



中国人民大学	人大图书馆	人大法学院	法学教育网	中华法律文化网	中国民商事法律网	中国刑事法律网	中国诉讼法律网	中国法学会网	法学家杂志
北大公法网	北大软法网	法治政府网	中国法学网	中国宪法网	中国法律信息网	中国审判信息网	中国社会科学网	武大环境法所	法制日报网
中国法学期刊	爱思想网	中国普法网	地方立法网	北大法律信息网	法律图书馆	国家监察委员会	中国人民政协网	人民法院报	检察正义网
普世社科研究	国家图书馆	无讼搜索	裁判文书网	中央人民政府网	全国人民代表大会	中央机构编制网	政府法制信息网	最高人民法院	最高检察院
美国最高法院	德宪法法院	欧人权法院	日本裁判所	法国宪法委员会	俄罗斯宪法法院	英国最高法院网	奥地利宪法法院	韩国宪法法院	法源法律网

摘要:在我国,合宪性审查可以纵向维度分为中央和地方两个层次。除全国人大及其常委会之外,省、自治区人大常委会也有权进行合宪性审查,其具体形式为设区的市地方性法规的审批制度。不与《宪法》相抵触是设区的市地方性法规获得批准从而得以公布施行的前提。这一类合宪性审查的直接规范依据包括《宪法》第100条第2款、《立法法》第72条第2款和《地方各级人民代表大会和地方政府组织法》(以下简称《地方组织法》)第7条第2款。在现阶段,省、自治区人大常委会的合宪性审查具有特殊功效。作为分散式审查,它能够在一定程度上提升工作效能,满足社会各界的现实需求。作为事前型审查,它有助于实现经常性的宪法监督,预先“过滤”掉明显不合宪的地方性法规。作为柔性审查,它一般不会产生“不予批准”的决定,可以减少阻力,比较便宜易行。然而,这一类合宪性审查并不理想,鲜有实例。它存在若干局限,有待于完善和推进。

关键词: 省、自治区人大常委会 合宪性审查 设区的市 地方性法规

一、问题的提出

关于合宪性审查的概念,学界始终存在争议。根据比较主流的论说,可以将“合宪性审查”界定如下:特定国家机关根据《宪法》、法律规定的权限及程序,审查其他国家机关及有关组织、个人之规范行为和具体行为的合宪性,就该行为是否符合《宪法》以自己的名义对外作出判断并进行相应处理从而决定其效力的制度。根据我国现行《宪法》第62条第2项和第67条第1项的规定,^[1]全国人民代表大会及其常务委员会^[2]有权监督《宪法》的实施。基于这一规定,学界的传统理论将我国的合宪性审查主体限定为“全国人大及其常委会”。^[3]其中,全国人大常委会是常设性的合宪性审查主依。经过2018年3月局部修宪,作为全国人大专门委员会的“法律委员会”更名为“宪法和法律委员会”。^[4]2018年10月,全国人大常委会法制工作委员会^[5]设立了宪法室。上述两个机关将在我国的合宪性审查中发挥重要作用。但就我国的宪制安排来看,二者并非合宪性审查主体,无法以自己的名义独立对外作出合宪与否的正式判断。

言及至此,我们或许可以变换视角,从纵向维度思考如下问题:特定的地方人大常委会可否审查特定地方立法的合宪性?传统理论并不认同我国存在央地并行的合宪性审查模式。^[6]但就现行的实定法而言,合宪性审查主体也许并不局限于单一的中央层次,原因在于:在审批设区的市地方性法规的过程中,省、自治区人大常委会有可能充当合宪性审查主体。在“设区的市扩容立法”与“推进合宪性审查工作”的背景之下,本文聚焦于设区的市地方性法规的审批制度:一方面,试图分析这一类合宪性审查的规范依据,它们可见于《宪法》《立法法》《地方组织法》;另一方面,旨在检视其制度机理,作为分散式审查、事前型审查、柔性审查,这一类合宪性审查存在相应的功效和局限。

二、省、自治区人大常委会之合宪性审查的规范依据

各省、自治区的“立法条例”或者其他相关立法在不同程度上规定了省、自治区人大常委会的合宪性审查。譬如,《江西省立法条例》第57条规定:“省人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规,应当对其合法性进行审查,同宪法、法律、行政法规或者本省的地方性法规不抵触的,应当在四个月内予以批准;同宪法、法律、行政法规或者本省的地方性法规相抵触的,可不予批准,也可以采取附修改意见的方式批准。”这里明确了省人大常委会应当审查报批的地方性法规是否与《宪法》相抵触。但是,倘若缺乏上位法的支持,诸如此类的规定本身就存在合法性问题甚至合宪性问题,或者说,此种“合宪性审查”在规范意义上无法成立。尽管政学两界鲜有论及,但综观《宪法》《立法法》《地方组织法》的有关规定,我们可以在规范层面证成省、自治区人大常委会的合宪性审查,它的具体表现即设区的市地方性法规的审批制度。考虑到“合宪性审查”与相关范畴存在一定的纠葛,下文首先将进行概念上的界分。

(一) 合宪性审查与相关范畴的界分

从规范意涵来看,“合宪性审查”一方面与“合法性审查”“适当性审查”有所勾连;另一方面则与“宪法解释”存在牵扯,有必要予以厘清。本文进行的概念界分将围绕省、自治区人大常委会的合宪性审查展开。

1. “合宪性审查”与“合法性审查”“适当性审查”

相对合宪性审查，合法性审查、适当性审查作为省、自治区人大常委会的立法监督制度明显更受关注。区分三者的关键在于它们的审查依据。顾名思义，“合宪性审查”所依据的是“宪”，即宪法典。合宪性审查不仅可以就特定立法作出是否合宪的判断，而且可以基于不合宪的判断实施制裁，该制裁主要表现为否定特定立法的效力。^[7]“合法性审查”所依据的是“法”，广义的“法”自然包括《宪法》，而狭义的“法”则排除了《宪法》，专指法律、行政法规、地方性法规等位阶较高的规范性文件。本文是在狭义上使用这一概念的。“适当性审查”也称“合理性审查”，其关注的是科学立法问题而非依宪立法、依法立法问题。特定立法是否“适当”并无确切标准，在很大程度上依靠审查主体的裁量和判断。

从我国现行《宪法》《立法法》《地方组织法》的相关规定来看，设区的市地方性法规的审批制度同时包含了合宪性审查与合法性审查。二者的规范依据出现在同一个条款中，甚至可以说是前后相随。论及全国人大常委会之合宪性审查与合法性审查的关系，林来梵教授坦言：“在现行体制下，合法性审查制度具有吸纳甚至抵消合宪性审查的功能。”^[8]笔者认为，这一论断同样适用于省、自治区人大常委会之合宪性审查与合法性审查的关系。受这种规范结构的影响，省、自治区人大常委会在开展合法性审查的实践中有可能有意或者无意地忽视了合宪性审查。其后果就是，合宪性审查几乎被合法性审查所“遮蔽”。而在理论界，部分学者也只是将省级人大常委会的事前批准审查定性为狭义的合法性审查。^[9]尽管如此，若严格从相关规定来看，省、自治区人大常委会的合宪性审查确实应当独立于其合法性审查，鉴于下文还将就此展开，此处不赘。至于适当性审查，综观《立法法》以及有关法律，基本上不属于前述审批制度的内容。^[10]除非报批的设区的市地方性法规与本省、自治区人民政府^[11]的规章相抵触，^[12]省、自治区人大常委会“对于地方性法规的规定是否适当、立法技术是否完美、文字表述是否优美，不作审查”。^[13]但就笔者了解的情况^[14]而言，在前述审批制度的实践中，一些省、自治区人大常委会同时也对设区的市地方性法规进行适当性审查，这当然有悖于《立法法》的制度安排。^[15]

2. “合宪性审查”与“宪法解释”

“宪法解释是一种探求宪法规范客观内涵的活动，具体指一定主体对宪法内容、含义及其界限所做的一种说明。”^[16]在具体语义上将其与“合宪性审查”加以界分并非难事。可是，就一般原理和域外实践来看，合宪性审查与宪法解释基本上处于形影不离、难舍难分的黏合状态。从这个意义上说，若有合宪性审查，必有宪法解释，反之亦然。但是，倘若顺着这一逻辑推导，省、自治区人大常委会的“合宪性审查”似乎就难以成立，原因在于：现行《宪法》已明确将“解释宪法”的权力授予全国人大常委会，所以，包括省、自治区人大常委会在内的所有其他国家机关均不具有这一权力。

若要消解上述难题，有必要从两个层面来理解“宪法解释”这一概念。从狭义上说，“宪法解释”仅是指专门解释。如果依据《宪法》的明文规定加以限定，“宪法解释”，是指全国人大常委会的专门解释，这种解释并不依附于具体的合宪性审查实践。而从广义上说，“宪法解释”还包括附带解释。省、自治区人大常委会在合宪性审查中对宪法含义的必要说明即属此类。由此观之，虽然省、自治区人大常委会无权进行狭义的“宪法解释”，但它们依然有可能开展合宪性审查。^[17]需要说明的是，附带的宪法解释与合宪性审查依然存在区别，二者不宜混同。尽管前者附随于包括合宪性审查在内的宪法实施，但其任务乃是探求宪法规范本身的意涵，后者旨在检视一般法律规范与宪法规范的一致性。从这个意义上说，前者属于本体论而后者属于关联论。

（二）《立法法》和《地方组织法》中的规范依据

《立法法》第72条第2款规定：“……设区的市的地方性法规须报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行。省、自治区的人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规，应当对其合法性进行审查，同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的，应当在四个月内予以批准。”从该条款的前后文来看，这里的“合法性”应该是在广义上使用的，包括“合宪性”。刘连泰教授看到了这一点，他指出，《立法法》“巧妙地将设区的市的地方性法规的部分合宪性问题纳入合法性审查的范围”。^[18]所以，省、自治区人大常委会不仅需要审查报批的地方性法规是否与法律、行政法规以及本省、自治区的地方性法规相抵触，还需要审查其是否与《宪法》相抵触。因此，这一条款可以为省、自治区人大常委会开展合宪性审查提供比较明确的规范依据。虽然它并未明示这种合宪性审查的制裁措施，但我们不难由此推断：对于不合宪的设区的市地方性法规，省、自治区人大常委会有权直接拒绝批准或者采取具有类似效果的措施，在此情形下，这些地方性法规就无法公布施行。应当注意的是，根据《立法法》第72条第5款的规定，自治州的地方性法规在其审批过程中也是省、自治区人大常委会合宪性审查的对象。^[19]

无独有偶，《地方组织法》第7条第2款及第43条第2款同样可以支持省、自治区人大常委会针对设区的市地方性法规进行合宪性审查。根据这两款的规定，设区的市人大及其常委会根据本市的具体情况和实际需要，在不与宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规，报省、自治区的人大常委会批准后施行。^[20]可见，不与《宪法》相抵触乃是设区的市最终得以公布施行其地方性法规的前提，而省、自治区人大常委会对此具有监督权。事实上，早在1986年12月，经过修正后的《地方组织法》就有了类似规定。只不过，当时只有省、自治区政府所在地的市和经国务院批准的较大的市才能制定地方性法规。1986年，时任全国人大常委会委员长的彭真提出：“从法制方面进行监督，光全国人大常委会不够，要各地人大常委会一齐监督才行。”^[21]应当注意的是，这里所谓的“法制方面”的“监督”并不局限于对法律实

施的监督，也包括对宪法实施的监督。^[22]他甚至曾在1983年4月提出：“所有违宪都提到全国人大常委会来管，怎么管得了？……有些违宪行为，县、省可以处理，只有重大的违宪行为，由全国人大处理。”^[23]由此可见，这种由特定地方人大常委会与全国人大常委会“齐抓共管”的宪法实施监督模式早已被立法者所考虑，并且在一定程度上得到了相关立法的体现。

省、自治区人大常委会之合宪性审查的对象应当是严格限定的。然而，依据有限的搜索，^[24]至少有10个省、自治区在其现行地方性法规中规定了省、自治区人大常委会对于已经施行之同级政府规章的“合宪性审查”。^[25]这里以《福建省人民代表大会及其常务委员会立法条例》进行例示，根据其第46条第1款的规定，福建省人大法制委员会审查认为，福建省政府的规章同《宪法》相抵触而制定机关不予修改的，应当向人大常委会主任会议提出书面审查意见和予以撤销的议案，由主任会议决定是否提请常务委员会会议审议决定。该规定借鉴了《立法法》第100条第3款的规定。^[26]诚然，省、自治区人大常委会与本级政府规章的关系类似全国人大常委会与行政法规的关系。但是，不同于全国人大常委会，省、自治区人大常委会针对同级政府规章的“合宪性审查”完全得不到《立法法》以及其他相关法律的支持。

（三）《宪法》中的规范依据

《立法法》和《地方组织法》只能为省、自治区人大常委会的合宪性审查提供法律层面的规范依据。严格地说，这些规范依据本身也可能存在合宪性问题。《宪法》第5条第3款规定，地方性法规不得与其相抵触，但通篇都没有使用“合宪性审查”或者类似表述，更遑论明文规定合宪性审查主体。然而，“监督宪法的实施”乃是《宪法》明确赋予全国人大及其常委会的职权。如若将合宪性审查作为监督《宪法》实施的一项主要内容，审查主体无疑应当是全国人大及其常委会。依据“明示其一等于否定其余”的法解释规则，^[27]其他任何国家机关均不享有合宪性审查权。但是，“明示其一”规则并非在任何情形之下都是颠扑不破的。在法解释实践中，它的适用主要存在3种例外：第一种情形涉及文义解释，即法律文本指明有关规定系“不完全列举”；第二种情形涉及体系解释，即本法其他条文、上位法或同位法另有列举；^[28]第三种情形涉及主观历史解释，即立法史资料表明有关规定系“不完全列举”。

笔者认为，2018年局部修宪使第二种例外情形得以出现，《宪法》有关合宪性审查的授权规定已然不限于第62条第2项和第67条第1项，还包括第100条第2款，该款表述如下：“设区的市的人民代表大会和它们的常务委员会，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，可以依照法律规定制定地方性法规，报本省、自治区人民代表大会常务委员会批准后施行。”诚然，它没有明确规定省、自治区人大常委会享有合宪性审查的职权。可是，依据“谁批准，谁审查”的一般逻辑，我们可以作出如下推断：当设区的市地方性法规报请省、自治区人大常委会批准后，后者若经审查认为前者与《宪法》相抵触，就可以不予批准或者采取其他类似措施。这应当属于“合宪性审查”的范畴。但遗憾的是，政学两界对此尚未给予充分关注。

需要说明的是，《宪法》第100条第2款仅授权设区的市人大及其常委会制定地方性法规，并没有同时授权自治州人大及其常委会制定地方性法规。^[29]这显然有别于《立法法》第72条第2款的相关规定。如此一来，既然自治州的地方性法规作为一种法的形式整体上缺乏宪法基础，自然也就不需要由省、自治区人大常委会对其进行合宪性审查了。

最后需要研讨的是《宪法》第99条第1款。根据该条款，地方各级人大在本行政区域内，保证宪法、法律、行政法规的遵守和执行。该条款规定的国家机关是地方各级人大，但应该可以推及其常设机关。因此，县级以上的地方各级人大常委会同样享有职权保证宪法在其行政区域的遵守和执行。这也是《地方组织法》第44条第1项的明文规定。或许可以说，第99条第1款在一般意义上增强了省、自治区人大常委会开展合宪性审查的宪法依据。但需要注意的是，依据学界的主流论说，该条款并未全面赋予地方各级人大（以及县级以上地方各级人大常委会）对于规范性文件的合宪性审查权。其一，法律、行政法规等下位法在某种意义上是《宪法》的具体化，地方各级人大主要通过保证法律、行政法规等下位法的实施来保证《宪法》的实施；其二，地方各级人大对《宪法》实施的直接保证主要体现为纠正不合宪的具体行为而非规范行为；其三，规章以下的规范性文件主要存在的是合法性问题而非合宪性问题；其四，即便存在合宪性问题，规章以下的规范性文件也可以通过名义上的适当性审查予以纠正；其五，如若地方各级人大均能针对规范性文件进行合宪性审查，合宪性审查的质量势必难以保证。

三、省、自治区人大常委会之合宪性审查的制度机理

如前所述，省、自治区人大常委会对于设区的市地方性法规的合宪性审查现已具备了宪法、法律层次的规范依据。然而，这一类合宪性审查在实务中却一直处于较尴尬的境地。可以说，这一类合宪性审查的践行情况并不理想。一方面，部分省、自治区人大常委会比较关注报批的地方性法规是否与法律、行政法规、省级地方性法规相抵触，但对其是否与《宪法》相抵触却未给予足够的重视；另一方面，省、自治区人大常委会经审查“不予批准”地方性法规的情况基本上没有可以确证的实例，更遑论具有较大影响力的典型案例。若要分析这一类合宪性审查的现状抑或是评估其前景，我们就有必要检视它本身的制度机理，从而准确地研判其功效和局限。

（一）作为分散式审查的功效和局限

我国目前有23个省和5个自治区，因而，有权针对设区的市地方性法规进行合宪性审查的省级人大常委会共计28个。^[30]由此观之，这一类“合宪性审查”区别于全国人大常委会的合宪性审查，属于分散式审查，可以在不同的地理空间同时展开。

作为分散式审查，省、自治区人大常委会之合宪性审查的功效主要在于：在一定程度上提升工作效能，满足社会各界的现实需求。在我国现阶段，地方性法规与《宪法》相抵触的情况时有发生，而全国人大常委会的合宪性审查工作必定是有所限度的，它不可能逐一审查所有存在违宪嫌疑的地方性法规。^[31]就这一点而言，省、自治区人大常委会的合宪性审查可以减轻全国人大常委会的工作压力。更重要的是，倘若合宪性审查能够在省、自治区人大常委会全面推开，社会各界的相关现实需求也可以在更大程度上得到回应和满足。^[32]一言以蔽之，若单纯以合宪性审查的工作效能而论，“1+28”明显要大于“1”。

从比较法的视野来看，美国和德国正分别是当今世界“分散式合宪性审查”与“集中式合宪性审查”的代表性国家。包括美国联邦最高法院在内的所有联邦法院均有权依据美国《宪法》进行司法审查。不仅如此，州法院在涉及联邦宪法问题的个案中同样可以并且应当依据美国《宪法》进行司法审查。^[33]其依据是美国《宪法》第6条的至上条款（supremacy clause）：“本宪法……为本国之最高法；且不论任何州宪法或法律内容对之有何抵触，各州法官均受其约束。”依照该条款，各州法官不仅拥有权力而且负有义务依据美国《宪法》对本州的《宪法》或者法律进行司法审查。所以，关于特定联邦法或者州法是否符合美国《宪法》，美国联邦最高法院只是最终的而非唯一的裁判者。近年来，美国联邦最高法院每年均收到7000多件调卷令申诉，而该法院仅选择其中区区70~90件^[34]开庭审理，^[35]一个重要原因就在于：下级联邦法院和州法院与其分享合宪性审查权。无独有偶，同样采用普通法院审查制的日本也呈现多层级审查的特点。^[36]日本《宪法》第81条规定：“最高法院为有权定一切法律、命令、规则以及处分是否符合宪法的终审法院。”^[37]在日本，这一规定被解读为：除最高法院外，“下级法院也拥有合宪性裁判权”。^[38]可见，日本最高法院也只是享有最终的合宪性审查权。综上，从美国、日本的实践来看，分散式审查模式确实有助于回应社会各界的合宪性审查诉求。

当然，省、自治区人大常委会的合宪性审查作为分散式审查也有其局限。从立法原意来看，《立法法》设计设区的市地方性法规之审批制度的主要目的乃是维护法制统一。^[39]而“维护社会主义法制的统一”是《宪法》的明确要求。作为国家的根本法，《宪法》具有最高的法律效力，宪法秩序是我国法制统一的基础。可见，合宪性审查有助于从根本上维护我国的法制统一，其进路就是确保包括地方性法规在内的下位法与《宪法》相协调。但是，既然追求的是法制统一，合宪性审查本身也应当是统一的。从这个意义上说，分散式审查模式有可能使同一部宪法的审查标准生成存在差异的地方版本，从而对我国的法制统一产生负面效果。鉴于此，省、自治区人大常委会的合宪性审查应当统一于全国人大常委会的合宪性审查。

因循这一逻辑推导，我国在中央和地方层次推进合宪性审查的顺序总体上应当是“中央先行”而非“地方先试”。省、自治区人大常委会之合宪性审查实践的相对统一需要权威性的参照标准，这就有待于全国人大常委会进行一定数量的合宪性审查实践。在此之前，考虑到“轻言违宪”和“强言合宪”均有不妥，那么在进退失据之间，省、自治区人大常委会或许只能选择“沉默”，暂且搁置合宪性审查工作。直到2018年之后，这种状况仍未发生明显改观。不仅如此，即便全国人大常委会的合宪性审查已然得以充分开展，协调中央与地方的合宪性审查依然存在一定的制度成本。

若将理论视域移向德国等欧陆国家，我们不难发现，中央集中、地方分散、央地并行的合宪性审查模式未必是唯一可选的方案。德国《基本法》第100条第1款规定：“法院认为裁判案件所依据的法律违反宪法时，应中止审理程序……如该法律违反基本法，则应征求联邦宪法法院作出的裁判意见。这同样适用于州法律违反基本法……的情形。”^[40]有德国学者指出：“对于基本法第100条第1款规定的程序而言，起决定作用的是，对于法规的普遍性效力的有拘束力的判决，被集中于由一个唯一的法院做出；这是关于法律统一性和法律安定性的问题。”^[41]可见，德国的其他联邦法院和各州法院^[42]通常均不直接负责审查联邦法和州法是否符合德国《基本法》。类似美国联邦最高法院，德国联邦宪法法院也只能承担有限的合宪性审查任务，同样需要避免被过多的宪法案件所“淹没”。在每年向其提起的4000~5000件宪法诉愿中，只有大约2%会被受理。对于另外大约98%的宪法诉愿，德国联邦宪法法院的合议庭将决定拒绝受理，这些决定无须附具理由，并且是不可诉的。^[43]倘若借鉴德国的上述经验，我国可以考虑的基本方案应该是：全国人大常委会适度地开展合宪性审查，而省、自治区人大常委会则完全回避“合宪性审查”，将未经前者认定为不合宪的地方性法规推定为合宪。但如此一来，我国就有必要修改《宪法》以及相关的若干法律和多部地方性法规，省、自治区人大常委会的合宪性审查将不复存在。

（二）作为事前型审查的功效和局限

王错教授提出，我国立法中明确规定的合宪性审查包括3种制度：事先批准制度、事后撤销制度和备案审查制度。显然，省、自治区人大常委会对于设区的市地方性法规的合宪性审查可以归入第一种制度，属于事前型审查。^[44]所谓“事前”，是指设区的市地方性法规获得批准之前。在此阶段，它们已经由设区的市人大或者市人大常委会通过，正在接受省、自治区人大常委会的审查。^[45]相对于“纠错于已然”的事后型审查，“防错于未然”的事前型审查在理论上和实务中受到的关注较少。尽管如此，它在世界范围内不乏典型范例。譬如，法国的合宪性审查就包括宪法委员会对部分中央立法的事前型审查。^[46]有学者指出，“在我国宪法实施监督制度中，积极主动地事前预防和监督是常态，事后纠正违宪现象和

违宪行为是一种备用的法律手段”。^[47]笔者认为，省、自治区人大常委会对于设区的市地方性法规的审批即为“事前预防和监督”的典型制度。^[48]设区的市人大及其常委会不具有完整的地方立法权，一旦认定其报批的地方性法规不合宪，省、自治区人大常委会就有权阻止该地方性法规公布施行。

作为事前型审查，省、自治区人大常委会的合宪性审查具有预防性和常态性。相应地，它具有两个方面的功效。一方面，它有助于预防不合宪的地方性法规进一步产生不合宪的下级立法和行政行为，而且它有助于避免因撤销不合宪的地方性法规而对法律秩序造成较大冲击。设区的市地方性法规是地级、县级政府及其工作部门制定规范性文件和作出行政行为的依据。倘若这些地方性法规本身就含有不合宪的规定，相关规范性文件以及行政行为的合宪性也难以保证。另一方面，它有助于实现经常性的宪法监督，这种监督是依职权而非依申请开展的。由于可以预先“过滤”掉明显不合宪的设区的市地方性法规，这种事前型审查有可能减轻全国人大常委会事后进行合宪性审查的压力。在《立法法》的制定过程中，曾有建议将省、自治区人大常委会的审批程序改为备案程序，赋予较大的市的人大及其常委会^[49]以完整的立法权。但是，这一建议最终未被采纳。一个重要的反对意见是：“备案采取。不告不理。的原则，靠备案审查制度进行监督，容易流于形式。”^[50]综上，作为事前型审查，省、自治区人大常委会的“合宪性审查”嵌入设区的市地方性法规的制定过程中，成为该过程的一个必要环节和关键步骤。所以，从理论上说，每一部得以公布施行的设区的市地方性法规都已经历过合宪性审查。

但应当看到，作为事前型审查，省、自治区人大常委会的“合宪性审查”只可能是抽象审查而非具体审查，由于缺乏个案背景，此种审查的针对性较弱，裁量空间较大，标准过高有可能“轻言违宪”，标准过低又有可能“强言合宪”。尤其在现阶段，事前型审查的开展基本上缺乏全国人大常委会之宪法解释、合宪性审查的指引，存在实际困难。^[51]有学者通过考察德国的实践指出，“抽象规范审查在实践中作用不彰”。^[52]在其看来，这种情况并不意外。一方面，此种审查“脱离了案件和情境，无法体现系争规范的具体解释和实际适用情况”；另一方面，“因为缺乏具体争点，审查机关有时甚至要对系争规范进行逐条逐句的审查，自然无法深入”。^[53]笔者认为，上述理由和结论均适用于我国省、自治区人大常委会的“合宪性审查”。另外，相较事后型审查，事前型审查是常态性、整体性^[54]的审查，其工作量更大。如若审查对象为地方性法规中无直接上位法依据的创制性规定，抑或是审查依据为高度抽象的宪法原则或者基本权利条款，事前型审查的难度将明显增大。目前，省、自治区人大常委会自身并不完全具备开展这类合宪性审查的条件。还应当注意的是，《立法法》第72条第2款将省、自治区人大常委会批准设区的市地方性法规的期限定为4个月，稍显仓促。由于一些地方性法规涉及一个甚至多个宪法争议，省、自治区人大常委会必须经过认真研究后方能决定，甚至需要请示全国人大的专门委员会或者全国人大常委会的工作机构，4个月的期限比较紧张。此外，一旦批准了特定的地方性法规，省、自治区人大常委会即便发现其存在合宪性问题也无权撤回批准或者经由事后型审查予以撤销，只能依据《立法法》第99条第1款的规定请求全国人大常委会予以审查。

（三）作为柔性审查的功效和局限

从设区的市地方性法规的审批制度来看，省、自治区人大常委会的合宪性审查应当属于柔性审查。这一论断的理据在于：依据现行的法律规范，省、自治区人大常委会在审批设区的市地方性法规的过程中，即使认为后者与《宪法》相抵触，也不必直接作出“不予批准”的决定，而是可以灵活处理，通过内部的监督和纠错机制来确保前述地方性法规的合宪性。^[55]根据一些省、自治区地方性法规的相关规定，“不予批准”之外的具体措施至少包括“附修改意见批准”和“提出意见退回修改”。譬如，《广东省地方立法条例》第76条第1款规定：“省人民代表大会常务委员会认为报请批准的地方性法规与宪法……相抵触的，可以不予批准，也可以附修改意见予以批准或者退回修改后再提请批准。”那么，诸如此类的规定是否符合《立法法》的制度安排？根据该法第72条第2款的规定，对于报批且具有合宪性、合法性的地方性法规，省、自治区人大常委会应当予以批准。至于省、自治区人大常委会究竟应当如何处理与《宪法》相抵触的地方性法规，该条款以及《立法法》的其他条文没有明示，因而，省、自治区人大常委会应当具有一定的裁量空间。由此可见，《广东省地方立法条例》第76条以及相关省级地方性法规的类似规定对《立法法》第72条第2款进行了必要补充。在设区的市地方性法规的审批工作中，对于省、自治区人大常委会来说，“不予批准”并非“予以批准”之外的唯一可选项，它只是备而不用非常手段。

作为柔性审查，省、自治区人大常委会的合宪性审查将灵活性与原则性相结合，有利于维持省地两级人大立法决策的对外一致性，可以减少阻力，比较便宜易行。在地方人大系统的许多工作人员看来，省、自治区人大常委会经过合宪性审查“不予批准”设区的市地方性法规可谓兹事体大，实属不得已而为之。综观各省、自治区的“立法条例”和立法实践可知，在省、自治区人大常委会全体会议审议报批的地方性法规之前，一般有两个必经程序：省、自治区人大法制委员会提出审查意见并向主任会议汇报，此其一；省、自治区人大常委会主任会议决定列入常委会会议议程，此其二。其中，后者又决定了报批的地方性法规最终是否有机会得到省、自治区人大常委会全体会议的审议。通过这些程序设计不难看出，报批的地方性法规倘若存在明显的合宪性问题，它就很可能无缘进入人大常委会全体会议的审议程序，因而自然不必由该会议决定“不予批准”了。当然，相对于省、自治区人大常委会“不予批准”的决定，委员长会议不列入人大常委会会议议程的决定所产生的影响较小，仅限于地方人大系统内部。

基于柔性审查的机制设计，在目前的环境下，即使报批的地方性法规确实存在合宪性问题，省、自治区人大常委会也通常不会作出“不予批准”的决定，而是倾向采取“附修改意见批准”“提出意见退回修改”或者其他类似措施。如此一来，作为省、自治区人大常委会之合宪性审查的制裁措施，“不予批准”的决定势必难以出现，^[56]这就有可能令人产生“合宪性审查”形同虚设的不良观感。应当看到，“附修改意见批准”

“提出意见退回修改”等措施在实践中属于地方人大系统内部的监督和纠错机制，具有较强的封闭性，一般不对外公开，这就使这一类合宪性审查的下列局限更加突出：其一，不利于为设区的市制定地方性法规的合宪性问题提供反面示例；其二，不便于使省、自治区人大常委会的“合宪性审查”实践获得有效监督；其三，不足以让社会各界切实感知和体认我国合宪性审查工作推进的实效。笔者认为，倘若能够将上述审查意见予以公开，至少也可以使社会公众基本了解省、自治区人大常委会是否以及在何种程度上进行了合宪性审查。

四、结论

在我国，合宪性审查作为一项系统工程存在中央和地方两个层次。除全国人大常委会外，省、自治区人大常委会也有权进行合宪性审查，具体表现为设区的市地方性法规的审批制度。不与《宪法》相抵触是这些地方性法规获得批准的前提。这一类地方层次的合宪性审查尚未受到政学两界的充分关注，然而，它不仅可以得到《立法法》第72条第2款和《地方组织法》第7条第2款的支持，也可以得到《宪法》第100条第2款的支持，完全具有宪法、法律层次的规范依据。另外，各省、自治区的“立法条例”或者其他相关的地方性法规均在《宪法》和法律的基础上就这一类合宪性审查作出了更加具体的规定。

尽管如此，省、自治区人大常委会之合宪性审查的践行并不理想。作为这一类合宪性审查的制裁措施，省、自治区人大常委会“不予批准”设区的市地方性法规基本上缺乏可以确证的实例。从具体的制度机理来看，这一类合宪性审查可以被定位为分散式审查、事前型审查和柔性审查，具有自身的功效和局限。作为分散式审查，省、自治区人大常委会的合宪性审查能够在一定程度上提升工作效能，满足社会各界的现实需求。但是，各个省、自治区人大常委会基于同一部《宪法》进行审查时有可能衍生不同的标准，这将在一定程度上影响合宪性审查的统一性。作为事前型审查，省、自治区人大常委会的合宪性审查有助于实现经常性的宪法监督，而且它也有助于预防不合宪的地方性法规进一步产生不合宪的下级立法和行政行为。但是，直接依据宪法规范进行抽象审查存在现实困难，此外，4个月的审查期限偏短。作为柔性审查，省、自治区人大常委会的合宪性审查有利于维持省地两级人大立法决策的对外一致性，可以减少阻力，比较便宜易行。然而，由于具备了灵活处理的空间，即便报批的地方性法规存在明显的合宪性问题，省、自治区人大常委会也通常会避免作出“不予批准”的决定，这在很大程度上削弱了这一类合宪性审查的存在感和影响力。

完善和推进这一类合宪性审查的路径有三：第一，全国人大常委会应当适时开展专门的宪法解释和合宪性审查，为省、自治区人大常委会的合宪性审查工作提供权威而统一的指引。第二，省、自治区人大常委会的“合宪性审查”应该先易后难、循序渐进，在现阶段重点审查设区的市地方性法规与相对具体的宪法规则或者国家机构条款是否冲突，如此可以暂时控制合宪性审查工作的难度。第三，《立法法》等法律可以强行规定，如果省、自治区人大常委会认为特定的设区的市地方性法规存在特定的合宪性问题，必须直接作出“不予批准”的决定；不仅如此，相关法律还可以明确要求：省、自治区人大常委会认为报批的地方性法规存在合宪性问题而采取“附修改意见批准”“提出意见退回修改”或者类似措施时，应当将有关的具体意见向社会公布，从而提高审查结果的公开性和透明度。

注释：

本文系四川大学法学院“研究阐释党的十九届四中全会精神”专项研究课题“省、自治区人大常委会的合宪性审查”（课题项目号：sculaw20190209）的研究成果。感谢陈雄、王错、杨道现、范继增、柴华、田伟、孔德王、王珂、李帆、刘旭、李龙等师友以及《人大法律评论》匿名评审人提出的意见。本文文责自负。

[1]若无特别说明，本文对于我国现行宪法条文及其条款数的引用均根据1988年、1993年、1999年、2004年和2018年《宪法修正案》修正的宪法修正文本，以2018年《宪法修正案》为准。

[2]以下将“人民代表大会”和“常务委员会”分别简称为“人大”和“常委会”。

[3]参见胡锦涛、韩大元：《中国宪法》（第4版），法律出版社2018年版，第142页。

[4]根据2018年6月22日通过的全国人大常委会《关于全国人民代表大会宪法和法律委员会职责问题的决定》，宪法和法律委员会在继续承担统一审议法律草案等工作的基础上，增加推动宪法实施、开展宪法解释推进合宪性审查、加强宪法监督、配合宪法宣传等工作职责。不过，这一规定没有也无法赋予该委员会合宪性审查主体的地位。

[5]以下将“全国人大常委会法制工作委员会”简称为“全国人大常委会法工委”。

[6]早在1996年，就有学者专门撰文讨论：地方人大是否具有宪法监督权。这里的“宪法监督权”包括我们今天所说的“合宪性审查权”。该文持“否定说”，其认为“宪法没有赋予（包括默示）‘地方人大及其常委会以宪法监督权’”。具体理由详见许崇德、胡锦涛：《关于地方人大是否有宪法监督权问题》，载《人大工作通讯》1996年第6期。20年以来，鲜有学者就此提出不同的见解。

[7]倘若合宪性审查无须包含实质性的制裁措施，那么，地方人大常委会根据《立法法》第99条第1~2款提出合宪性审查的要求或者建议似乎也可以被视为“合宪性审查”的结果。理由在于：地方人大常委会只有经过“审查”认为特定规范性文件存在违宪嫌疑时，它们才会提出前述要求或者建议。

[8]林来梵：《合宪性审查的宪法政策论思考》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2018年第2期。

[9]详见郑磊：《省级人大常委会对设区的市地方性法规备案审查权：制度需求与规范空间》，载《政治与法律》2019年第2期。

[10]《立法法》以及有关法律均未规定省、自治区人大常委会在审批设区的市地方性法规时可以审查其适当性，而《立法法》的立法原意正是要求简化这一审批程序。

[11]以下将“人民政府”简称为“政府”。

[12]当这种特殊情况发生时，省、自治区人大常委会需要比较下级地方性法规与本级政府规章相抵触的规定，判断何者更适当，从而作出相应处理。详见全国人大常委会法制工作委员会国家法室编著：《中华人民共和国立法法释义》，法律出版社2015年版，第233~234页。

[13]全国人大常委会法制工作委员会国家法室编著：《中华人民共和国立法法释义》，法律出版社2015年版，第232页。

[14]在本文的写作和修改过程中，笔者专门咨询了某省人大常委会和某设区的市人大常委会的工作人员，后者包括设区的市人大常委会主任。

[15]根据《立法法》第72条第2款的规定，设区的市的地方性法规在适当性方面接受事后型审查，具体而言，省、自治区人大有权改变或者撤销不适当的地方性法规。这里的审查主体应当是省、自治区人大而非省、自治区人大常委会。

[16]胡锦涛、韩大元：《中国宪法》，法律出版社2018年版，第106页。

[17]基于类似的逻辑，虽然省、自治区人大常委会无权进行狭义的法律解释，但它们依然可以开展“合法性审查”。

[18]刘连泰：《中国合宪性审查的宪法文本实现》，载《中国社会科学》2019年第5期。

[19]《立法法》第72条第5款规定：“自治州的人民代表大会及其常务委员会可以依照本条第二款规定行使设区的市制定地方性法规的职权。”从该规定来看，自治州人大及其常委会的地方性法规在审批阶段也需要接受省、自治区的合宪性、合法性监督。

[20]根据《地方组织法》第43条第2款的规定，只有在设区的市人大常委会闭会期间，它的常委会才能制定地方性法规。

[21]彭真：《关于全国人大常委会的工作》，载全国人大常委会办公厅、中共中央文献研究室编：《人民代表大会制度重要文献选编》，中国民主法制出版社、中央文献出版社2015年版，第680页。

[22]彭真的前一句话是：“无论是国务院，还是各省、自治区、直辖市的人大和人大常委会，他们制定的法规，作出的决定，如果与宪法和法律有抵触，那就要行使法律监督权，这是宪法规定得很清楚的。”参见彭真：《关于全国人大常委会的工作》，载全国人大常委会办公厅、中共中央文献研究室编：《人民代表大会制度重要文献选编》，中国民主法制出版社、中央文献出版社2015年版，第680页。

[23]《彭真传》编写组编：《彭真年谱：1902~1997》（第5卷），中央文献出版社2012年版，第191页。

[24]据以检索的数据库是“北大法律检索数据库”；检索时间是2019年12月1日；被检索文件的发布时间截至2019年9月30日；被检索文件的效力级别限于省、自治区的地方性法规。笔者只是检索了全文中含有“同（与）宪法”“相抵触”的地方性法规，同时剔除了其中与合宪性审查关联不大的地方性法规，此所谓“有限检索”。

[25]由于所进行的检索是“有限检索”，实际上制定了此类地方性法规的省、自治区有可能更多。10个省、自治区具有代表性的地方性法规以及相关条文如下（按照法规名称的拼音字母排序）：《福建省人民代表大会及其常务委员会立法条例》第46条、《广东省各级人民代表大会常务委员会法律监督工作条例（试行）》第8条、《贵州省地方立法条例》第63条、《海南省人民代表大会常务委员会审查备案规章的规定》第5条、《黑龙江省人民代表大会及其常务委员会立法条例》第92条、《辽宁省人民代表大会及其常务委员会立法条例》第67条、《青海省人民代表大会常务委员会工作条例》第12条、《陕西省地方立法条例》第87条、《四川省人民代表大会及其常务委员会立法条例》第69条和《新疆维吾尔自治区人大及其常委会立法条例》第50条。

[26]《立法法》第100条第3款的具体表述是：“全国人民代表大会法律委员会、有关的专门委员会、常务委员会工作机构经审查、研究认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触而制定机关不予修改的，应当向委员长会议提出予以撤销的议案、建议，由委员长会议决定提请常务委员会会议审议决定。”

[27]这一法解释规则可以追溯至古罗马，其意为：法律“表述或者列入某一事项就意味着排除其他事项或者备选项”。See Bryan A. Garner, et al, ed., Black's Law Dictionary, Thomson Reuters, 2014, p.701.

[28]作为国家的最高法，《宪法》不存在上位法和同位法。所以，在宪法解释实践中，所谓“另有列举”只可能是指《宪法》本身另有列举。

[29]笔者目前无从得知：《宪法》对于自治州地方性法规的“遗漏”是出于何种原因。根据民政部发布的数据，截至2017年年底，我国的“地级市”共计294个，“自治州”共计30个。参见中华人民共和国民政部编：《中华人民共和国乡镇行政区划简册·2018》，中国社会科学出版社2018年版，第4页。二者在数量上的差距是悬殊的，这或许是“遗漏”的原因。

[30]4个直辖市均不辖设区的市，所以，直辖市人大常委会自然无从对设区的市地方性法规进行合宪性审查。

[31]实际上，一些公民和组织已经根据《立法法》的相关规定就地方性法规的合宪性问题向全国人大常委会提出了一定数量的审查建议。但是，全国人大常委会未曾接受其中的任何一条建议而启动合宪性审查。

[32]省、自治区人大常委会的合宪性审查限于设区的市地方性法规的审批阶段。在这一阶段，社会各界提出的合宪性审查动议有可能通过人大常委会组成人员和其他参与机制得以反映。

[33]譬如，在美国最近影响较大的“蛋糕店案”中，科罗拉多上诉法院（州法院）不仅审查了《科罗拉多反歧视法》（Anti-Discrimination Act of Colorado）是否符合《科罗拉多宪法》第2条的第4款（宗教自由条款）和第10款（言论和出版自由条款），而且审查了这部州法律是否符合美国《宪法》第1修正案的宗教自由条款和言论自由条款。See Craig v. Masterpiece Cakeshop, Inc., 370 P.3d 272 (2015):273-275.

[34]通过美国联邦最高法院官网相关栏目（<http://gffgb6ab8de4c77f740fasq0fv0x5wu6xu6bnf.fhfb.libproxy.ruc.edu.cn/orders/ordersofthecourt/17>）进行检索，可以发现美国联邦最高法院在2016年、2015年、2014年、2013年、2012年开庭审理的案件数量分别为：70个、81个、76个、75个、79个，检索时间是2018年4月15日。需要说明的是，这些案件并非都涉及宪法问题，并非都是宪法案件。因此，美国联邦最高法院审理的宪法案件在数量上更加有限。

[35]参见[美]理查德·D·弗里尔：《美国民事诉讼法》（上），张利民、孙国平、赵艳敏译，商务印书馆2013年版，第23页；参见何帆：《大法官说了算：美国司法观察笔记》，中国法制出版社2016年版，“序言”，第7页；参见张翔：《宪法案件的筛选机制——我国启动宪法解释的技术障碍的排除》，载许崇德、韩大元主编：《中国宪法年刊·2012》，法律出版社2013年版，第99页。

[36]第二次世界大战以后经由日本《宪法》的制定，日本接受了美国式的合宪性审查模式。但直到20世纪、21世纪之交，日本政学两界仍有人主张放弃美国模式转而采取以德国为典范的欧陆模式。季卫东教授将前一种模式称为“分散型（非集中型）宪法审判模式”，将后者称为“集中型宪法审判模式”。而这里的“分散”和“集中”主要是指纵向维度的分散和集中。详见季卫东：《日本宪法保障制度设计的不同思路》，载《交大法学》2017年第1期。但是，日本《宪法》迄今没有修改，前述主张并未实现。

[37]《世界各国宪法》编辑委员会编译：《世界各国宪法》（亚洲卷），中国检察出版社2012年版，第498页。

[38] [日]大石真：《违宪审查机能的分散与统合》，潘迪、穆文秀译，载《浙江社会科学》2010年第5期。

[39]《中华人民共和国立法法释义》一书有如下记录：“在此次修改立法法的过程中，也还有一些已经有立法权的较大的市的人大常委会的同志建议，将省、自治区批准较大的市的地方性法规的程序改为备案程序，但是考虑到全面赋予设区的市地方立法权后，立法主体大量增加，为了维护法制统一，还是有必要由省级人大常委会对设区的市的地方性法规进行批准。”参见全国人大常委会法制工作委员会国家法室编：《中华人民共和国立法法释义》，法律出版社2015年版，第232页。

[40]《世界各国宪法》编辑委员会编译：《世界各国宪法》（欧洲卷），中国检察出版社2012年版，第191页。

[41] [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152页。

[42]这里所称的“各州法院”也包括德国各州的宪法法院。

[43]参见 [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266页；参见张翔：《宪法案件的筛选机制——我国启动宪法解释的技术障碍的排除》，载许崇德、韩大元主编：《中国宪法年刊-2012》，法律出版社2013年版，第99页。

[44]详见王锴：《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。

[45]张翔教授提出，全国人大常委会的合宪性审查可以分为“前端”与“后端”两个层次，“前者是对法律草案在通过前的合宪性控制，而后者是对其他规范性文件的备案审查”。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。相比之下，省、自治区人大常委会的合宪性审查在层次上比较单一，并无“后端”，至于是否具有“前端”也需要商榷。从时间顺序来看，它应该处于“前端”之后、“后端”之前。

[46]现行的1958年《法兰西共和国宪法》第61条第1款明确规定了这一事前型审查：“组织法在公布前，第十一条规定的法律建议案在提交于公民投票前，各个议院的议事规则在实施前，应提交于宪法委员会。宪法委员会对其合宪性作出决定。”该中文译本参见《法兰西宪法典全译》，周威译，法律出版社2016年版，第348页。

[47]李林、翟国强：《健全宪法实施监督机制研究报告》，中国社会科学出版社2015年版，第84页。

[48]邢斌文博士认为，原全国人大法律委员会审议法律草案的过程即存在事前合宪性控制机制。该委员会“有权依据宪法文本修改或删除草案中与宪法冲突的条款，或者采纳全国人大代表或全国人大常委会组成人员的相关审议意见，修改草案内容，提高草案的合宪性”。参见邢斌文：《论法律草案审议过程中的合宪性控制》，载《清华法学》2017年第1期。笔者赞同此说。但应当看到，原全国人大法律委员会本身并非合宪性审查主体，其合宪性控制机制也不是严格意义上的“合宪性审查”。

[49]在2015年修正之前，《立法法》仅规定“较大的市”人大及其常委会有权制定地方性法规。

[50]全国人大常委会法制工作委员会国家法室编：《中华人民共和国立法法释义》，法律出版社2015年版，第232页。

[51]在1982年全面修宪及其后的局部修宪过程中，全国人大常委会均是最主要的参与机关之一。所以，相对于省、自治区人大常委会，全国人大常委会能够更加准确地把握《宪法》的精神和原意，它对《宪法》的解读更具权威性。

[52]田伟：《宪法和法律委员会规范合宪性审查的程序类型》，载《华东政法大学学报》2018年第4期。

[53]田伟：《宪法和法律委员会规范合宪性审查的程序类型》，载《华东政法大学学报》2018年第4期。

[54]事前型审查必须考虑地方性法规的整个文本而非个别条文是否与《宪法》相抵触，严格地说，这一工作需要字斟句酌、条分缕析。

[55]在这一点上，省、自治区人大常委会的合宪性审查与全国人大常委会的合宪性审查具有相似性。根据《立法法》第100条的规定，当行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例被全国人大的专门委员会或者全国人大常委会的工作机构认为与《宪法》相抵触，它们的制定机关可以对其进行及时和必要的修改，在此情形下，全国人大常委会通常不会行使撤销权。

[56]根据笔者对某设区的市人大常委会主任的访谈，对于该市报批的地方性法规，上一级人大常委会从未因合宪性问题或合法性问题而作出“不予批准”的决定。不仅如此，他也不曾听闻其他设区的市（包括同一个省级行政区的和不同省级行政区的设区的市）报批的地方性法规有此遭遇。

作者简介：邹奕，法学博士，四川大学法学院副教授。

文章来源：《人大法律评论》2020年第2卷。

发布时间：2022/3/3

分享到：[豆瓣](#) [更多](#)

[【打印此文】](#) [【收藏此文】](#) [【关闭窗口】](#)