

论全国人大常委会备案审查的 柔性性与刚性

钱 坤^{*}

摘 要 全国人大常委会备案审查既有柔性特征,也有刚性特征,二者并存具有复杂成因。备案审查职权的构造与审查机关的宪法地位等因素共同形塑了其柔性性与刚性。备案审查职权构造与监督权作用方式中的政治、法律二元性是其内因。全国人大常委会相对其他国家机关最高地位的相对性、国家权力的合理分工与协调配合原则,使得其开展备案审查时必须兼顾制度权威的政治、法律二元性,这些因素构成其外因。备案审查的对象、标准与处理有不同类型,应注意其依据与效果上的差异。应审慎进行政治性审查,可逐步以询问、听取报告等方式替代;适当性审查应尊重权力分工,基于不同对象类型化地采用柔性处理方式;在进行合宪性、合法性审查时,应提高说理水平,明确规范判断,相机行使宪法、法律解释权强化制度权威。

关键词 全国人大常委会 宪法监督 备案审查 合宪性审查 立法监督

一、问题的提出

2023年12月,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》(以下简称《决定》),为未来一段时间相关工作的开展提供了制度框架。尽管备案审查与合宪性审查有所区别,^[1]但有关方面认为,“备案审查是一项具有中国特色的宪法监督制度”,并从这一高度

^{*} 中国人民大学法学院助理教授。本文系国家社科基金青年项目“全国人大常委会备案审查的制度刚性研究”(项目编号:25CFX101)的阶段性研究成果。

[1] 参见胡锦光:“论法规备案审查与合宪性审查的关系”,《华东政法大学学报》2018年第4期,第26—28页;李少文:“备案审查与合宪性审查关系重构”,《政治与法律》2023年第2期,第50—52页。

强调要“增强备案审查制度刚性”。〔2〕“刚性”对应的是“柔性”，而备案审查制度的“柔性”特征已为学界所注意。比如，《决定》中的“沟通”就被认为属于“柔性处理方式”，〔3〕与全国人大常委会行使撤销权相比，仅有柔性约束力；而刚性的撤销权行使阙如也被视作是柔性的表现。〔4〕为了改变这种情况，增强制度刚性，一方面，《决定》规定了撤销权的行使程序，拓展撤销决定的拘束力；〔5〕另一方面，也有观点主张强化审查意见的拘束力，令“柔性”的处理也能发挥更为“刚性”的作用。〔6〕但在讨论这些问题之前，仍存在一项前提性的问题：备案审查作为国家权力机关的常设机关的监督方式，似乎本应最具刚性，为何会出现柔性要素，形成刚性与柔性并存的局面？

如果不能厘清这一问题，就可能会陷入全国人大常委会为何不积极行使撤销权的迷思，或是笼统主张柔性要素的刚性化，这对备案审查制度建设意义有限。既有研究曾从制度能力、文化传统等角度探讨过相关命题，〔7〕但主要聚焦于撤销权的行使，对其他制度因素对“柔性”的影响关注不多，就其背后的政治—法律逻辑的分析也有待深入。作为审查机关的全国人大常委会并非处于制度真空之中，备案审查也处于“宪制生长”的初期，其权威的确立与作用的发挥需要法律与政治逻辑复杂、渐进的交互作用。欲充分发挥其制度效能，必须穿透制度表象的“刚”与“柔”，探究其后的宪法逻辑。值得指出的是，这不仅是中国问题，也具有某种普遍意义。比较宪法学界对司法能动与司法自制、强—弱司法审查、政治—法律立宪主义的讨论也与此相关。对备案审查制度刚性与柔性的分析，不仅有助于“讲清楚我国政治制度的特点和优势”，〔8〕推进备案审查乃至宪法监督体制的建构，也可为相关讨论贡献中国方案。

为此，本文将依序探究三个问题，备案审查究竟有哪些柔性和刚性的制度表现？其成因为何？又应如何在宪制框架下加强其制度刚性？相应地，第一部分将从三个方面考察刚性与柔性并存的制度表象；第二、三部分则从内与外两个方面，揭示其受到职权构造与审查机关地位等方面因素的影响，分析其中政治与法律逻辑的作用方式。最后，本文提出尽管政治与法律的互动是必然的，也是有益的，但如果不能适度区分则可能会减损制度权威，应类型化地匹配制度要素，以实现制度刚性的合理提升，增强监督效能。

〔2〕“全国人大常委会法工委法规备案审查室负责人就全国人大常委会拟作出关于完善和加强备案审查制度的决定有关情况答记者问”，载中国人大网，http://www.npc.gov.cn/npc/c2/kgfb/202312/t20231226_433759.html，最后访问日期：2025 年 9 月 1 日访问。

〔3〕参见梁洪霞：“备案审查事后纠错的逻辑基础与制度展开”，《政治与法律》2022 年第 9 期，第 143 页。

〔4〕参见封丽霞：“制度与能力：备案审查制度的困境与出路”，《政治与法律》2018 年第 12 期，第 106 页。

〔5〕参见张翔：“论备案审查的效力”，《环球法律评论》2024 年第 4 期，第 44—46 页。

〔6〕参见严冬峰：“充分认识备案审查的重要使命 努力构建系统完备的备案审查制度”，《中国人大》2024 年第 7 期，第 29 页。

〔7〕参见蒋清华：“支持型监督：中国人大监督的特色及调适——以全国人大常委会备案审查为例”，《中国法律评论》2019 年第 4 期，第 95—98 页。

〔8〕参见习近平：“在中央人大工作会议上的讲话”，《求是》2022 年第 5 期，第 13 页。

二、备案审查中柔性 with 刚性的制度表现

柔性 with 刚性是相对的概念。在比较宪法学的语境中,与所谓柔性或是弱司法审查相对的概念是刚性 or 强司法审查。^{〔9〕} 后者主要特征包括法院可以依据宪法审查立法机关制定的法律,并可在认定其违宪后宣告无效。美式司法审查体制被认为是此类强司法审查的典型。而柔性司法审查主要涉及部分英联邦国家,其主要特征包含审查机关虽有权宣告法律违宪,但不直接宣告制定法无效,或是给予立法机关忽略其判断的机会。审查机关对法律效力不作终极判断,显示出对立法机关民主正当性与政策形成功能的尊重。全国人大常委会的备案审查与柔性司法审查在结构上并不相同,因为其本身就是代表机关,不像司法机关在民主正当性与政治权威上存在先天不足。但从实践来看,在与强司法审查体制对立的意义上,全国人大常委会的备案审查与柔性司法审查又存在若干相似之处,某种意义上介乎强、弱二者之间,形成了柔性 with 刚性兼具的监督体制。

既有研究对柔性 with 刚性特征的讨论主要聚焦于柔性沟通 with 刚性处理的区别上,或者说是否行使撤销权上。但在本文看来,柔性 with 刚性的区分不是非黑即白的性质问题,而是一个程度的问题。换言之,制度刚性是分层次,有梯度的。所谓刚性处理中也蕴含着柔性的空间,而审查机关基于后果考量,对审查标准的选择性运用也事实上影响了制度刚性。故而本文试图拓展对制度刚性的认识,将处理决定的类型、审查所适用的标准这两种要素也纳入讨论范围。

(一) 柔性沟通 with 刚性处理的区分

是否作出有拘束力的处理决定是最凸显制度刚性的因素。《决定》第 13 条与第 14 条分别设置的柔性沟通阶段与刚性处理阶段即对应了这一点。与第 14 条规定的,被认为具有刚性的“依法作出纠正和撤销决定”不同,《决定》第 13 条规定,如果审查机构经审查认为法规、司法解释应当予以纠正的,可以与制定机关沟通,推动其修改或者废止。如果制定机关同意修改或废止,并书面提出明确处理计划和时限的,可以不再向其提出书面审查意见,审查中止。而如果制定机关不同意修改、废止或者没有书面提出明确处理计划和时限的,审查机构应当依法向制定机关提出书面审查意见,要求制定机关在两个月内提出书面处理意见。制定机关按照所提意见对法规、司法解释进行修改或者废止的,审查终止。

审查机构所作的“沟通” with “书面审查意见”都被认为是典型的柔性处理方式。实践中,审查机构在审查研究时一般会听取制定机关的意见,这是审查机关意见形成过程中的对话;在形成意见之后,审查机构可以非正式的“沟通”方式推动制定机关修改;在制定机关拒绝接受意见

〔9〕 See Mark Tushnet, “The Rise of the Weak-Form Judicial Review,” in Tom Ginsburg and Rosalind Dixon (eds.), *Comparative Constitutional Law: Research Handbooks in Comparative Law series*, Cheltenham and Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011, pp. 321-333; Paul Craig, “Democracy,” in Roger Masterman and Robert Schütze (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 201-229.

后,审查机构还可通过“书面审查意见”再次明确要求制定机关提出处理方案,同时制定机关还可以“书面处理意见”的方式回应。易言之,在进入刚性处理阶段前,至少存在三轮对话的可能,一旦制定机关接受了审查机构的观点,审查程序即告停止。同样值得注意的是,在沟通阶段,对外沟通的主体并非全国人大常委会,而是各专门委员会与常委会工作机构,因而沟通行为并不具备权力性的特征。^{〔10〕}这与第 14 条所规定的由全国人大常委会作出刚性处理决定形成了鲜明对比。

(二) 审查处理决定中的自我谦抑

制度柔性不仅限于柔性沟通的阶段。即便沟通未果,全国人大常委会不得不作出刚性决定时,此类决定中也仍存有柔性因素。《决定》第 14 条规定,在制定机关未按照审查机关意见处理时,全国人大常委会可采取①确认违法并限期改正;②要求自行修改完善或自行清理;③依法撤销;④依法作出法律解释这四种处理方式。

其中,第三种与第四种直接涉及规范效力的变更,前者通过撤销的方式消灭被审查规范的效力;后者则更积极,直接形成新的规范内容,展现出备案审查刚性的一面。第一种处理决定虽直接宣告了被审查规范的违法性,但其与第二种处理决定一样,均不涉及对被审查规范效力的变动,只是提出了修改、废止、完善或清理的要求。^{〔11〕}这两种处理决定都给制定机关留下了一定的裁量空间,在制定机关自身采取整改措施前,被审查规范的效力仍然存在。这显现出审查处理决定中的谦抑性,相较于直接消灭被审查规范的效力也更具柔性。

(三) 多元审查标准运用的综合影响

除了以上两类要素外,备案审查的审查标准虽不直接指涉制度刚性或柔性,但其实际运作也对制度刚性产生影响,是全面、客观评估制度刚性不可不察的要素。2019 年通过的《法规、司法解释备案审查工作办法》(以下简称《办法》)系统地规定了合宪性、合法性、政治性、适当性四种标准。《决定》第 11 条规定的六项重点审查内容也体现了审查标准的多元性。其中第 11 条第 1 项规定了合宪性审查标准;第 2 项规定的“是否符合党中央的重大决策部署和国家重大改革方向”则可称为政治性标准;第 3、4、5 项主要对应合法性审查;第 6 项则是针对适当性的比例原则审查。审查机关对此种多元标准的适用,事实上发挥对规范性文件存在的问题“定性”的作用,而不同定性的效果也对应了不同强度的制度刚性。

具体而言,备案审查机关有时虽然会直言违宪,确认“与宪法……等有关法律的规定不一致”,^{〔12〕}展现出制度刚性的一面;但也常常借由审查标准的多元性,回避合法性以及合宪性判断,展现出极高的柔性。比如在“收容教育制度案”中,审查机关确认了相关规范制定时的合宪

〔10〕 参见李鹏:“在全国人大机关干部会上的讲话”,载《李鹏文集(下卷)》,人民出版社 2024 年版,第 348—349 页。

〔11〕 比较法上的类似制度及其柔性特质,参见田伟:“规范合宪性审查决定的类型与效力”,《中国法律评论》2020 年第 1 期,第 85—86 页。

〔12〕 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”,《全国人民代表大会常务委员会公报》2021 年第 2 号,第 353 页。

性,却强调伴随“民主法治建设的深入推进”“情况发生了很大变化”,然后对审查时相关规范的合宪性问题不作论述。相反,审查机关转而采取近乎政策性与适当性审查的论证,认为“启动废止工作的时机已经成熟”,最终回避了合宪性争议。^{〔13〕}在“交警查手机案”中,审查机关明确相关规定“不符合保护公民通信自由和通信秘密的原则和精神”,但并不直接援引明确的宪法规则,而是淡化处理为“超越立法权限”,在系争规范究竟是违反宪法还是违反法律的问题上不明确立场。^{〔14〕}在“死亡赔偿金城乡不平等案”“出租车从业资格限制案”中,审查机关则将问题导向“社会发展进步”“城乡融合发展”的事实性议题,或是以“不符合党中央关于‘引导劳动力要素合理畅通有序流动’”等改革精神的政策性理由回避作直接的宪法、法律判断。^{〔15〕}

在这些案例中,审查机关没有以某种固定方式适用审查标准,其对标准的选择绝非偶然。审查机关非常清楚,备案审查标准“决定了对规范性文件进行审查的广度、深度和强度”。^{〔16〕}那么,为何实践中还会出现这种利用标准的多元性,弱化违宪、违法判断的情况呢?^{〔17〕}一个合理的猜想是,审查标准的适用实际上是给存在问题的规范性文件定性。而在一般观念中,被审查的规范性文件被认定为“不适当”或是与政策方向“不符合”所造成的政治影响,与被认定为“与宪法、法律相抵触”不可同日而语。因此,无论是通过适用政策性、适当性标准来回避作合宪性合法性判断,或是以合法性判断来取代合宪性判断都是基于后果角度的考量。通过适用特定的审查标准,审查机关实质上降低了对被审查规范问题的“定性”,相应地也就缓和了对制定机关的冲击,降低了审查影响的“刚性”。否则,审查机关在严密的规范论证中,首先明确合宪性、合法性审查的结论,然后再从政策性的角度进行审查,岂不更有利于制定机关纠正错误?因此,虽然多元审查标准的存在看似与制度刚性无关,但实践中的操作却影响了制度刚性。

(四)小结:梯度化的制度刚性

由此,如果将政治性审查与适当性审查视为广义的政策性审查,将合宪性审查与合法性审查视作广义的合法性审查;将撤销、重作等处理方式视作广义的刚性处理,将要求完善、沟通等视作广义的柔性处理,那么备案审查实践在理想类型的意义上就表现出了不同程度的制度刚性。

〔13〕 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2018年备案审查工作情况的报告——2018年12月24日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议上”,《全国人民代表大会常务委员会公报》2019年第1号,第329页。

〔14〕 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”,《全国人民代表大会常务委员会公报》2020年第1号,第241页。

〔15〕 沈春耀,见前注〔12〕,第354页。相关人员实际上认为这些案例“可能涉及对有关宪法原则或宪法精神的理解和把握”。参见梁鹰:“备案审查制度若干问题探讨”,《地方立法研究》2019年第6期,第15页。

〔16〕 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页。

〔17〕 类似观察参见秦文峰、李忠夏:“备案审查制度的合宪性审查功能及其实现——基于历年备案审查年报的实践考察”,《苏州大学学报(法学版)》2023年第4期,第16页。

表 1 备案审查柔性与刚性的制度表现

处理\标准	合法性标准	政策性标准
刚性处理	①,强	②,极强
柔性处理	③,弱	④,极弱

如表 1 所示,①是传统理论中典型的刚性形态,即基于合法性审查作出刚性的处理决定,这也是《宪法》第 67 条第 7、8 项规定的形态。其表现为监督机关对相关规范进行合法性审查,并撤销与上位法相抵触的规范。③则是传统理论中典型的柔性形态,即基于合法性标准对被审查规范作相对柔性的处理。比如宣告某规范与上位法相抵触,但赋予制定机关自行纠正空间。④则是诸种做法中最具柔性的实践形态。审查机关将被审查的规范认定为存在某种政策性问题,并以沟通方式,或是非撤销的方式处理。此时,政策性标准的适用体现出对问题较弱程度的定性,加之处理决定也具有柔性,因而可以说是对制定机关来说定性最轻、压力最小,也是最具柔性的处理方式。比较特殊的是②的情形。由于全国人大常委会严格来说只能基于与上位规范“相抵触”的标准撤销规范性文件,因而此种情形会否出现值得怀疑。但如果审查机关真的在实践中诉诸政治性、适当性标准,作出撤销之类的刚性决定,就一定会将被审查规范的问题定性得与存在合法性问题相当,甚至更为严重。此时,政策性标准就会体现出刚性极强的一面,加之处理决定本身也是刚性的,因此对制定机关形成了极大的压力,甚至可以认为其比①的刚性更强。

可能的疑问是,为何在②的类型中政策性审查的定性就更为严重,而第④类型中政策性审查就可能更轻?这主要是由政策性审查标准所蕴含的不确定性造成的。目前,在政策性标准的内部,就适当性标准与政治性标准的关系仍然缺乏共识。^{〔18〕}政策性标准的适用既可能被定性为与中央大政方针在方向上的背离,也可能被定性为改革过程中与上级政策不尽一致,或是不够妥当。而在我国的政治法律语境中,这两种定性的意义截然不同。因此其制度刚性的强弱,很大程度上要结合个案中的具体论述与配套的处理方式来判定。^{〔19〕}

总之,柔性 with 刚性不纯然是是否行使撤销权的问题。与比较宪法理论聚焦于法院能否撤销议会制定的法律,或是既有研究主要关注刚性决定以外的柔性沟通机制不同,本文尝试将多元因素熔于一炉,建构分析刚性与柔性的体系性框架。之所以如此,是因为本文认为刚性与柔性是有梯度的概念,相关要素在作用上是联动的,在制度逻辑上是一贯的,在监督效果上是一体的。它们分别对应着备案审查发挥监督功能的三个环节:①用何种标准进行审查,也就是以何种标准给问题定性;②是通过柔性的沟通促使制定机关改正,还是提升监督刚性,以审查决定的方式迫使

〔18〕 虽然有观点认为政治性审查可以被适当性审查所吸收,但《决定》仍将政治性审查列为单独一项,并限缩了适当性审查的范围。参见《规范性文件审查标准有关问题研究》,载中国人大网,http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202306/t20230606_429895.html,最后访问日期:2025 年 9 月 1 日。

〔19〕 关于备案审查中政治性审查基准的多元适用,参见郑磊、王翔:“2020 年备案审查工作报告评述”,《中国法律评论》2021 年第 4 期,第 170—174 页。

其改正;③如果作出审查决定,给制定机关留有多少自主空间。由此可见,全国人大常委会备案审查比一般学理上的规范审查更加复杂,要想强化其制度刚性,还需要对背后的原理有更深的把握。

三、内因:审查职权的构造与监督作用方式

备案审查各环节柔性与刚性并存的特征具有内部与外部的复杂性,并非一种偶然。其内因是备案审查的职权构造中的政治性与法律性,其外因则在于不同国家机关间关系层面,或者说审查机关的宪法地位。之所以说是内因,是因为柔性与刚性因素内在地来源于人大监督权的构造。本节先从这一角度,分析《宪法》第 67 条等规范为备案审查所设定的制度框架,这决定了其中刚性的一面;再分析全国人大常委会其他职权对备案审查制度的影响,探讨其中柔性因素的来源;最后通过对监督权作用方式的分析,探讨备案审查职权中的政治与法律逻辑。

(一) 备案审查作为规范审查

对备案审查职权构造的考察首先应分析宪法规范。《宪法》第 67 条第 7、8 项规定的规范撤销权为全国人大常委会备案审查确定了基本的制度架构,其中“相抵触”的要件与“撤销”的后果形塑了其制度刚性。

其一,就审查而言,《宪法》第 67 条第 7、8 项规定,对相关规范的撤销须以其与上位法“相抵触”为条件,而“相抵触”显然需要审查才能认定。1954 年宪法曾规定全国人大常委会有权“撤销国务院的同宪法、法律和法令相抵触的决议和命令”。当时主持相关工作的彭真在讨论法律与宪法相抵触的情况时,就指出要对之“加以审查”,以消除“相抵触”的情形。^{〔20〕}1982 年宪法进一步将全国人大常委会对相关法规的撤销标准从“不适当”与“相抵触”并存,统一调整为“相抵触”。此后,尽管《办法》就审查标准规定了四种情形,^{〔21〕}《决定》也延续了《办法》中的多元标准,但经历了两次修改后的《立法法》都没有改变全国人大常委会行使撤销权的标准,其可撤销的情形仍然限于与上位规范相抵触。可以说,“相抵触”标准仍然是备案审查制度中最为关键的审查标准,也是制度刚性的重要特征。

其二,就处理而言,《宪法》第 67 条第 7、8 项规定的撤销权是诸种处理方式中最能体现制度刚性的方式,其行使将消灭相关规范的效力。本质上,这种刚性逻辑来源于《宪法》第 5 条规定的法制统一原则,要求“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”。尽管法律规范被认定为与上位规范相抵触,和该规范被宣布为无效力是两件事,但违法规范效力的消灭是法制统一的基本要求。宪法、法律将全国人大常委会设定为监督宪法、法律实施的机关,赋予其最具刚性的撤销权。当然,也正是因为撤销权具有此种刚性效果,全国人大常委会对此项

〔20〕 参见彭真:《全国人大常委会机关要为立法工作服务》,载《彭真文选(一九四一—一九九〇年)》,人民出版社 1991 年版,第 262 页。

〔21〕 有关机关关于政治性标准的论述,参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室:《〈法规、司法解释备案审查工作办法〉导读》,中国民主法制出版社 2019 年版,第 100—102 页。

权力的行使十分审慎。八十年代首次集中进行规范审查时,全国人大常委会就考虑到法治建设恢复初期立法经验缺乏的实际,没有对若干与上位法“不尽符合”的地方立法采用“公开撤销的措施”,而是令其自行纠正。^{〔22〕} 这首先开审查处理方式自我谦抑的先河。《各级人民代表大会常务委员会监督法》(以下简称《监督法》)制定时,有关方面也考虑到“实际上撤销会造成很大的影响”而对撤销权十分谨慎。^{〔23〕} 晚近的实务观点也认为,撤销权及其带来的溯及力问题,可能会造成法律秩序的不稳定,因而对激活撤销权并不持积极态度。^{〔24〕} 可即便如此,全国人大常委会的撤销权仍被认为是“保障备案审查制度发挥宪法监督作用的最后一道坚固屏障”,^{〔25〕} 是制度刚性最有力的支点。因此,虽然备案审查制度仍处于发展之中,但《宪法》第 67 条等相关规范已为制度改进与刚性增强锚定了基本方向。

(二)其他监督职权对备案审查的影响

对备案审查职权构造的理解同样不应脱离其制度语境。除了备案审查,全国人大常委会还享有多项其他监督权。这些职权从规范依据、制度机制等不同层面为其注入了柔性因素。

其一,宪法规定的其他监督权规范构成对备案审查在依据上的支持,丰富了备案审查的行使方式,使备案审查不单纯为一种刚性的合法性审查。全国人大常委会对规范性文件的审查,或者说法律监督,在很大程度上也与对相关规范的制定机关的工作监督相重合。1988 年《七届全国人大常委会工作要点》宣称“监督宪法和法律的实施,监督国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院的工作,是宪法赋予全国人大常委会的一项重要职权”。这一主张除了在《宪法》第 67 条规定的具体权力之外创设了一种“监督法律的实施”的权力外,也关涉法律监督与工作监督的结合。有关方面就主张“备案审查的权力来源不仅仅是宪法关于全国人大常委会有权撤销法规的规定,同时也来源于宪法关于全国人大常委会监督‘一府一委两院’工作的规定”。^{〔26〕} 而实践中,备案审查意见的形成在许多时候也并非严格的法规范判断作出的过程,而是具有工作监督,乃至公共政策形成的特征。比如“收容教育制度案”中,审查机关就通过调研的形式发现该制度的“教育功能已经越来越弱化”,并认为“这一实地调研,为弥合各方争议、形成废止共识奠定了坚实基础”。^{〔27〕} 显然,此种监督作用的发挥就不能完全诉诸规范撤销制度,而与其他监督权息息相关。

其二,其他监督制度的发展为备案审查的机制设计提供了经验与参考,为其注入了柔性处理的机制因素。李鹏委员长曾提出“可以考虑,把法律监督和工作监督结合起来,进一步增强

〔22〕 参见刘政:《人民代表大会制度的历史足迹》,中国民主法制出版社 2008 年版,第 185 页。

〔23〕 参见李鹏:《立法与监督:李鹏人大日记(下)》,新华出版社、中国民主法制出版社 2006 年版,第 560 页。

〔24〕 参见梁鹰:“备案审查工作的现状、挑战与展望——以贯彻执行《法规、司法解释备案审查工作办法》为中心”,《地方立法研究》2020 年第 6 期,第 18 页。

〔25〕 《撤销权为何备而不用,梁鹰谈备案审查》,载南方周末官方账号, <https://new.qq.com/rain/a/20230304A03REE00>, 最后访问日期:2025 年 9 月 1 日。

〔26〕 见前注〔18〕。

〔27〕 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 97 页。

监督的实效”。〔28〕这种制度上的相互借鉴、影响就可在备案审查与执法检查中得到某种印证。比如,备案审查与执法检查从创设之初就被列为是全国人大常委会“认真抓好法律监督”首要的两种做法,〔29〕二者就具有结构上的相似性。执法检查具有“执法检查组检查并形成报告、全国人大常委会审议报告并反馈意见、法律实施机关报告研究处理情况、全国人大常委会做出决议”的制度架构。这与《决定》所设定的审查工作机构、制定机关与有权机关之间的复杂互动高度相似。〔30〕备案审查虽定位为法律监督,但在具体机制中注重与被监督机关的沟通、互动,带有工作监督的色彩;在运作上,先由相关工作机构形成监督意见,再由全国人大常委会最终作出具有法律拘束力的决议、决定,都体现出制度刚性与柔性的交互。

总之,备案审查职权并非存在于制度真空之中,无论是职权依据或是具体的程序机制都镶嵌在人大监督权的既有规范框架与实践脉络内。如果说以《宪法》第67条第7、8项为依据的规范审查的制度形态决定了其刚性的主线,那么监督权的复杂语境与相互影响也为其注入了柔性的制度因素。可以说,全国人大常委会备案审查职权的构造呈现出某种复调结构。

(三)监督作用方式的政治法律逻辑

那么面对这种复调的备案审查职权,应该如何在原理上把握它,理解其制度定位呢?这就不得不回到监督权的一般原理,特别是要注意到柔性与刚性的制度表象背后,实质上是监督权作用方式中政治与法律二元属性的作用。

表2 对权力进行监督的类型与代表性制度

对象\依据	规范效力	政治意志
规范效力	①规范性文件的合宪性、合法性审查	②基于立法权的法律撤销
政治意志	③执法检查	④选举、罢免、询问、舆论

借用纯粹法理论,可将国家权力分解为构成其形式的法律规范要素与构成其内容的政治意志要素,〔31〕据此可以构造基于规范要素与政治要素的四种理想类型:①基于上位规范对下位规范进行监督,其本质在于通过上级规范的效力否定与之相抵触的下级规范的效力,如《宪

〔28〕 李鹏,见前注〔10〕,第330页。

〔29〕 “七届全国人大常委会工作要点”,载刘政、于友民、程湘清主编:《人民代表大会工作全书(1949—1998)》,中国法制出版社1999年版,第889页。

〔30〕 对执法检查职权性质的认识也曾有过从侧重法律监督到工作监督的变化。参见刘政:“执法检查是法律监督的重要形式 人大监督工作探索之一”,《人大工作通讯》1996年第22期,第15—18页;乔晓阳:“全国人大法律委员会关于《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会监督法(草案)》修改情况的汇报——2006年6月24日在第十届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议上”,《全国人民代表大会常务委员会公报》2006年第7号,第554页;张鹏:“从备案审查‘要求’到‘衔接联动’——我国国家机构之间关系的一个映射”,《备案审查研究》2023年第1辑,第90—91页。

〔31〕 参见(奥)汉斯·凯尔森著:《纯粹法学说》(第二版),(德)马蒂亚斯·耶施泰特编,雷磊译,法律出版社2021年版,第6—7页;钱坤:“理一分殊:全国人大及其常委会宪法监督权的差异化构造”,《交大法学》2024年第1期,第116—119页。

法》第 67 条第 7、8 项规定的规范撤销制度。②基于政治意志对有关机关制定的规范进行监督。其原理在于法律规范是由有权机关运用其政治意志创造的,而监督机关也可以凭借自身的政治权威对制定机关创制的规范进行变动。如全国人大改变或撤销其常委会不适当的决定。此种监督与立法权的行使没有本质区别,因而也可被叫作“立法监督”。③基于法律规范对政治意志进行监督。比如执法检查中,监督机关主要以法律为判断依据,但监督的对象却并非有关机关创制的具体规范,而是其施政行为总体。其监督的主要作用方式是给有关部门提出要求和建议,即设定政治目标,施加政治影响。比如《行政复议法》执法检查中,检查出的重点问题就是该制度的公众信任度、复议能力、办案质量与效率等,而非法律适用是否正确。又如在《农业法》执法检查中,监督部门提出的建议也不是针对具体的规范或者行为是否合法,而是给行政部门在产品供应、农田建设、耕地保护等领域提出具体政策要求。^{〔32〕}④基于政治意志对政治意志进行监督。其原理在于监督机关享有比被监督机关更高的政治权威并藉此施加影响。如全国人大及其常委会罢免公职人员,开展质询、询问等。此种监督虽需具有法律依据,但其行权理由的具体内容却不必要是法定的,监督机关完全可以凭借其自身的意志与观点展开。

四种类型中,第①、④种在从法律性到政治性的光谱中各居一端,其作用方式的法律或者政治性质最为鲜明;第②与③种则表现出法律与政治性质明显的交叠。备案审查乍看起来最符合第①种监督的制度形态,即基于上位规范对下位规范的刚性审查。但如果注意到其在审查标准与处理方式上的多元性,对其定位恐怕就不能仅局限在第①种类型。就审查标准而言,政治性、适当性等标准虽然已为《决定》所法定化,但本质上是在引入某种超规范要素,这使得备案审查朝向第②类型的方向趋近。对审查机关在审查中将合宪性、合法性问题转化为适当性、政策性问题监督的观察也体现了这一趋势;就审查处理而言,审查工作机构可通过沟通、书面审查意见的方式向制定机关施加压力,或是在审查决定中要求后者修改完善,乃至由工作机构函告提醒制定机关,提出意见和建议。凡此种种其实也在偏离传统的规范审查模式,向带有更多监督政治意志的色彩的第③种类型趋近。以上均表明备案审查中政治逻辑的存在,刚性与柔性夹杂的特征也就可以被视作监督权构造中政治与法律逻辑交互的结果。

需要指出的是,这种交互虽然可以解释刚性与柔性混杂的现象,尤其是法律逻辑对应了制度刚性的一面,但政治性的监督并不意味着其手段就一定是柔性的。相反,其也可以极具刚性。比如罢免就与撤销权制度一样被认为具有很强的制度刚性,只不过其没有出现在备案审查的语境之中而已。而在备案审查实践中,如果出现了审查机关以政策性标准为依据,撤销有关规范的情形,则也可能体现出极强的制度刚性。此时,对问题的定性就绝非某种弱势意义上的“不适当”,而是严重的政治问题了,其处理手段也是极具刚性的。当然,职权构造中所体现

〔32〕 参见王胜俊:“全国人民代表大会常务委员会执法检查组关于检查〈中华人民共和国行政复议法〉实施情况的报告——2013 年 12 月 23 日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第六次会议上”,《全国人民代表大会常务委员会公报》2014 年第 1 号,第 107—108 页;武维华:“全国人民代表大会常务委员会执法检查组关于检查《中华人民共和国农业法》实施情况的报告——2024 年 9 月 10 日在第十四届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议上”,《全国人民代表大会常务委员会公报》2024 年第 5 号,第 798—802 页。

的政治与法律逻辑互动,并不是刚性或柔性问题的全部,想要更全面地理解相关问题还必须考虑作为外因的审查机关的宪法地位与制度权威。

四、外因:审查机关的宪法地位与制度权威

职权构造方面的因素固然重要,但职权不会自动行使,备案审查的制度运作与行权主体密不可分。如果说前者属于内因,那么审查机关的宪法地位及其对制度权威的诉诸则体现了某种外部因素的作用。现行宪法赋予全国人大常委会宪法监督权的理由之一,就是“很难设想再搞一个比全国人大常委会权力更大、威望更高的组织来管这件事”。^{〔33〕} 这种宪法地位既是宪法文本所规定的确定的规范性概念,也是宪法实践,特别是不同机关之间的宪法关系所形塑的动态的事实性概念。这些都会影响备案审查的柔性 with 刚性。

(一)全国人大常委会最高地位的相对性

既有学说对备案审查等人大监督制度的探讨往往是从其作为国家权力机关的监督开始的。这种讨论的理论进路十分清晰:全国人大作为最高国家权力机关享有宪法下的最高权威,可凭借此种政治权威单向地监督其他机关;全国人大常委会作为其常设机关可凭借其在大会闭会期间享有的最高的宪法地位监督其他机关。就此而言,全国人大及其常委会的监督是最有力、最具刚性的。但这种叙事并不能把握实践的全貌。执政党在实践中对重大政治问题拥有关键的判断权,面临重大争议时,需由全国人大常委会承担纠正功能的情形极其有限;另外,从规范上说,全国人大常委会也不能等同于具有最高政治权威的全国人大,其最高地位具有相对性。这也意味着,备案审查所依赖的宪法地位及政治权威并不是无限的,这就为备案审查制度柔性元素的生成提供了可能。

首先,全国人大常委会在大会闭会期间虽然是事实上地位最高的国家机关,但与规范上的最高国家权力机关仍有明显区别。具体而言,后者的民主正当性更强,甚至一度被认为具有某种主权机关的性质。1954年、1975年与1978年宪法都曾规定全国人大可以行使其“认为应当由它行使的其他职权”,显现出某种“全权性”,而这也意味着其对其他国家机关的监督并不存在规范上明确的界限。但全国人大常委会则与此不同,其组成人员虽也是全国人大代表,但数量有限且具有专职化的特征,无法享有与全国人大相比肩的政治权威。此外,由于1982年宪法对全国人大的“全权性”进行了某种控制,这进一步限缩了全国人大常委会能够凭借其 with 最高国家权力机关的关联而获得的政治权威。因此,全国人大常委会并不能像全国人大一样主张某种绝对的政治上的优势地位。

其次,全国人大常委会虽然相对其他机关享有一定优越地位,但与后者之间并非严格的从属性关系,需要尊重其在宪法上的自主性。正如学者提出的,可以认为国务院从属于全国人大,却不能认为其从属于全国人大常委会。^{〔34〕} 全国人大常委会与国务院、最高人民法院等国

〔33〕 《彭真传》编写组:《彭真传(第4卷)》,中央文献出版社2012年版,第1487页。

〔34〕 参见杜强强:“论我国宪法上的议行复合结构”,《法学研究》2023年第4期,第50页。

家机关一样,在人事组织的正当性上都源于最高国家权力机关,而在全国人大常委会与其他国家机关之间就并不存在此种关系了。事实上,虽然宪法规定了在大会闭会期间,其他国家机关与全国人大常委会之间也有负责与监督关系,但其在职权上也有差别。其中最为显著的,就是全国人大常委会对其他国家机关的人事任免权受到一定限制。而在面对地方国家权力机关时,全国人大常委会也只能主张一种法律上的监督关系,不能诉诸一种政治上的领导关系。^[35] 就此而言,全国人大常委会的宪法地位并不能够支持一种绝对的监督观念。

(二)国家权力合理分工与人大依法监督

祛除了一种绝对的监督观念后就不难发现,全国人大常委会的相对优越地位是嵌合在各机关合理分工的架构之中的,而与此相匹配的人大监督权行使原则是依法监督原则。具体而言,伴随 1982 年宪法修改,合理分工逐步取代议行合一成为国家权力配置的基本原则。^[36] 宪法设计者吸取了宪法实施的历史经验,基于民主集中制原则,将“使各个国家机关更好地分工合作、相互配合”列为国家机构领域宪法修改“所遵循的方向和所体现的要求”,并明确指出“国家机构的这种合理分工,既可以避免权力过分集中,又可以使国家的各项工作有效地进行”。^[37] 由此,合理分工就不只是对宪法体制的事实性描述,而是作为民主集中制的内涵之一,具有鲜明的指向与规范层面的效力。而监督权在诸种国家权力中又有特别之处,天然涉及对其他权力单元的干预,这与权力分工原则之间存在某种张力,也使得监督权的制度建构与权力行使相对复杂。

首先,监督权在国家权力的横向维度受到合理分工原则的制约。现行《宪法》通过之初,人大就高度重视监督权的问题,许多代表曾提出相关意见。彭真曾就此指出,“我们讲监督,不要把应由国务院、法院、检察院管的事也拿过来。如果这样,就侵犯了国务院、法院、检察院的职权。而且第一我们管不了,第二也管不好”。^[38] 后来,李鹏也提出,监督权应该遵循“不包办代替原则”,即人大及其常委会监督其他机关工作,但不代替有关机关行使职权,而是督促和支持其依法行使职权。^[39] 这些论述一脉相承,也具有预见性。《监督法》制定时中最具争议的个案监督问题就印证了这一判断的必要性。当时反对个案监督的观点就援引了合理分工原则,认为“对具体案件进行监督,介入司法机关认定事实、适用法律的具体办案活动,实际上是代行审判权和检察权,不符合宪法规定的国家权力机关与审判机关、检察机关的职权分工”。^[40] 最终,个

[35] 参见彭真:“关于全国人大常委会的工作”,载《彭真文选(一九四一—一九九〇年)》,人民出版社 1991 年版,第 563—564 页。

[36] 参见钱坤、张翔:“从议行合一到合理分工:我国国家权力配置原则的历史解释”,《国家检察官学院学报》2018 年第 1 期,第 45—49 页。

[37] 彭真:“关于中华人民共和国宪法修改草案的报告”,载《彭真文选(一九四一—一九九〇年)》,人民出版社 1991 年版,第 456 页。

[38] 彭真,见前注[35],第 563 页。

[39] 参见李鹏:“关于人大监督工作”,载《李鹏文集(下卷)》,人民出版社 2024 年版,第 526 页。

[40] 参见杨景宇:“全国人大法律委员会关于《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会监督法(草案)》修改情况的汇报——2004 年 8 月 23 日在第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议上”,《全国人民代表大会常务委员会公报》2006 年第 7 号,第 547 页。

案监督没有写入《监督法》。

其次,《宪法》在国家权力的纵向维度也设置了合理分工的要求。《宪法》第3条第4款规定,“中央和地方的国家机构职权的划分,遵循在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性的原则”。其中“职权的划分”体现的就是“分工”,“统一领导”与“主动性、积极性”的辩证则构成了“合理”的内涵。该规范落实到全国人大与地方人大关系上,就是二者之间仅具有联系、指导而非领导关系,^[41]这对全国人大及其常委会的监督也有更为严格的限制。全国人大常委会对地方人大的监督主要是法律监督而非工作监督,如李鹏所强调的,“全国人大和地方人大是法律上的监督关系,宪法就是这样规定的,地方人大和全国人大在法制这个问题上是全国统一的”。^[42]现行《宪法》对地方人大制定的规范性文件的监督仅限于撤销“相抵触”者,与1978年宪法规定的“不适当”相比也有所收紧。即便是在有法律监督与工作监督双重性质的“执法检查”方面,制度设计者也反复告诫,执法检查主要是针对同级的其他机关。^[43]就算由于监督宪法和法律的实施涉及下级行政区域内的具体工作,也应采取《监督法》规定的委托检查制度,由地方人大介入,而不是将地方人大作为监督对象。

最终,这种基于权力分工原则的理念在《监督法》中凝结为“依法监督原则”。尽管该法制定经历了漫长曲折的过程,各方对制度细节存在不同观点,但就依法监督原则形成了高度共识。起草者特别强调,“宪法和有关法律已经赋予人大常委会对‘一府两院’工作的监督权,监督法不需要赋予其新的监督权”,重点是令“监督进一步规范化、程序化”。^[44]易言之,《监督法》是对宪法的具体化,人大只是在依法行使宪定职权,并无逾越。为了突出这一点,该法第1条即表明立法目的是保障各级人大常委会“依法行使监督职权”,第2条更明确提出要“依据宪法和有关法律的规定,行使监督职权”。虽然没有一部法律会否定合法性原则,但《监督法》反复强调“依法监督”确实具有不同寻常的意义,是“既不失权、又不越权”的分工原则的体现。^[45]而这自然也对全国人大常委会的备案审查形成了制度约束——必须以宪法、法律所规定的标准与方式进行监督。

值得注意的是,依法监督原则既是全国人大常委会地位相对有限的结果,也是在合理分工的基础上主张监督权威的有效方式。因为主权机关如果要进行政治监督是不必反复强调“依法监督”的,而当监督主体意识到不能简单诉诸政治权威来证成其监督职权时,通过强调依法监督诉诸法律权威有助于强化其监督权的正当性。

[41] 彭真,见前注[35],第563页。这种关系对于撤销权的影响,参见刘松山:“备案审查、合宪性审查和宪法监督需要研究解决的若干重要问题”,《中国法律评论》2018年第4期,第25—26页。

[42] 李鹏,见前注[39],第527页。

[43] 参见《关于改进全国人大常委会执法检查工作的几点意见》,载中国人大网, http://www.npc.gov.cn/zgrdw/huiyi/lfzt/tjfxd/2004-11/01/content_1462834.htm,最后访问日期:2025年9月1日。

[44] 乔晓阳,见前注[30],第551页。

[45] 类似表述参见王维澄:“关于《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会监督法(草案)》的说明——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”,《全国人民代表大会常务委员会公报》2006年第7号,第542页。

(三)民主集中制与国家机关间协同配合

全国人大常委会的宪法地位虽然为制度刚性提供了政治权威上的基石,但其相对性也使得合理分工成为可能,由此,“依法监督”成为监督的基本原则。但合理分工绝不意味着权力之间相互隔绝,一种消极的权力分工观只能说明审查机关不应代替其他机关作决定。为了有效行使国家权力,民主集中制原则还要求政治过程中的各机关相互之间积极配合。这为柔性监督提供了基础,也划定了界限。

具体而言,国家机关间的协同配合是民主集中制的要求。民主集中制要求实现国家权力的民主正当性的同时,还要确保民主决定的目标能够有效实现。因此,各个国家机关虽然角色不同,分工各异,却应有共同的目标。这也就意味着其相互之间不应掣肘,而应当相互配合。宪法要求“国家机关能够更有效地领导和组织社会主义建设事业”,在机关间层面“更好地分工协作、相互配合”。^{〔46〕}有学者论述了执政党的领导在协调配合中的作用,这在一定程度上揭示了“支持型监督”理念背后的政治逻辑,^{〔47〕}但仍未能阐明协调配合的相互关系中监督权应有的形态。协调配合的关系落实到监督权的维度,并不是放弃监督,或者采取一种大事化小、小事化了的“支持”逻辑,而应体现为相互尊重与相互支持的双重内涵:

其一,相互尊重意味着审查机关在其权限范围内,将制定机关的意思纳入审查考量,并赋予一定权重。相互尊重并不意味着排除审查机关对争议事项的管辖,因为监督本身就意味着管辖事项的某种重叠,只不过监督往往是事后的、二次的,是对拥有初次管辖权的机关的判断的再判断。因此备案审查中的尊重就体现为将制定机关作出决定的部分或全部理由纳入自身审查的范围,并基于机构分工、专业能力等对其赋予权重。比如全国人大常委会在备案审查的各环节都可以与制定机关沟通,制定机关可将制定规范性文件的相关事实、法律论证、政策考量,乃至整改方案进行反馈。这既让审查机关更全面、准确地了解被审查规范的制度语境,也显现出对制定机关考虑的尊重;既有利于提高备案审查意见的妥当性,也为下一步的处理决定提供了基础。当然,这种尊重也是相互的,制定机关也要尊重并接受审查机关基于宪法、法律的规范判断。

其二,相互支持则意味着审查机关的意见应当有助于制定机关解决问题,而不是相互掣肘。但应当明确,支持是为了实现法规范设定或容许的治理目标,而不是支持制定机关自身特殊的利益或其他目的。^{〔48〕}因此,支持的方式是为政策目标的实现确定空间,最典型的就是为权力行使确定合宪、合法的规范框架。在全国人大常委会认定被审查规范存在合宪性、合法性问题后,可采取限期整改、要求自行完善等处理决定,在督促制定机关纠正错误的同时,为其留下充分的裁量空间。这有助于其规范、妥当地解决问题,实现治理目标。《法治中国建设规划(2020—2025 年)》所提出的“建立健全涉及宪法问题的事先审查和咨询制度”也遵循了相似的

〔46〕 参见彭真,见前注〔37〕,第 455—456 页。

〔47〕 参见蒋清华,见前注〔7〕,第 100—101 页。

〔48〕 对监督支持论的反思参见林彦:“论人大执法检查权的功能整合”,《中国法律评论》2021 年第 4 期,第 188—190 页。

逻辑。这也可以理解,审查机关可以基于相互支持的理念采取柔性的监督方式,但柔性不应体现在将合宪性问题化约为合法性问题,或是将合法性问题化约为政策性、适当性问题上。审查机关应当在阐明问题的基础上,为制定机关纠正错误提供规范依据,如果其拒不接受,就应启动进一步程序,以刚性手段维护法制统一。

通过对审查机关宪法地位这几个层次的分析,不难发觉刚性与柔性表象之下的政治与法律逻辑的复杂互动:①全国人大常委会在国家机构体系中的相对优越性体现其政治权威,这虽然能够在一定程度上为其监督权提供支持,但在《宪法》确立的合理分工原则之下,其也必须诉诸依法监督原则的法律权威来强化自身监督权的正当性;②依法监督决定了监督必须符合宪制架构下的既定分工,同时也要求全国人大常委会承担起维护宪法法律尊严的职责,在一定意义上限定了其制度刚性;③仅凭分工原则无法有效支持监督权行使,它没有充分说明为什么采取某种柔性的处理方式是可取的,而不只是一种妥协或退让。本文提出,各个机关根据民主集中制原则有协同配合的义务,应相互尊重、相互支持。因此,全国人大常委会应当充分考虑制定机关的政策考量,并为纠错提供清晰的依据与指引,这为备案审查中标准、沟通与处理等多个环节的柔性因素提供了规范依据。总之,无论是其享有的政治地位与其主张的依法监督原则,又或是合理分工原则与协同配合义务对其行动策略的塑造,都表明政治权威与法律权威不是对立的,两种权威可以相互支持,共同作用于全国人大常委会备案审查。

五、备案审查的行权策略与刚性增强

备案审查职权构造与审查机关宪法地位中蕴含的政治与法律逻辑,共同塑造了备案审查的柔性 with 刚性特征。这种多元因素的复杂作用表明,尽管某些柔性特征的存在确实偏离了宪法设定的制度轨道,但备案审查中柔性因素的存在并不完全是不合理的。因此,增强制度刚性不仅是激活撤销权、拓展审查权限、提高审查强度这么简单。那么,应该如何符合宪制架构的基础上增强制度刚性,或者更准确地说,提升其制度效能呢?

(一) 制度发展、权威积累与审查策略

应当指出,刚性与柔性之中体现的政治与法律逻辑的缠结并非我国宪法体制的特例。现代民主法治国家本身就是政治系统与法律系统综合作用的产物。“法律尽管具有实证性,却内在主张规范有效性,而权力,尽管它是受到授权的,却被一个政治意志用作达到集体目标的手段。”^[49]二者还具有相互构成的关系:政治权力或者政治权威需要获得法律形式,这既是合法性原则的要求,也能够从功能上为其提供稳定性与约束力;而法律的形式与权威也需要基于民主政治的权威的担保,以成为正当之法,并获取实效性。具体到制度层面,在域外国家的宪法审查体制中,政治与法律逻辑的缠结体现为围绕议会与法院的机构角色、司法审查体制的强弱形式、民主与权利的制度功能的争论。而在我国,由于全国人大常委会同时具备最高国家权

[49] (德)哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店 2014 年版,第 169 页。

力机关的常设机关、立法机关与宪法监督机关三种身份,内含着政治性与法律性的张力,^[50]其在备案审查中的行动策略本身就蕴含着对政治与法律逻辑的把握,“刚性”与“柔性”正是这两种因素综合作用的表现。

当下,备案审查仍然处于“宪制生长”的初期,更上位的宪法监督机制也尚未理顺。此时,以全国人大常委会的政治权威为制度赋能,特别是通过柔性的审查标准适用与处理决定类型进行监督,在一定程度上有利于制定机关吸收意见,为监督工作的开展拓展空间。某种意义上,如果在制度初期就过度强调制度刚性,一味拓展法律监督的深度与强度,将一切问题法律化,就可能忽视审查机关的政治权威能够支持监督的限度,造成监督实效性的流失,也不利于制度权威的积累。^[51]就此而言,在备案审查作为规范审查,或者说法律监督的基本定位下,综合政治与法律考量,适度保持制度柔性,既能推进监督工作获取实效,也于监督制度本身有益。

但这种审查策略并不意味着应持续保持含混。正如习近平总书记指出的,“要着眼长远,筑法治之基、行法治之力、积法治之势,促进各方面制度更加成熟更加定型”。^[52]如果不能适度区分政治与法律逻辑,满足于凭借政治权威展开监督,而忽略了法律形式所应有的刚性,那么其既难以诉诸合法性原则支持,也难以让有关机关形成稳定预期。备案审查在实践中的策略考量,应该要为制度中规范性要素的生长创造条件与空间。有关机关应当把握政治与法律逻辑的互动,通过实践不断积累制度权威。晚近,实务部门既强调“采取务实管用方式积极回应涉及宪法有关问题的关切”,^[53]也强调“严密管用的制度建设是高效推进工作的基础和源泉”,^[54]这在一定程度上也体现了政治与法律逻辑两方面不可偏废的考虑。应类型化地匹配刚性与柔性的制度要素,从审查标准、对象等不同方面着手,实现备案审查效能的提高。

(二) 政治性审查的功能实现与制度替代

所谓政治性审查现阶段主要指《决定》规定的审查“是否符合党中央的重大决策部署和国家重大改革方向”。规定政治性审查有其合理的一面,这表明备案审查有保障中央重大决策部署与改革的作用,能够服务于国家发展与重大改革的政治方向。但能够发挥某种政治性监督的功能,并不意味着必须在备案审查中建构一套基于政治性判断的独立审查标准。已有学者从缺乏规范依据、功能配置不适当、损害备案审查权威性等方面对此进行了反思。^[55]简言之,将政治性或者说政策性标准引入审查标准,实际上是令审查机构独立于规范制定机关对政

[50] 参见钱坤:“全国人大常委会宪法地位的历史变迁与体系展开”,《法学研究》2022 年第 5 期,第 84—85 页。

[51] 参见左亦鲁:“从‘鸭子凫水’到‘蜻蜓点水’——备案审查中的宪法解释极简主义”,《中国法律评论》2024 年第 5 期,第 90—91 页。

[52] 习近平:“以科学理论指导全面依法治国各项工作”,载习近平:《论坚持全面依法治国》,中央文献出版社 2020 年版,第 3 页。

[53] 沈春耀:“更好发挥宪法在治国理政中的重要作用”,《中国人大》2022 年第 23 期,第 21 页。

[54] 张勇:“加强宪法监督 完善备案审查制度”,《中国法治》2024 年第 3 期,第 6 页。

[55] 参见李松峰:“备案审查中的政治性审查”,《中外法学》2023 年第 5 期,第 1252—1257 页。

策的内涵及影响作政治判断,而这既非审查机构的专业能力优势所在,也超出了其自身政治权威所能够支持的范围,勉力承担还会浪费其自身的行动资源,影响审查工作的展开。具体而言,虽然全国人大常委会具有较高的政治权威,完全可以对同级其他国家机关进行政治性监督,但其相对其他机关的政治权威也只是有限的。更何况,在备案审查的沟通阶段,对外沟通的主体是专门委员会或全国人大常委会工作机构,考虑到其制度定位是协助有权机关开展工作,由其开展涉政治性问题的沟通并不合适,甚至会使其基于专业的法律权威受到影响。即便是全国人大常委会,也并不享有基于政治性标准撤销规范性文件的权限,只能采取柔性的处理方式。因此,比较合理的做法是,如果审查机关发现有关规范性文件存在政治性问题,可采取询问、听取专项报告等方式进行监督。这些监督方式本身就属于政治过程的环节,也更适合以议会形态存在的全国人大常委会开展,这有利于代表们展开监督,也能够使政治监督更加充分。

(三)适当性审查的自我约束与合理运用

适当性审查虽然不像政治性审查一样高度依赖审查机关的政治权威,因而有透支制度权威,挤占制度资源之虞,但其适用也应十分审慎。从规范上看,赋予审查机关以适当性审查的权力是在扩张其监督权力;从实践中看,将合法性问题转化为适当性问题体现了柔性思维的不当延伸,这两种倾向都值得反思。

首先,引入适当性审查应遵循依法监督原则,避免逾越宪法界限。《宪法》第67条只赋予了全国人大常委会对与上位规范“相抵触”的规范撤销权,因此,其虽可对某些不当规范进行监督,但并不能以不适当为理由行使规范撤销权。^{〔56〕}具体而言,①就行政法规而言,由于全国人大常委会本身就可监督国务院的工作,因此以适当性作为标准对行政法规进行监督是有一定依据的,其可以进行柔性处理。此外,审查结果也可以作为全国人大常委会采取询问、专题报告等监督形式的依据,乃至成为进一步制定法律,规范行政机关的参考。②就司法解释而言,由于其制度定位是对司法工作中的具体应用问题进行解释,^{〔57〕}审查机关对此类问题要作基于具体情境的判断具有一定的难度。特别是,如果司法解释并未超出法律文本的范围,以适当性审查介入司法解释制定不免有违“相互尊重”的要求。当然,由于实践中司法解释出现了立法化的趋势,全国人大常委会完全可以基于法律解释权,对相关事项作实质判断,而不必以适当性审查的方式解决越权问题。③就地方性法规而言,有观点认为,“全国人大常委会……与地方人大常委会之间是中央国家机关与地方国家机关的关系。对地方性法规的适当性进行审查也符合宪法规定的精神”。^{〔58〕}但本文认为,由于地方人大本身是民意代表机关,其在本行政区域内与全国人大具有民主的同质性,^{〔59〕}上级人大和下级人大只在合法性审查的意义上存在监督关系,并不存在支持适当性审查的监督关系。当然这并不意味着上级人大不能通

〔56〕 二者区别参见蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2006年版,第318页。

〔57〕 参见钱坤:“论最高人民法院司法解释的宪法定位”,《法制与社会发展》2025年第1期,第124—132页。

〔58〕 见前注〔18〕。

〔59〕 参见王贵松:“地方性法规制定权限的界定方式”,《法学》2024年第3期,第34页。

过立法的方式,实质变更下级人大制定的法规范。因此全国人大常委会不宜对其在适当性层面监督,更不宜撤销相关规范。

其次,要警惕实践中以适当性审查的方式回避合法性审查的做法。这种“柔性”方式并不可取,应尽快明确进行合宪性审查、合法性审查与适当性审查的次序。在缺乏监督权限之处,审查机关不应也无法代替制定机关对待决事项作适当性判断,这是相互尊重义务的体现;同时对本应明确的合宪性、合法性问题含混其词,也不符合相互支持的规范要求。此外,《决定》第 14 条最后一项规定,“法规、司法解释被纠正或者撤销后,其他规范性文件存在相同问题的,制定机关应当及时修改或者废止”,试图提高制度的纠错刚性。如果审查机关能够对合宪性合法性问题作出清晰判断,这一举措尚有作用空间,但如果是高度个案化、情境化的适当性判断,其制度效能也将大打折扣,难以发挥监督的辐射效应。总之,对“不适当”等政策性标准的运用,未来一方面应探索其与合宪性、合法性标准的结合形态,另一方面应考虑其与其他监督方式的衔接,但必须防止其滥用。后者看似扩张了审查权限,但长期来看可能会损害自身的权威,不利于备案审查制度刚性的提升。

(四)合宪性、合法性审查的强化与柔性处理

真正增强制度刚性的核心应该是合宪性与合法性审查。如前所述,这也是最典型的刚性制度形态。强化其刚性的重点首先在于明确法律判断,增强说理,杜绝以政策性审查逃避合法性审查的情形。简言之,即判断的理性化与结论的显明化,而不只是简单地追求激活撤销权。

具体而言,合宪性与合法性审查上是基于上位规范对下位规范的合法性进行判断。全国人大常委会本身就享有终局性的宪法与法律解释权,也拥有对与宪法、法律等上位规范相抵触的规范的撤销权。因此其拥有对相关事项进行刚性监督的法律权威。如果全国人大常委会明确作出规范判断,并辅之以缜密的论证说明,那么无论是在形式上还是在实质上,都可以获得法律权威的极大支持。而这种权威的运用一旦稳定化、常态化,就可以充分发挥监督作用。就如同英国最高法院虽然无权撤销与《人权法案》相抵触的法律,但其作出的不一致宣告几乎无不得到议会的遵守。这就是因为在其制度语境下,法院的法律判断已经具有了极大的权威,一旦其他机关拒绝接受,就可能遭受来自国际、国内各方面以及反对党与社会舆论等政治力量的批评,付出沉重的政治代价。相反,如果持续将合宪性、合法性问题含混为政治性、适当性问题,虽然使得制定机关不至于因为违法而被指责,但既损害了法制统一的宪法要求,也蕴含着使问题的政治影响升级的风险,还没有真正支持制定机关依法履责。有学者强调,“既不要把宪法问题法律化,也不要将法律问题宪法化”,^{〔60〕}也有观点一针见血地指出,“频繁地运用政治标准进行政策性审查,必将大大降低备案审查的法律性,使得审查机关难以向制定机关传达法律的一致性和可预期性”。^{〔61〕}

就此而言,审查机关在制度建设初期降低对问题定性的“调门”,并采取柔性处理方式,为

〔60〕 韩大元:“从法律委员会到宪法和法律委员会:体制与功能的转型”,《华东政法大学学报》2018 年第 4 期,第 11 页。

〔61〕 李松峰,见前注〔55〕,第 1255 页。

制定机关自行修正留下空间,这当然是具有政治智慧的审查策略。但审查机关也必须把握时机,通过判断的理性化与结论的显明化,确认并强化自身的法律权威。通过对规范意涵的解释,明确规范判断,既有助于强化备案审查的法律属性,长期看也有助于全国人大常委会积累权威,提高监督的可接受性。这是令宪法、法律监督法律化规范化,真正提升备案审查制度刚性的关键。那么在明确规范判断,强化法律论证以增强制度刚性的同时,柔性的处理手段是否还有适用的空间呢?答案是肯定的。基于其宪法地位与宪法配置的监督权限,全国人大常委会拥有充分的制度工具,在不动用规范撤销权的情形下实现其监督的目标。理论上来说,全国人大常委会完全可以通过将备案审查中的沟通程序升级,或是适当借鉴其他监督形式,加大对制定机关的压力,以促使其改正违宪、违法的规范性文件。^{〔62〕}就此而言,在宪法与法律框架下,究竟是采用刚性的撤销权,或是柔性手段,全国人大常委会享有根据具体形势与系争事项综合判断的空间,以合理平衡监督的政治与法律逻辑,并为未来的制度实践创造先例,开拓空间。

Abstract: The record and review mechanism of the Standing Committee of the National People's Congress (NPCSC) exhibits both flexible and rigid features, whose coexistence stems from complex causes. The construction of record-and-review powers and the constitutional status of the reviewing body together shape this dual character. The political-legal duality inherent in the design of the record-and-review power and the mode of exercising supervisory authority constitutes the internal factor. The relative supremacy of the NPCSC compared with other state organs, and the principle of reasonable division and coordination of state powers, require that the NPCSC, when conducting record and review, must take into account both institutional authority and the political-legal duality; these form the external factors. Different types of record-and-review objects, standards, and dispositions exist, and their respective bases and effects should be distinguished. Political review should be carried out prudently and may gradually be replaced by inquiries, hearing of reports, and similar measures. Appropriateness review should respect the division of powers and adopt flexible responses depending on the type of object under review. When conducting constitutionality and legality review, the level of reasoning should be raised, normative judgments clarified, and, where appropriate, the power of constitutional and statutory interpretation exercised in order to strengthen institutional authority.

Key Words: NPCSC; Constitutional Supervision; Record and Review; Constitutional Review; Legislative Supervision

(责任编辑:彭鐔)

〔62〕 历史上曾出现全国人大专门委员会认定地方性法规与上位法相抵触,但有关方面急于修改的审查结论刚性不足的问题。参见林彦:“法规备案审查制度的法定化过程”,《荆楚法学》2023年第5期,第73页。