

## “同宪法相抵触”的标准：从宪法规范的区别切入

梁芷澄\*

**内容提要：**我国《宪法》第5条第3款“同宪法相抵触”是规范性文件合宪性审查的概括标准。不同类型的宪法规范保留给下位法的形成空间不尽相同，这意味着下位法“同宪法相抵触”的审查标准有待进一步细化。“相抵触”标准的细化应以宪法规范的类型区分为基础。根据宪法规范形式和内容的不同特征，可首先将其分为“授权规范”和“内容规范”。“授权规范”在实践中又表现出两种不同形态：“纯粹授权规范”和“法律保留规范”。“内容规范”从功能上可分为“适用性规范”与“形成性规范”。这四种不同类型的宪法规范赋予下位法的形成空间大小有别，可以宪法规范的类型分殊为框架，结合全国人大常委会的审查样态，尝试建构宽严相济的规范性文件合宪性审查标准体系。

**关键词：**合宪性审查 审查标准 层级结构 框架秩序 法律保留

党的二十大报告指出：“完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系……增强立法系统性、整体性、协同性、时效性。”具体而言，“坚持依法立法，最根本的是坚持依宪立法，坚决把宪法规定、宪法原则、宪法精神贯彻到立法中，体现到各项法律法规中”<sup>〔1〕</sup>。这首先要求立法不能与宪法相抵触。<sup>〔2〕</sup>在具体制度上，2023年修改的《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）要求宪法和法律委员会在法律草案审议结果报告和修改稿中，对涉及的合宪性问题予以说

\* 梁芷澄，北京大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金重大项目“国家治理现代化背景下保证宪法全面实施制度体系研究”（23ZDA074）、国家建设高水平大学公派研究生项目（留金选〔2024〕54号）的阶段性成果。

〔1〕 习近平：《谱写新时代中国宪法实践新篇章——纪念现行宪法公布施行40周年》，载《人民日报》2022年12月20日，第1版。

〔2〕 “立法不得与宪法相抵触”已成为备案审查的一项具体内容，2019年通过的《法规、司法解释备案审查工作办法》（2019年12月16日第十三届全国人大常委会第44次委员长会议通过）第36条规定：审查机关“发现法规、司法解释存在违背宪法规定、宪法原则或宪法精神问题的，应当提出意见”。这一规定已被新修改的《中华人民共和国立法法》所吸收，其将第5条修改为：“立法应当符合宪法的规定、原则和精神……”

明。此外，近几年“备案审查工作情况的报告”公布了多起规范性文件违宪的案例。<sup>〔3〕</sup>可以说，“规范性文件的合宪性审查”开始从政治文件的概括要求逐步成为具体的制度安排和法律实践，这意味着审查必须依照某种具体的、可操作的规范标准展开作业。

现行《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）第5条第3款规定：“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”此处的“同宪法相抵触”是“规范性文件合宪性审查”的基本要求，审查标准须在“同宪法相抵触”的规范表达上展开。那么，宪法文本中的“抵触”究竟为何意？既有研究往往从语义辨析层面对此概念进行抽象解读。<sup>〔4〕</sup>然而，抽象的“抵触”标准在合宪性审查实践中难以直接适用，仍有待进一步细化。宪法规范的结构和密度是合宪性审查机构进行合宪性审查工作的首要依据。因此，本文将在区分四种宪法规范结构类型——纯粹授权规范、法律保留规范、适用性规范与形成性规范——的基础上，结合法律草案说明、立法说明以及年度备案审查报告等实践材料，探究不同类型宪法规范保留给下位法形成空间的大小，尝试建构宽严相济的规范性文件合宪性审查标准体系。

## 一、宪法规范的结构：授权规范与内容规范

法实证主义在传统上通过区分法律规范的结构类型认识法律体系的性质和构成。它们往往将法律规范的结构区分为两种类型：一类是规范创设的规则，即人们可以根据此类规则的授权创设新的规范、取消或修改旧的规则；另一类是直接规范人们行为的规则，即通过权利义务的内容界定，直接形成和规范法律主体的作为或不作为。两类规范相辅相成，第一类规范可通过引入新的第二类规范，保证法律体系的动态发展。针对这一现象，学理层面有不同的名称对其加以描述：次级规则（secondary rules）和初级规则（primary rules）、<sup>〔5〕</sup>产生规则（Erzeugungsregel）和行为规则（Regeln menschlichen Verhaltens）<sup>〔6〕</sup>、动态原则和静态原则。<sup>〔7〕</sup>宪法文本中亦存在类似的规范功能区分的现象。为方便论述的展开，本文将第一种规范（规范创设的规则）称为“授权规范”，第二种规范（直接规定行为的规则）称为“内容规范”。<sup>〔8〕</sup>

### （一）宪法中的授权规范

宪法中存在诸多“规范创设的规则”，即授权规范。如我国《宪法》第67条第3项对全国人

〔3〕 自2018年起，历年“备案审查工作情况的报告”都会公布少数在备案审查中进行“合宪性审查”的案例。《2020年备案审查工作情况的报告》首次单列“合宪性、涉宪性问题”。可以预见的是，随着合宪性审查工作的全面铺开，未来处理和公布的“规范性文件合宪性审查”的案例会越来越多。

〔4〕 有学者提出应确立有机体系观下“事物的本质”标准，但这一标准仍过于抽象。参见王旭：《合宪性审查中“相抵触”标准之建构》，载《中国法学》2021年第6期。有学者总结了常见的11种“抵触”情形，但尚未形成“抵触”的科学标准。参见胡建森：《法律规范之间抵触标准研究》，载《中国法学》2016年第3期。

〔5〕 参见〔英〕哈特：《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，法律出版社2011年版，第74页。

〔6〕 梅克尔将法律规范区分为两类：一是人的行为规则（Regeln menschlichen Verhaltens）；二是规定如何创立、生成这些行为规则的规则，即产生规则（Erzeugungsregel）。

〔7〕 凯尔森同样将规则区分为两类：一是静态原则，即它们确定的人类行为被视为是应当去做的；二是动态原则，即被预设的基础规范仅仅包含着对创设规范之构成要件の設定，对制定规范之权威的授权。参见〔奥〕汉斯·凯尔森：《纯粹法学说》，〔德〕马蒂亚斯·耶施泰特编，雷磊译，法律出版社2021年版，第243-244页。

〔8〕 与法律规范一般直接针对个人不同，宪法规范的适用对象是公权力机关。虽然它们的规范对象存在差异，但宪法规范亦存在类似的功能分化现象。

大常委会修法权的规定、第116条关于自治条例和单行条例的生效规定等宪法规范，规定了立法的权限和程序，为法律体系的更新与发展提供了规范基础。下位法的产生与修改离不开宪法的授权，宪法与下位法据此形成“授权关系”。凯尔森将此种“授权关系”发展到了极致，提出宪法是授权规范的集合，并依靠宪法与下位法“授权关系”的建立，宪法处于法律体系的顶端。他认为，高层级规范若以规定的方式创设低层级规范，低层级规范的效力建立在高层级规范的授权基础上，那么高层级规范在它和低层级规范的关系中便具有宪法特征。<sup>〔9〕</sup>换句话说，宪法之所以具有最高法律地位，是因为下位法的效力均来自宪法授权。<sup>〔10〕</sup>凯尔森在此基础上提炼出“法逻辑意义上的宪法”，即它是实在法创设程序的出发点，设定法律创设之基础构成要件。<sup>〔11〕</sup>

与凯尔森的观点类似，有学者提出宪法是授权规范的集合，宪法与下位法的关系仅限于“授权关系”。<sup>〔12〕</sup>若据此理解，《立法法》等规定法律如何创制的法律同样具有最高法律效力，但却很难将它们理解为“法实证意义上的宪法”。<sup>〔13〕</sup>“法逻辑意义上的宪法”的理想模型，虽然揭示了宪法作为“授权规范”与下位法之间形式上的“授权关系”，但忽视了法实证意义上的宪法不仅包括“授权规范”，还包括直接调控下位法内容的规范。

## （二）宪法中的内容规范

宪法中包括直接影响下位法内容的规范，即“内容规范”。“内容规范”设定了立法机关的形成义务，即下位法的制定、解释与修改均不能脱离宪法“内容规范”的要求。如我国《宪法》第19条第5款“国家推广全国通用的普通话”的规定，从宪法内容上直接影响《国家通用语言文字法》的立法与解释。

与“授权规范”不同，“内容规范”与下位法之间并没有形成“授权关系”，那么它的最高法律地位从何而来？实际上，与“法逻辑意义上的宪法”不同，“法实证意义上的宪法”之所以具有最高法律效力，是因为宪法是制宪权的产物，具有最高的民主正当性。<sup>〔14〕</sup>因此，我国现行宪法文本才会规定“宪法具有最高的法律效力”“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”。换句话说，法实证意义上的宪法之所以被视为高级法（higher law），并不是因为宪法是授权规范的集合，而是人为预设了宪法具有最高法律效力。“内容规范”的最高法律效力得以证立。因此，宪法“内容规范”无可避免地影响下位法的内容形成，下位法的规范内容不得与宪法“内容规范”相抵触。

〔9〕 参见〔奥〕汉斯·凯尔森：《纯粹法学说》，〔德〕马蒂亚斯·耶施泰特编，雷磊译，法律出版社2021年版，第247-248页。

〔10〕 参见〔德〕马丁·博洛夫斯基：《论梅克尔的法律层级学说》，载张奠编著：《法治国作为中道：汉斯·凯尔森法哲学与公法学论集》，中国法制出版社2017年版，第218-220页。

〔11〕 参见〔奥〕汉斯·凯尔森：《纯粹法学说》，〔德〕马蒂亚斯·耶施泰特编，雷磊译，法律出版社2021年版，第247-248页。

〔12〕 参见王锴：《合宪性、合法性、适当性审查的区别与联系》，载《中国法学》2019年第1期。与之类似，陈景辉教授认为宪法是二阶共识的法律形式，即处理具体分歧的价值共识，部门法代表一阶共识，即在具体事情上的价值共识。参见陈景辉：《宪法的性质：法律总则还是法律环境？从宪法与部门法的关系出发》，载《中外法学》2021年第2期。

〔13〕 此处“法实证意义上的宪法”与“法逻辑意义上的宪法”相对应，它是指法律实践中的宪法文本，即宪法典。阿列克西认为，凯尔森将法逻辑意义上的宪法理解为纯粹的授权规范，意味着宪法概念的相对化，有别于“法实证意义上的宪法”。参见〔德〕罗伯特·阿列克西：《论凯尔森的宪法概念》，载张奠编著：《法治国作为中道：凯尔森法哲学与公法学论集》，中国法制出版社2017年版，第310-311页。

〔14〕 参见〔法〕西耶斯：《论特权第三等级是什么？》，冯棠译、张芝联校，商务印书馆1990年版，77-85页。

总的来说，宪法是授权规范和内容规范的集合。这意味着从逻辑上讲，下位法与宪法规范的“抵触”至少可以分为两种类型：一是下位法与宪法“授权规范”相抵触，涉及立法权限分配和立法程序的问题，即“法的违反”；二是下位法与宪法“内容规范”相抵触，宪法内容将直接影响下位法内容的形成空间，即“法的抵触”。〔15〕

那么我国《宪法》第5条第3款中的“同宪法相抵触”是否包含以上两种类型呢？肯定说认为，立法内容与立法形式均不能“同宪法相抵触”。〔16〕否定说认为，“同宪法相抵触”仅包括“法的违反”，解决的是“内容规范”与“授权规范”之间冲突的问题。〔17〕本文支持肯定说，理由在于“八二宪法”起草时，彭真指出：“法也要有自己的体系，前后、左右不能自相矛盾。”〔18〕这里的“自相矛盾”实际上就是“抵触”的同义替换。“八二宪法”通过之初，全国人大常委会就在工作报告中提出：新宪法公布之后，过去一些规定与宪法不符合甚至相抵触的地方，必须及时解决。〔19〕由此可见，宪法将所有规范性文件与宪法的冲突均纳入“抵触”概念的范畴，规则类型在所不问。换句话说，我国宪法文本中的“抵触”包括“法的违反”和“法的抵触”两种不同类型。

## 二、授权规范的两类型

宪法“授权规范”的着眼点是立法权限的分配，宪法授权是下位法效力的前提。只要下位法不逾越立法权限的范围，立法机关即可自主形成下位法的内容，即宪法“授权规范”对下位法在内容上不具有决定性，下位法自由形成规范内容的空间较大。相形之下，宪法文本中的“法律保留规范”实乃“授权规范”的例外情况，它并非完全与“内容”无涉，下位法内容的形成空间相对较小。因此，本文将“授权规范”进一步细分为“纯粹授权规范”（仅包括“授权关系”）和“法律保留规范”。需要强调的是，此处对不同规范结构的区分是宪法规范的理想类型，现实中并不存在绝对的“授权规范”或者绝对的“内容规范”，因为任何规范不可能完全没有实体内容。同一个宪法规范的结构可能在某部分存在“授权规范”面向，其他部分又存在“内容规范”面向。因此，下文所列事例所涉及的宪法规范内容，将会突出系争规范在“授权规范”面向上的适用特征，并不意味着系争规范完全不包含任何内容。

### （一）纯粹授权规范

“纯粹授权规范”仅涉及立法的权限和程序问题，不干预立法内容的积极形成。例如，全国人大常委会曾对《中华人民共和国人民法院组织法》的大量内容作出修改，而《宪法》第67条第3项规定：“全国人民代表大会常务委员会……在全国人民代表大会闭会期间，对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改，但是不得同该法律的基本原则相抵触。”因此，在审议中有人提出该法修订草案是由常委会审议通过还是由代表大会审议通过的疑问。〔20〕全国人大宪

〔15〕 既有研究往往将这两种规范冲突类型分别命名为“法的违反”和“法的抵触”，本文此处沿用这一称谓以便对既有研究的梳理与反思，具体论述参见袁勇：《法的违反情形与抵触情形之界分》，载《法制与社会发展》2017年第3期。

〔16〕 参见莫纪宏：《依宪立法原则与合宪性审查》，载《中国社会科学》2020年第11期。

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

〔18〕 彭真：《发展社会主义民主，健全社会主义法制》，载《论新中国的政法工作》，中央文献出版社1992年版，第295页。

〔19〕 参见杨尚昆：《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会工作报告》，载《新华月报》1983年第6期。

〔20〕 实际上，全国人大常委会修改法律的权限争议并非第一次出现，历次《中华人民共和国刑法》修改都存在超越“基本原则”边界的质疑。参见章秉光：《全国人大及其常委会立法权限关系检讨》，载《华东政法学院学报》2004年第3期。

法和法律委员会对这一疑问作出了回应：“这次修法没有改变我国人民法院的性质、地位、职权、基本组织体系、基本活动准则等，修改的内容都是属于补充、完善、调整、优化性质的，与人民法院组织法的基本原则不存在相抵触的情形。”<sup>〔21〕</sup>在这里，全国人大宪法和法律委员会实际上明确了全国人大和全国人大常委会立法权限的分工，并对《宪法》第67条第3项中的“基本原则”作出了解释，即“补充、完善、调整、优化性质”的规定不属于对法律基本原则的修改。

## （二）法律保留规范

从形式上看，“法律保留规范”要求某些事项必须以法律作出规定。若其他类型的规范性文件对法律保留事项作出规定，它将因超越立法权限而“同宪法相抵触”。此处仅讨论法律保留规范的形式特征，不涉及法律保留规范的具体内容，即只考虑宪法明确规定哪些事项必须由法律作出规定。至于法律保留涉及的内容是组织性法律保留，还是基本权利法律保留等类型，不在本文的讨论范围。例如，全国人大常委会在备案审查中发现：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，对公民通信自由和通信秘密保护的例外只能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。<sup>〔22〕</sup>实际上，全国人大常委会在这里作出了地方性法规违反法律保留的宪法判断。

从内容上看，“受法律保护”“依照法律规定”“由法律规定”等表述，构成了“宪法委托”。由于宪法规范的抽象性和原则性，宪法往往需要赋予立法者以法律的方式就某些细节性、特定性的内容作出规定。这意味着“法律保留规范”对下位法在内容上提出了某些要求。“法律保留规范”的内容要求，在我国合宪性审查实践中展现出以下几种不同样态：

首先，下位法不得收缩或扩张“法律保留规范”的构成要件。例如，2014年《中华人民共和国预算法》（以下简称《预算法》）的修订草案删减了关于宪法预算主体的规定。《宪法》第95条规定：地方各级人民代表大会和地方各级人民政府的组织由法律规定。这意味着《预算法》不得与宪法对地方各级人民政府的设置相冲突。《预算法》修订草案规定：“不具备设立预算条件的乡镇，经省级政府确定，可以不设立预算。”全国人大法工委认为，这一规定与《宪法》第95条不符，乡镇人大的一项重要职权是审查和批准本级预算和预算执行情况的报告，监督预算的执行。据此，规定乡镇一级均设立预算。简言之，《预算法》修订草案将《宪法》第99条的预算主体进行收缩，因此其“同宪法相抵触”。<sup>〔23〕</sup>再如，《宪法》第73条规定：“全国人民代表大会代表……有权依照法律规定的程序提出对国务院或者国务院各部、各委员会的质询案……”《宪法》的这一规定从内容上——质询对象（国务院或者国务院各部、各委员会）和质询方式（质询

〔21〕 沈春耀：《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国人民法院组织法（修订草案）〉审议结果的报告——2018年10月22日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第六次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2018年第6期，第747页。

〔22〕 参见沈春耀：《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会公报》2020年第1期。

〔23〕 参见洪虎：《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国预算法修正案（草案）〉修改情况的汇报——2012年6月26日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2014年第5期。

案)——划定立法边界。《全国人大议事规则》草案将质询对象扩张至“最高人民法院、最高人民检察院”。最终,审议机关删除了这一规定。<sup>[24]</sup>

其次,针对“法律保留规范”中的原则性内容,审查机关会就不同利益进行比较判断。例如,《宪法》第111条第1款规定:“城市和农村按居民居住地区设立的居民委员会或者村民委员会是基层群众性自治组织。居民委员会、村民委员会的主任、副主任和委员由居民选举。居民委员会、村民委员会同基层政权的相互关系由法律规定。”其中,该条既将“基层政权的相互关系”的规定权限配置给法律,又对基层政权作出了原则性规定,即村委会和居委会均是“基层群众性自治组织”。在《中华人民共和国城市居民委员会组织法》起草过程中,有常委会组成人员认为“规定政府同居民委员会是指导关系,与实际情况不尽一致”,“建议规定为领导关系”。法律委员会基于《宪法》第111条划定的内容框架认为,修改意见与宪法原则不符,“建议对草案不做改动”。<sup>[25]</sup>在《中华人民共和国村民委员会组织法》起草过程中亦碰到了类似的问题,法律委员会最终都根据《宪法》第111条决定对草案内容不作修改。<sup>[26]</sup>再比如,《宪法》第129条第3款规定:“人民法院的组织由法律规定。”在《中华人民共和国法官法》的制定过程中,最终删除了草案中“最高人民法院是全国法官的主管机关”的规定。<sup>[27]</sup>因为这一规定与《宪法》第132条将上下级法院之间的关系定位为“监督关系”的规定不符。

### 三、内容规范的两类型

宪法“内容规范”设定了立法机关的形成义务,直接影响下位法内容的形成,但不同类型的“内容规范”保留给下位法立法空间的大小并不相同。根据“内容规范”的不同功能,可将其分为两类:“适用性规范”与“形成性规范”。<sup>[28]</sup>“适用性规范”的任务是划定立法活动的规范边界,发挥“消极的边界控制”功能。“形成性规范”通过规定特定目标和形成原则指引立法活动,发挥“积极的内容形成”功能。<sup>[29]</sup>“适用性规范”通过规范意涵的解释,防止立法权限逾越宪法的框架界限,下位法的内容形成受到严格限制。而“形成性规范”的适用本身就依赖立法机关的“创造性填补”,下位法因而具有较大的形成空间。具体而言,审查机关基于宪法“形成性规范”的审查,

[24] 参见王汉斌:《全国人民代表大会会议事规则草案审议结果的报告》,载《社会主义民主法制文集》(下),中国民主法制出版社2012年版,第327页。

[25] 参见宋汝桢:《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国城市居民委员会组织法(草案修改稿)〉几点修改意见的汇报——1989年10月30日在第七届全国人民代表大会常务委员会第十次会议上》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1989年第6期。

[26] 参见周克玉:《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国村民委员会组织法(修订草案)〉初步审议情况的汇报——1998年8月24日在第九届全国人民代表大会常务委员会第四次会议上》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1998年第5期。

[27] 参见任建新:《关于〈中华人民共和国法官法(草案)〉的说明——1994年5月5日在第八届全国人民代表大会常务委员会第七次会议上》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1995年第1期。

[28] “适用性规范”与“形成性规范”的区分来源于博肯福德(Böckenförde)对法适用(Rechtsanwendung)与法形成(Rechtsgestaltung)的区分。法适用的目的是研究规范意涵,法形成则是对原则性或方针性规定进行创造性的填补(schöpferische Ausfüllung)。See E.-W. Böckenförde, *Fundamental Rights as Constitutional Principles*, translated by Thomas Dunlap & Ruth Zimmerling, in Mirjam Künkler & Tine Stein eds., *Constitutional and Political Theory*, Oxford University Press, 2017, pp. 255-256.

[29] 与本文宪法内容规范的功能区分相对应,张翔教授认为宪法对立法有两个层面的基本功能,即“内容形成”和“越界控制”。参见张翔:《“合宪性审查时代”的宪法学:基础与前瞻》,载《环球法律评论》2019年第2期。

只能审查下位法“是否”符合“形成性规范”的原则性要求（是否逾越框架界限），不能审查下位法“如何”实现这一原则（如何填补框架内容）。“是否”符合原则属于法律规范体系的内部控制，“如何”实现原则由立法机关通过政治过程的运作加以弥补，享有充分的立法形成自由。具体而言，“适用性规范”与“形成性规范”在我国合宪性审查实践中又存在多种表现形态，以下分述之：

### （一）适用性规范

#### 1. 宪法权利规范

宪法权利的防御权功能要求下位法不得过度干预公民权利的实现。在这个意义上，“宪法权利规范”发挥着“消极的边界控制”功能，立法机关的形成空间受此规范的约束。<sup>〔30〕</sup>在我国合宪性审查的实践中，审查机关基于“宪法权利规范”对下位法进行的审查，直接从宪法规范的意涵出发：

首先，下位法不得收缩或扩张宪法权利的构成要件。例如，2002年修改《中华人民共和国水法》（以下简称《水法》）时，修订草案考虑到1988年《水法》将农村集体组织水塘、水库中的水归属于集体所有的规定，与《宪法》第9条第1款“……水流……等自然资源，都属于国家所有”的规定相冲突，从而将“属于集体所有”改为“归各该农村集体经济组织使用”，以保证与宪法及现行法律对水资源为国家所有的规定保持协调一致。<sup>〔31〕</sup>

其次，下位法若构成对宪法权利的限制，审查机关需要对系争价值进行比较判断。例如，有的地方性法规规定，有关行政部门为调查计划生育违法事实，可以要求当事人进行亲子鉴定。审查机关认为，这一规定涉及公民人格尊严、身份、隐私和家庭关系和谐稳定，属于公民基本权益，受宪法法律保护，要求制定机关作出修改。<sup>〔32〕</sup>此处审查机关实际上对“行政机关强制亲子鉴定”的具体措施与宪法价值进行权衡，最终得出结论。再如，2015年《中华人民共和国大气污染防治法（修订草案二次审议稿）》[以下简称《大气污染防治法（修订草案二次审议稿）》]第58条曾规定：“省、自治区、直辖市人民政府根据本行政区域大气污染防治的需要和机动车排放污染的状况，可以规定限制机动车通行的类型、区域和时间。”但是，有常委会委员和社会公众指出：限制机动车通行涉及公民财产权的行使，因此应当更加慎重。法律委员会最终决定删除这一规定。<sup>〔33〕</sup>再如，最高人民法院司法解释将人身损害赔偿金区分不同标准的规定，存在与宪法平等精神不一致的嫌疑，有公民据此提出合宪性审查建议。全国人大法工委审查对此表示认同，并建议最高人民法院对相关司法解释作出修改。<sup>〔34〕</sup>

〔30〕 博肯福德基于基本权利主观自由权面向的防御权功能，将其归纳为“法适用”的范畴，并视为宪法作为“框架秩序”（Rahmenordnung）的规范界限。See E.-W. Böckenförde, *Fundamental Rights as Constitutional Principles*, translated by Thomas Dunlap & Ruth Zimmerling, in Mirjam Künkler & Tine Stein eds., *Constitutional and Political Theory*, Oxford University Press, 2017, pp. 263-265.

〔31〕 参见乔晓阳：《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国水法（修订草案）〉修改情况的汇报——2002年4月26日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2002年第5期。

〔32〕 参见沈春耀：《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2021年备案审查工作情况的报告——2021年12月21日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十二次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2022年第1期。

〔33〕 参见孙宝树：《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国大气污染防治法（修订草案）〉审议结果的报告——2015年8月24日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2015年第5期。

〔34〕 参见沈春耀：《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2020年备案审查工作情况的报告——2021年1月20日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2021年第2期。

## 2. 国家职权规范

全国人大常委会在实践中还会基于“国家职权规范”对下位法的合宪性进行审查。下位法对国家机关权限范围的具体化，不得违背宪法“国家职权规范”的要求。“国家职权规范”同样发挥着“消极的越界控制”功能，不涉及下位法“积极的内容形成”。因此，基于“国家职权规范”审查下位法的合宪/违宪判断，直接从规范内容出发，审查下位法是否收缩或扩张“国家职权规范”的构成要件。例如，1997年《中华人民共和国刑法（修订草案）》〔以下简称《刑法（修订草案）》〕规定：“被判处三年以上有期徒刑的犯罪分子和被判处剥夺政治权利的犯罪分子，如果有军衔、警衔或者勋章的，应当一并判处剥夺。”全国人大常委会在审议过程中删除了这一规定，认为既然国家勋章的授予由国家权力机关决定，那么，对国家勋章的剥夺也应由国家权力机关决定，不宜由法院判处剥夺。<sup>〔35〕</sup>再如，2002年《中华人民共和国测绘法（修订草案）》〔以下简称《测绘法（修订草案）》〕规定自治州、县、自治县、市行政区域界线标准画法图由省级人民政府批准后公布。该规定与《宪法》第89条国务院的职权规定相抵触，自治州、县、自治县、市的建置和区域划分应由国务院批准，而非省级人民政府。因此法律工作委员会将草案的这一规定修改为“……由国务院民政部门 and 国务院测绘行政主管部门拟订，报国务院批准后公布”。<sup>〔36〕</sup>

### （二）形成性规范

“形成性规范”发挥“积极的内容形成”功能。在“是否”立法的层面，下位法受到“形成性规范”的内容调控，即下位法必须在具体的法律条文中体现“形成性规范”的原则要求；但至于“如何”实现“形成性规范”的原则目标，立法机关可通过政治过程进行“创造性填补”，享有充分的内容形成空间。在全国人大常委会的合宪性审查实践中，“形成性规范”具体包括以下两种规范样态：

#### 1. 国家目标规范

我国《宪法》“明确规定了国家的根本任务、发展道路、奋斗目标，经济建设、政治建设、文化建设、社会建设、生态文明建设和国家各方面事业”<sup>〔37〕</sup>。这些规定构成了我国的“国家目标规范”，它们具有动态和持续形塑国家的功能，构成立法的宪法动因和立法权形成自由的框架。<sup>〔38〕</sup>全国人大常委会基于“国家目标规范”对下位法进行的审查，重点关注下位法是否有违国家目标及其所蕴含的宪法精神。例如，全国人大常委会在修改《中华人民共和国人口与计划生育法》（以下简称《人口与计划生育法》）的过程中，对修法的合宪性进行了论证，并作出了宪法判断——修法没有违反《宪法》第25条的规范目的。宪法和法律委员会、法制工作委员会认为：我国《宪法》第25条体现了问题导向与目标导向相统一、指向性与方向性相统一，具有相当的包容性和适应性，可以涵盖不同时期实行的生育政策、相关工作及配套措施。《人口与计划

〔35〕 参见薛驹：《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国刑法（修订草案）〉、〈中华人民共和国国防法（草案）〉和〈中华人民共和国香港特别行政区选举第九届全国人民代表大会代表的办法（草案）〉审议结果的报告》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1997年第2期。

〔36〕 参见张绪武：《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国测绘法（修订草案）〉审议结果的报告——2002年8月23日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2002年第5期。

〔37〕 栗战书：《使全体人民成为宪法的忠实崇尚者自觉遵守者坚定捍卫者：在深入学习宣传和贯彻实施宪法座谈会上的讲话》，载《中国人大》2018年第7期，第7页。

〔38〕 参见张翔：《环境宪法的新发展及其规范阐释》，载《法学家》2018年第3期。

生育法》的修改是“与时俱进理解和把握宪法规定和精神的具体体现，也是与时俱进通过立法推动和保证宪法实施的生动实践，符合宪法规定和精神”。〔39〕

## 2. 宪法权利的价值规范

宪法中的基本权利规范具有两种不同的面向：一是基于基本权利的主观自由权面向，基本权利发挥防御权功能，下位法不得过度干预基本权利，属于前文“适用性规范”的范畴；二是基于基本权利的客观面向，其在整个法体系中发挥着“客观价值秩序”的功能，并聚焦于基本权利价值在法体系中的实现，属于“形成性规范”的范畴。这意味着下位法既要积极采取措施实现基本权利，又不得偏离基本权利所保护的利益和价值。本文将后者称为“宪法权利的价值规范”，与“宪法权利规范”相区分。

全国人大常委会基于“宪法权利的价值规范”的审查，主要关注下位法通过政治过程形成的规范内容是否遵守了基本权利的价值要求，是否有违宪法精神。例如，1993年国务院曾提出出版法草案，但全国人大法工委研究后认为，草案与《宪法》第35条不一致，将出版自由理解为投稿自由。〔40〕最终，国务院以“先颁布行政法规，待时机成熟时再制定法律”为由撤回议案。〔41〕在《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）起草过程中，为了实现“社会主义公共财产神圣不可侵犯”的宪法精神，加强了对社会主义公共财产尤其是国有财产的保护。〔42〕此外，诸多法律规定“根据宪法”，意味着“宪法权利的价值规范”在要求法律不得偏离宪法权利所保护的利益和价值。例如，《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）制定过程中，有人提出，我国宪法规定国家尊重和保障人权、公民的人格尊严不受侵犯、公民的通信自由和通信秘密受法律保护，制定实施本法对于保障公民的人格尊严和其他权益具有重要意义，建议在草案二次审议稿第1条中增加规定“根据宪法”制定本法。宪法和法律委员会采纳了这一意见。〔43〕

## 四、“同宪法相抵触”的三种审查标准

四种类型宪法规范保留给下位法的形成空间大小各异，这意味着审查机关基于不同类型宪法规范的审查标准松紧有别。需要有所区别的是，此处的审查标准并不等同于英国式或者美国式的审查强度。从审查对象上看，基本权利的审查强度理论针对的是系争法律规范的立法事实，审查机构运用比例原则的思考框架对立法事实进行不同程度的审查。然而，本文所说的审查标准是一种从宪法规范结构的特征出发，以宪法的规范密度和保留给立法者的形成自由为标准，区分出的

〔39〕 参见《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国人口与计划生育法（修正草案）〉审议结果的报告——2021年8月19日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员公报》2021年第6期。

〔40〕 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。

〔41〕 参见《全国人大法律委员会关于第八届全国人大第四次会议主席团交付审议的代表提出的议案审议结果的报告——1996年12月30日第八届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员公报》1996年第9期。

〔42〕 参见吴邦国：《正确处理惩治犯罪和保障人权的关系》，载《吴邦国论人大工作》（下），人民出版社2017年版，第352页。

〔43〕 参见江必新：《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国个人信息保护法（草案）〉审议结果的报告——2021年8月17日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员公报》2021年第6期。

阶层化审查标准。此种审查标准面向的不是立法事实，而是宪法规范与系争规范之间的结构性关系，审查标准的阶层化标准也不是基本权利审查领域的比例原则，而是宪法的规范密度及结构特征。因此，下文尝试在宪法规范类型区分的框架下，结合全国人大常委会的合宪性审查实践，搭建“同宪法相抵触”的审查标准体系。

### （一）抵触授权规范的审查标准

#### 1. 纯粹授权规范的中度审查：针对法律

首先，我国法律的制定和修改机关与宪法监督机关均是全国人大及其常委会，主体的重合导致全国人大及其常委会基于“纯粹授权规范”进行审查的标准相对宽松。如前文所举事例，全国人大法律委员会（现已更名为宪法和法律委员会）在面对修法权限的质疑时，主动对《宪法》第68条第3款进行解释，以保证法律草案的合宪性。更为典型的例子是：1982年《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》（以下简称《地方组织法》）和2000年《立法法》，它们均在2018年《宪法》修订之前规定省会市和较大的市（2015年《立法法》修改后扩大至所有设区的市）享有地方立法权，与《宪法》第100条将地方立法权仅授予“省级人大常委会”的规定不符。直至2018年修宪之前，全国人大及其常委会都没有判定《地方组织法》和《立法法》中的规定与《宪法》第100条“相抵触”，反而将下位法的规定借鉴到《宪法》当中。有学者将这一现象称为“立法发展宪法”。〔44〕全国人大及其常委会采取这一做法的理由在于：我国“民主集中制”指向的是“国家决策的正确性（Richtigkeit）和理性（Rationalisierung）”〔45〕。全国人大及其常委会在行使法律制定权或修改权时，认定权力的行使符合正确性和理性的要求。此类合宪性审查标准相对宽松。在这个意义上，笔者认同合宪性审查的基本功能在于实现对国家公权力行为的正当化，而非否定国家行为。〔46〕

其次，此类审查的“宽松”态度并不是一味地迁就法律对“纯粹授权规范”的突破，其边界在于“法律不得违背宪法目的”。例如，1980年《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）将宪法中自治条例和单行条例“批准后生效”的制度，修改为“备案”，阻碍了中央控制地方立法的宪法目的，构成“抵触”。2001年《婚姻法》修改过程中，有的常委委员提出，《婚姻法》应当与在其后制定的《宪法》《立法法》中有关民族自治地方有权制定变通规定的条文相衔接。〔47〕全国人大法律委员会采纳了这一意见。与之相反，1982年《地方组织法》和2000年《立法法》扩充地方立法权主体，并不妨碍“八二宪法”第100条立法目的——立法权的下放——的实现，这种与宪法规范的“不一致”不被认为“同宪法相抵触”。

总之，全国人大及其常委会基于“纯粹授权规范”的审查，只需审查法律“是否”阻碍“纯粹授权规范”目的的实现，至于法律“如何”实现宪法目的，立法机关享有较大的形成自由，本文将其归纳为“中度审查”标准（相较于后文的宽松审查、严格审查而言）。也就是说，法律若与纯粹授权规范“不一致”，只要法律没有阻碍宪法目的的实现，就不应判定“抵触”。在这个意义上，“符合法

〔44〕 参见林彦：《通过立法发展宪法——兼论宪法发展程序间的制度竞争》，载《清华法学》2013年第2期。

〔45〕 张翔：《我国国家权力配置原则的功能主义解释》，载《中外法学》2018年第2期，第293页。

〔46〕 参见韩大元：《关于推进合宪性审查工作的几点思考》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2018年第2期。

〔47〕 参见顾昂然：《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国婚姻法修正案（草案）〉审议结果的报告——2001年4月24日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2001年第4期。

律的宪法解释”、逆向的“以宪就法”是合理的；<sup>〔48〕</sup>甚至存在立法发展/修改宪法的空间。<sup>〔49〕</sup>

## 2. 纯粹授权规范的严格审查：针对行政法规和地方性法规

与法律草案/法律的合宪性审查不同，行政法规和地方性法规的制定主体与合宪性审查机关并不重合，它们往往成为全国人大常委会的重点关注对象，以实现法治统一的备案审查目标。<sup>〔50〕</sup>此外，“纯粹授权规范”往往会规定行政法规、地方性法规的制定权限和程序。《立法法》第8条和第9条对法律、行政法规和地方性法规的制定权限进行了划分，这种以重要程度而非影响范围为标准的划分方法，目的是保证中央立法权，提高立法质量，防止行政部门和地方政府乱作为。因此，对行政法规、地方性法规是否符合宪法中的授权规范，应适用“严格审查”标准，即只要行政法规和地方性法规超越立法权限和程序即构成“抵触”，无立法形成的空间。

## 3. 法律保留规范的严格审查

审查机关基于“法律保留规范”的审查可分为两个步骤：

第一步：审查机关首先审查下位法是否满足“法律保留规范”的形式要求，即某些事项只能由法律作出规定。宪法之所以规定“法律保留”，是因为宪法起草者认为某些事项如此重要只能由中央通过法律统一作出规定，地方立法机关、行政机关均不得侵犯中央立法权，以保证立法质量。<sup>〔51〕</sup>行政法规、地方性法规若违背这一立法权限规范则构成“抵触”，尚无可变通之空间。

第二步：审查机关不仅要审查法律“是否”落实“法律保留规范”的价值要求，还要审查法律“如何”实现“法律保留”的具体事项。此处法律的形成空间相对较小，不能将与宪法不一致的立法视为对宪法的“发展/修改”。具体而言，此种标准的适用在实践中主要包括以下两种方式：

一是审查下位法“是否”符合宪法要求，即下位法不得收缩或扩张宪法规范的构成要件。例如，前文所举的案例，《宪法》第73条规定质询案的对象只能是“国务院或者国务院各部、各委员会”，即行政分支，那么《全国人大议事规则》就不能将质询对象扩展至其他权力分支——最高人民法院和最高人民检察院。再比如，《宪法》第40条第2句规定了通信检查的主体要件、检查条件以及程序要件。其中，有学者认为，《中华人民共和国监狱法》多处将监狱和公安机关并列规定，且其第4条规定监狱由“监狱的人民警察”依法管理，因此将“监狱”纳入检查主体是合理的。<sup>〔52〕</sup>与之相对的是，若将人民法院和国务院证券监督管理机构解释为检查主体，已然超越文字射程。此外，《宪法》第40条对检查条件的规定也是明确的，即“国家安全或者追查刑事犯罪”，凡是不属于此类原因，均不能对公民通信进行检查，否则“同宪法相抵触”。<sup>〔53〕</sup>

二是审查下位法“如何”实现宪法要求，这意味着审查机关可对立法机关为实现“宪法委托”选择的具体方案进行审查，此种审查主要涉及“价值权衡”问题。然而，审查机关对于“价值衡量”问题，难以通过下位法规则与宪法规范的字面比对或解释进行合宪/违宪判断，而需要

〔48〕 参见杜强强：《符合法律的宪法解释与宪法发展》，载《中国法学》2022年第1期。

〔49〕 参见林彦：《通过立法发展宪法——兼论宪法发展程序间的制度竞争》，载《清华法学》2013年第2期；李少文：《地方立法权扩张的合宪性与宪法发展》，载《华东政法大学学报》2016年第2期。

〔50〕 近几年全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会备案审查工作情况的报告，披露的大都是行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的审查情况。由此可见，全国人大常委会的备案审查工作重点正是此类规范。

〔51〕 参见张翔：《基本权利限制法律保留的中国方案》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2023年第6期。

〔52〕 参见杜强强：《符合法律的宪法解释与宪法发展》，载《中国法学》2022年第1期。

〔53〕 参见梁芷澄：《通信秘密保护范围的解释路径：原旨立场与比较考察》，载《北大法律评论》第22卷第2辑，北京大学出版社2022年版，第157-159页。

根据宪法规范解读出来的宪法原则或价值进行衡量。审查机关在此通过“价值衡量”作出的合宪/违宪判断，可否定法律的具体内容，法律的形成空间受到审查机关的严密监控。如前述实例，宪法规定村委会和居委会属于“基层群众性自治组织”，法律不能将政府同居委会和村委会的关系理解为“领导关系”，否则构成“抵触”。<sup>[54]</sup>

总之，审查机关基于“法律保留规范”对下位法进行的审查，不仅要审查下位法“是否”符合宪法规范，还要审查下位法的具体措施“如何”实现宪法规范，审查机关可依其价值判断推翻通过政治过程形成的法律内容，致使立法形成空间相对较小，本文将此总结为“严格审查”标准。

## （二）抵触内容规范的审查标准

### 1. 适用性规范的严格审查

审查机关基于“适用性规范”的审查包括两个层面：

一是审查下位法“是否”符合宪法要求，它主要处理的是法体系内部规范之间的关系问题。基于“适用性规范”的审查，主要体现为下位法不得收缩或扩张“适用性规范”的构成要件。具体而言，在基于“宪法权利规范”的审查中，《水法》规定水属于集体所有，与宪法中水属于国家所有的规定不符，二者权利主体的冲突构成“抵触”。<sup>[55]</sup>在基于“国家职权规范”的审查中，1997年《刑法（修订草案）》、2002年《测绘法（修订草案）》因将宪法中某主体享有的职权授予其他主体而“同宪法相抵触”。

二是审查下位法“如何”实现宪法要求，它要求审查机关考察立法机关形成的具体内容是否符合宪法价值。因此，此类审查不能从规范构成要件的比对中得出结论，而需要审查机关进行“价值衡量”。例如，前文所举“行政机关强制亲子鉴定”的规定，涉及地方性法规落实《人口与计划生育法》具体措施，审查机关有权对该措施是否符合宪法价值进行审查。<sup>[56]</sup>再如，2015年《大气污染防治法（修订草案二次审议稿）》基于宪法财产权的保护，删除了机动车“限行”的规定。<sup>[57]</sup>再如，全国人大法工委认为最高人民法院司法解释将人身损害赔偿金区分不同标准的规定有违平等精神。<sup>[58]</sup>在这三个案例中，审查机关运用“价值衡量”的方式，审查下位法基于政治过程形成的规范内容是否“同宪法相抵触”。审查机关基于此类审查可直接介入“政治过程”，调控立法

---

[54] 参见宋汝芬：《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国城市居民委员会组织法（草案修改稿）〉几点修改意见的汇报——1989年10月30日在第七届全国人民代表大会常务委员会第十次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1989年第6期；周克玉：《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国村民委员会组织法（修订草案）〉初步审议情况的汇报——1998年8月24日在第九届全国人民代表大会常务委员会第四次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1998年第5期。

[55] 参见乔晓阳：《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国水法（修订草案）〉修改情况的汇报——2002年4月26日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2002年第5期。

[56] 参见沈春耀：《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2021年备案审查工作情况的报告——2021年12月21日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十二次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2022年第1期。

[57] 参见孙宝树：《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国大气污染防治法（修订草案）〉审议结果的报告——2015年8月24日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2015年第5期。

[58] 参见沈春耀：《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2020年备案审查工作情况的报告——2021年1月20日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2021年第2期。

的形成空间。然而，“价值权衡”容易招致非议。实践中全国人大法工委往往通过公开说理的方式避免争议，以加强其审查结论的正当性。但既有案例的说理仍显薄弱，对于价值权衡问题，全国人大法工委本身就需要进行大量调研和论证，未来可以考虑将这一部分的合宪性审查过程予以公开，以增强价值衡量的说服力。

“是否”及“如何”实现宪法要求的审查，既涉及宪法文本的规范理解，又涉及政治过程的“价值权衡”问题，立法机关形成自由的空间相对较小。本文将此种审查归纳为“严格审查”。

## 2. 形成性规范的中度审查

“形成性规范”离不开下位法的“创造性填补”，这意味着立法机关拥有较大的形成自由。审查机关基于“形成性规范”的审查，只能审查下位法“是否”违背宪法目的，不能审查下位法“如何”实现宪法目的。换句话说，审查机关不得介入下位法内容形成的政治过程，立法机关可自由采取其认为合适的手段实现宪法目的。此种审查既不同于“严格审查”（审查下位法“是否”及“如何”实现宪法要求），又不同于后文提及的“宽松审查”（可适当偏离宪法目的），可归纳为“中度审查”标准。

具体而言，我国宪法中的“国家目标规范”对下位法的影响“宽而浅”：“宽”是指“国家目标规范”涉及立法的方方面面，从适用范围上讲它是宽泛的；“浅”是指“国家目标规范”的作用仅是为立法提供一个方向性指引。例如，立法机关为落实《宪法》第25条“国家推行计划生育”，于2001年通过《人口与计划生育法》。该法第18条第1款规定：“国家……提倡一对夫妻生育一个子女。”2021年通过的《中华人民共和国人口与计划生育法（修正草案）》将原法第18条第1款修改为：“一对夫妻可以生育三个子女。”无论是旧法“生育一个子女”还是新法“生育三个子女”的规定，均属于需要结合社会发展情况进行政治判断的范畴，只要这种政治判断不违反《宪法》第25条的规范目的——“使人口的增长同经济和社会发展计划相适应”，审查机关就会认定合宪。<sup>〔59〕</sup>

此外，“宪法权利的价值规范”同样仅具有“指引立法”的功能。审查机关只需审查下位法“是否”违背宪法权利的价值要求，无须审查宪法权利“如何实现”或“实现程度”的问题。例如前文所举实例，立法将《宪法》第35条“出版自由”理解为“投稿自由”即属于偏离基本权利的价值，构成“抵触”。而对《物权法》的审查只需符合《宪法》第12条“保障社会主义公共财产”的基本价值，至于如何保障则不属于合宪性审查的范围。审查机关仅要求《个人信息保护法》不得偏离人权（《宪法》第33条）、人格尊严（《宪法》第38条）和通信权（《宪法》第40条）的权利价值，至于法律如何实现这些基本权利在所不问。

## 3. 地方性法规中的地方事项：宽松审查

地方立法机关就地方事项进行立法，享有更大的形成空间。审查机关基于“内容规范”对“地方性法规中的地方事项”进行审查，即使其偏离“内容规范”的宪法目的，只要这种“偏离”符合地方立法机关基于公共利益作出的判断，就不会判定“抵触”。此种审查相较于“严格审查”和“中度审查”更为宽松，本文将之归纳为“宽松审查”标准。例如，2015年《大气污染防治

〔59〕 参见《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国人口与计划生育法（修正草案）〉审议结果的报告——2021年8月19日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2021年第6期。

法（修订草案二次审议稿）》虽然在中央立法层面删除机动车“限行”的规定，但它将规定权限下放至地方性法规，由地方根据具体情况在地方性法规中规定。<sup>〔60〕</sup>也就是说，全国人大常委会尽管认为机动车“限行”有违宪法财产权的规定，但其认为地方各级人大根据实际情况作出“限行”的规定，并不“抵触”宪法。由此可见，地方立法机关相较于中央立法机关，具有更大的形成自由，其审查标准也更为宽松。

然而，此种类型的审查仅适用于地方性法规中的“地方事项”，若属于“中央事项”则仍适用上述其他审查标准。例如，全国人大常委会法工委认为，“使用本民族语言文字或者本民族通用的语言文字进行教学”“经本地教育行政部门同意，有条件的民族学校部分课程可以用汉语言文字授课”等地方性法规的规定，因违反《宪法》第19条第5款“国家推广全国通用的普通话”，构成“抵触”。<sup>〔61〕</sup>此处审查机关将“推广普通话”视为“中央事项”，属于基于“国家目标规范”进行的审查，适用“中度审查”标准。

此类规范适用“宽松审查”标准的理由在于：这有助于充分发挥地方的主动性、积极性，有效管理地方事务。彭真指出：“只要同中央的方针政策不抵触，就要放手让地方去做。不能什么都统得死死的。”<sup>〔62〕</sup>此外，地方立法承担着为中央立法积累经验的功能，实践中全国人大常委会也倾向于尊重地方立法实验。<sup>〔63〕</sup>此时如果仍然坚持适用“严格审查”或“中度审查”，地方立法的形成空间将会受到过度限制，无助于地方立法的规范创新。况且，若中央立法机关不满地方立法机关的规定，完全可以另行制定明确的规则加以取代。<sup>〔64〕</sup>

“同宪法相抵触”的审查标准请参见表1。三种不同程度审查标准的具体内容请参见表2。

表1 “同宪法相抵触”的审查标准

规范类型		审查标准	
授权规范	纯粹授权规范	审查对象：法律	中度审查
		审查对象：行政法规、地方性法规	严格审查
	法律保留规范		严格审查
内容规范	适用性规范	宪法权利规范	严格审查
		国家职权规范	
	形成性规范	国家目标规范	中度审查
		宪法权利的价值规范	
地方性法规中的地方事项		宽松审查	

〔60〕 参见孙宝树：《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国大气污染防治法（修订草案）〉审议结果的报告——2015年8月24日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2015年第5期。

〔61〕 参见沈春耀：《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2020年备案审查工作情况的报告——2021年1月20日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2021年第2期。

〔62〕 《彭真传》编写组：《彭真年谱》（第五卷），中央文献出版社2012年版，第156页。

〔63〕 参见邢斌文：《地方立法合宪性审查：内涵、空间与功能》，载《内蒙古社会科学（汉文版）》2019年第1期。

〔64〕 参见俞祺：《论与上位法相抵触》，载《法学家》2021年第5期。

表 2 三种不同程度的审查标准

审查标准	具体审查内容
严格审查	不仅审查下位法“是否”符合宪法要求，还要审查下位法“如何”实现宪法要求
中度审查	只审查下位法“是否”符合宪法要求
宽松审查	地方立法机关基于公共利益，享有更大的形成空间

## 五、结 语

“同宪法相抵触”是我国规范性文件合宪性审查的概括标准。不同类型的宪法规范由于其结构和功能上的独特性，保留给下位法的形成空间不尽相同。下位法形成空间的差异直接影响“相抵触”标准的松紧。因此，本文首先基于宪法规范形式和内容的不同，区分“授权规范”和“内容规范”。“授权规范”在宪法文本中表现为“纯粹授权规范”和“法律保留规范”两种形式。“内容规范”从功能上可进一步区分为“适用性规范”和“形成性规范”。在宪法规范类型区分的基础上，本文通过总结全国人大常委会的合宪性审查实践，尝试建构张弛有度的“抵触”标准。审查标准的松紧意味着立法机关形成空间的大小。审查标准越宽松，意味着宪法越能容忍“不一致”的立法，立法发展宪法的空间也就越大。当然，本文的结论只是追求规范性的一种尝试，“抵触”标准未必足够精确。未来合宪性审查案例的陆续公布将有助于跨越理论研究 with 宪法实践之间的藩篱，推动合宪性审查“相抵触”标准的进一步细化。

---

**Abstract:** “Violating the Constitution” in Constitution Article 5 paragraph 3 is the generalized standard of the constitutional review of normative documents. Different types of constitutional norms reserve different space for the formation of law, which means that the examination standard of law “violating the Constitution” needs to be further refined. The refinement of “violating” criteria should be based on the classification of constitutional norms. According to the different characteristics of the form and content of constitutional norms, they can be divided into “authorization norm” and “content norm”. “Authorization norm” shows two different forms: “pure authorization norm” and “legal reservation norm”. “Content norm” can be divided into “applicability norm” and “formative norm”. These four different types of constitutional norms give different space to the formation of laws, so we should take the types of constitutional norms as the framework and combine with the review practice of the NPC Standing Committee to try to construct a standard system for the constitutional review.

**Key Words:** constitutional review, constitutional review standard, hierarchical structure, frame order, legal reservation

---

(责任编辑：于文豪)