及“不得拒绝裁判”。

（二）不得逃避法律判断

“不得拒绝裁判”是一个普遍适用的司法原则。其具体含义是：在民事审判活动中，法官不能以法无明文规定为由拒绝裁判。^{〔41〕} 18世纪法国法学家孟德斯鸠在其名著《论法的精神》中说道：“法律明确时，法官遵循法律；法律不明确时，法官则探求法律的精神。”^{〔42〕} “法官不得拒绝裁判”确立于1804年颁行的《法国民法典》第4条，即“法官若以法律无规定、不明了、不完备为借口，而拒绝裁判时，应负拒绝裁判之责，而受到追诉。”有学者指出：“任何法律秩序都不能容忍有责任的审判员拒绝审判，因为这种拒绝将使未解决的冲突变成公开的对抗”。^{〔43〕} 此后，该规则演变为西方的一句法谚：法官不能拒绝裁判。我国法律虽未对此作出明确规定，但不得拒绝裁判是一个普遍认同的裁判规则。在备案审查中，除非“拒绝判断”，否则，无论上位法缺位还是适用上位法都是可以得出结论的。同时，立法须奉行“不得逃避立法”。虽然两个原则一个针对司法，一个针对立法，但都说明不存在“无法得出结论”的情况。“无法得出结论”的真实含义是“回避得出结论”“回避判断”或者“逃避判断”。全国人大常委会的宪法职责决定“不得逃避法律判断”同样适用于备案审查。

可以看出，无论是“没有上位法”，还是“适用上位法的规定无法得出审查结论”，这两种情况都只是假设，这一条件命题因前提条件不存在而不能成立。即“只有在没有上位法或者适用上位法的规定无法得出审查结论时，才需要直接以宪法为依据对规范性文件进行审查”这一命题因其两个前提条件不存在而不成立。

（三）禁止向一般条款逃逸

禁止向一般条款逃逸是指法律有具体规定，适用该具体规定与适用法律原则均能获得同一结论时，应适用该具体规定，而不适用相对抽象的法律原则。作为一项法律适用原则，“禁止向一般条款逃逸”具有重要的宪法价值。其一，该规则确保我国宪法确立的民主集中制原则，保障各个机构的宪法权力得到尊重。如果立法机关制定法律，法院有义务适用法律，须依据法律裁判，不应放弃具体的规则而诉诸原则。其二，该原则是“特别优于一般”的体现，应优先适用规则而非原则。其三，该原则可以遏制法官的自由裁量权。在有法律具体规定的情况下，法官无权适用原则裁判。我国是制定法国家，法官的责任是适用法律，禁止向一般条款逃逸可以有效抑制法官的造法冲动，防止法官立法。实践中，在农村外嫁女土地征收赔偿案的裁判中，有些地方的法官援引宪法中“平等”原则予以裁决。这看似是法官尊重宪法，实则法官逾越界限。在我国，法官

〔41〕 参见〔德〕齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第123页。

〔42〕 〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1961年版，第76页。

〔43〕 〔美〕埃尔曼：《比较法律文化》，贺卫方、高鸿钧译，清华大学出版社2002年版，第139页。此外，拒绝裁判意味着法官拒绝对权利作出保护，这与法治国家的要求显然是背道而驰的，也明显违反以司法保护人权的历史潮流。

既没有权力也没有必要援引宪法。民法规定了“平等”、诚实信用、公序良俗等原则，运用民法就可以公正裁判，法院无权也不必诉诸宪法。又如离婚案件中，婚姻法对离婚有具体条款规定，法官却在判决书中大谈夫妻忠诚义务乃至中华民族优良传统等。这属于向一般条款逃逸，其主观因素是法官不了解法官的权力和职责，其客观因素是法官不能熟练、准确地把握具体条款的适用，不愿作严谨周到的论证。总的来说，中国的法官没有资格动辄引用原则裁决案件。^[44] 只有具有宪法解释权和法律解释权的法官才有资格适用宪法裁决案件。备案审查虽然不是法官裁判案件，但全国人大常委会对法规、司法解释的审查也是适用法律的过程，须遵循这一原则，不得向一般条款逃逸，否则就是怠于履行其宪法职责。

（四）“回避宪法判断”不适用于我国

有学者认为：“在合法性审查与合宪性审查之间，应当按照‘穷尽法律救济’和‘回避宪法判断’的原理，优先进行合法性审查。也就是说，能在合法性审查层面解决的就在合法性审查中解决，只有合法性审查解决不了，才有必要提交到合宪性审查的层面。”^[45] 如前所述，“穷尽法律救济途径”是德国宪法诉愿的审查原则，这一法院主导的“主观权利与救济”模式不能适用于我国最高权力机关主导的“法治统一”的备案审查。同样，“回避宪法判断”是实行三权分立和司法审查的国家奉行的审查原则，法院基于对立法机关的尊重而对系争法律的合宪性不予判断，该原则并不适用于我国权力机关主导的宪法监督之备案审查。一方面，我国法院既没有制衡立法机关的权力，也不会遭遇对法律的合宪性判断，更毋需“回避宪法判断”；另一方面，我国不实行司法审查，法院既无权审查法律是否合宪，也毋需基于对民主的立法机关的尊重“回避宪法判断”；并且，最高国家权力机关履行宪法监督之备案审查须奉行“不得回避判断”及“不得逃避立法”原则，对系争法规（司法解释）作出判断。是故，这一先后顺序缺乏根据，不符合我国宪法监督体制和宪法原则，因而“先法后宪”是不能成立的。

综上所述，在法律缺位的情况下，可依据党的方针政策、法律精神、立法目的、原则、习惯、法理对法规的合法性作出判断，而非找宪法。全国人大常委会在对法规、司法解释的审查过程中，如果法律没有明确规定，可以依据法律的立法目的、原则等作出判断。这是世界各国的通例，除不得违反罪刑法定原则之外，备案审查同样可以适用这一原则，而不是找宪法。例如，美国法官在进行宪法裁判时，对于那些宪法未列举的权力和权利都可以通过宪法解释裁决。在对宪法权力的裁决中，适用“必要和适当的权力”原则予以裁判。^[46] 在对基本权利的裁决中，适用“植根于历史、传统和有序自由”^[47] 来扩大对宪法外权利的保护。宪法和法律不会也不可能穷尽

[44] 参见胡锦光：《论我国法院适用宪法的原则》，载《行政管理改革》2020年第6期。该文认为，既然最高人民法院规定在裁判理由部分可以适用宪法，体现宪法原则、精神，就需要统一规范。

[45] 王锴：《合宪性、合法性与适当性审查的区别与联系》，载《中国法学》2019年第1期，第23页。

[46] 1787年《美利坚合众国宪法》第1条第8款规定，“必要和适当的条款”授予代表民意的国会制定政府履行其职责的“一切必要的和适当的法律”。另参见 *McCulloch v. Maryland*, 17 U. S. 316 (1819)。

[47] 在论证堕胎权是否存在的问题上，美国联邦最高法院大法官布莱克门运用“历史传统和有序自由”作为证明该项权利存在的基础。See *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973)。同样地，法官运用这一原则否定这一权利的存在。2022年，美国联邦最高法院大法官阿利托在“多布斯案” [*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U. S. 215 (2022)] 中认为，法官需要考察该权利是否“深深植根于我们的历史传统中”，以及该权利是否为保证“我们美国有序自由体系之必需”。他认为，禁止堕胎是普通法的传统，不属于有序自由。参见蒋冀：《推翻“罗伊诉韦德案”：从大法官阿利托的判词说起》，载《新京报》2022年6月28日，转引自 <https://www.bjnews.com.cn/detail/1656387930169582.html>，最后访问时间：2024年4月11日。

所有的情形。在此情况下，诉诸政策、法律精神、立法目的、原则、习惯、传统、法理才是符合逻辑的法律思维，而非动辄找宪法。这也是现实主义法学、非实证主义和非解释主义等流派产生的深层原因。这些法学流派突破了法律实证主义的桎梏，体现了实质正义，弥补了形式主义法学的僵化、滞后和不足。

六、结 论

最高国家权力机关之备案审查既非法院主导，亦非具体审查，更非诉讼救济，作为“穷尽法律救济途径”变体的“先合法性后合宪性审查”不符合我国宪法传统，且缺乏宪法依据和实践基础。合法性和合宪性审查各自具有独立价值，并无先后之分。

Abstract: As a variant of the “exhaustion of legal remedies” approach, “legality prior to constitutional review” is a residual of the judicial-center constitutional implementation thinking. Although it contains extremely important legal propositions, it is not applicable to the filing review of the constitutional supervision of the highest state power organ in China. The “unity of legal order” rather than subjective rights is determined by the constitutional supervision model. There is no distinction between legality and constitutional review. The abstract review decision lacks a constitutional basis, and the supervision system of the highest state power organ means that it does not have constitutional space. Moreover, application of law decided that “no superior law” is also a false issue. The rule of law requires breaking through the shackles of legal positivism and maintaining the authority of the Party Central Committee and the unity of national rule of law. Democratic centralism requires that filing and review must not evade legal judgment. Therefore, as a hypothetical proposition, this principle of examination cannot be established because the prerequisite does not exist.

Key Words: legality, constitutionality, exhaustion of legal remedies, legal positivism, no avoidance of legal judgment

(责任编辑：于文豪)