

论备案审查的效力

张 翔

内容提要:效力问题是备案审查制度的“题眼”所在。根据《备案审查决定》第13、14条,备案审查在“有错必纠”环节以“沟通—书面审查意见—纠正和撤销决定—普遍约束力”4个阶层保证备案审查具有制度刚性。鉴于“纠正和撤销决定”通常备而不用,可以考虑赋予“沟通”“提出书面审查意见”以预备程序、“判断预告”的性质,将备案审查这一监督权行使作“督促”和“处置”的整体安排。这要求“沟通”“提出书面审查意见”必须以外部化、固定化和法效化的方式予以公开。备案审查具有抽象审查的制度特征,赋予“纠正和撤销决定”以普遍约束力是其体现之一。“普遍约束力”需要在对其他规范性文件及其制定机关的约束力、“存在同样问题”的认定、有无对司法个案的约束力等层面具体展开。备案审查决定应以不溯及既往为原则,以溯及既往为例外。中国宪法学在当下应当更加重视“宪法程序法”研究。

关键词:普遍约束力 监督权 溯及力 宪法程序法

张翔,北京大学法学院教授。

在总结备案审查工作经验的基础上,全国人大常委会于2023年12月29日作出《关于完善和加强备案审查制度的决定》(下称“《备案审查决定》”),以立法性决定的方式,进一步搭建备案审查的制度框架。《备案审查决定》以《宪法》和《立法法》《各级人民代表大会常务委员会监督法》等为依据,与2019年由全国人大常委会委员长会议通过的《法规、司法解释备案审查工作办法》(下称“《工作办法》”)一起,为备案审查的精细化、规范化展开提供了更具操作性和公开性的规范基础。加强备案审查工作被认为是“完善宪法监督制度的重要着力点”,^[1]在此意义上,《备案审查决定》的出台也具有重要的“宪法程序法”意义,^[2]是我国推进宪法全面实施的重要制度建设。为“增强备案审查制度

[1] 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十二届全国人大以来暨2017年备案审查工作情况的报告——2017年12月24日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议上》,《全国人民代表大会常务委员会公报》2018年第1号,第124页。

[2] 参见张翔:《宪法程序法:国家权力配置的视角》,《中国法律评论》2020年第1期,第31页。

刚性”，《备案审查决定》完善了审查纠错程序，增加了备案审查决定类型，赋予备案审查以普遍约束力。在笔者看来，效力问题是备案审查制度的“题眼”所在，是制度完善的成败关键。《备案审查决定》的相关规定存在巨大的学理建构和实践探索的空间。本文尝试聚焦《备案审查决定》第 13、14 条规定的“沟通”“书面审查意见”“纠正和撤销决定”和“普遍约束力”，对备案审查效力的相关问题作初步探讨。

一 “制度刚性”的四阶构造与“普遍约束力”之困

“增强备案审查制度刚性，提高备案审查能力和质量，坚决纠正违宪违法行为”是《备案审查决定》的基本目标，“坚持有错必究，增强备案审查制度刚性”是《备案审查决定》的核心内容。^{〔3〕}《备案审查决定》第 13、14 条拓展、细化了《立法法》第 112 条的简要规定，也发展了《工作办法》的程序安排，在既有规范的基础上进一步完善，形成了保证备案审查制度刚性的“四阶构造”。包括：一是规定了审查机构与规范性文件制定机关的“沟通”环节。将这一实践中普遍存在的、在《工作办法》已有初步规定的机关内部互动方式予以法定化和规范化，并将其与审查机构提出书面审查意见的程序衔接起来（第 13 条第 1、2 款）。二是凸显“书面审查意见”的权威性，强化其作为备案审查纠错必要环节的相对独立性。三是增加全国人大常委会备案审查决定的类型（第 14 条第 1 款），强化“纠正和撤销决定”。《备案审查决定》增加了确认法规、司法解释违宪、违法并要求制定机关修改废止，以及要求制定机关对一般违法问题自行修改或者清理两种纠正方式，进一步明确了“依法予以撤销”和“依法作出司法解释”。“纠正和撤销决定”的类型趋于完备。四是增加规定了备案审查决定的普遍约束力，即第 14 条第 2 款：“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。”至此，我国的备案审查制度在审查处理环节，以“沟通—书面审查意见—纠正和撤销决定—普遍约束力”四个阶层，保证备案审查的有效性。

备案审查制度刚性的最终落脚点在“普遍约束力”上。然而，如果从“普遍约束力”倒推，却会发现存在一些实践和理论上的显然断裂。这里，以出租车司机户籍限制问题为例加以说明。2020 年全国人大常委会法工委依据全国人大代表的建议，对昆明、南宁、武汉、太原、石家庄 5 个城市的出租汽车管理条例进行了审查。审查意见认为，地方性法规对出租汽车司机设置户籍门槛违反了上位法规定，以户籍或居住证（暂住证）作为出租汽车司机准入门槛，构成严重的就业歧视，阻碍了出租汽车行业“稳就业”功能的实现。按照此备案审查意见，这 5 个城市的人大常委会对本市出租汽车管理条例作出修改，删去了户籍限制。这一案例还被写入全国人大常委会法工委 2020 年备案审查工作情况报告。然而，存在同样问题的其他城市却并未根据这一备案审查意见对其出租汽车管理规定作出处理。2022 年，又有学者针对上海、西安等 9 个城市的出租汽车管理条例提出审查建

〔3〕 张勇：《关于〈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（草案）〉的说明》，《全国人民代表大会常务委员会公报》2024 年第 1 号，第 102、105 页。

议。全国人大常委会法工委备案审查室向九市人大常委会发函,要求作出工作安排。^[4]然而,全国人大常委会法工委《关于2023年备案审查工作情况的报告》再次提到:“我们发现以前法工委审查意见要求纠正的地方性法规……将具有本地户籍或者居住证作为出租车驾驶员准入的条件的问题,还有一些地方存在类似问题,我们继续督促有关制定机关及时完成修改工作。”^[5]已经纠正过两次的问题再次出现,类似现象促使学界开始思考备案审查的“先例约束力”问题,^[6]这也构成了此次《备案审查决定》作出第14条第2款规定的背景。备案审查的工作机构对同样的问题“纠正一批,又来一批”是存在忧虑的。例如,在2023年备案审查工作报告关于禁止“连坐”的意见后,有这样一段表述:“我们与有关主管部门督促有关机关对通告予以废止,支持有关主管部门在全国范围内部署开展自查自纠,防止、避免出现类似情况。”^[7]可见,法工委对于实践中备案审查的意见缺乏“普遍约束力”有清醒认识,因此会积极探索“防止、避免出现类似情况”的机制。基于这样的实践现状,也就不难理解权威人士对《备案审查决定》第14条第2款的解读——“为了增强审查纠错的刚性,有必要赋予纠正和撤销决定以及审查意见的普遍约束力”^[8]。

一个必须追问的问题是:《备案审查决定》第14条第2款是在规定“纠正和撤销决定”的类型之后规定“普遍约束力”,那么,此普遍约束力是仅被赋予纠正和撤销决定,还是可以跨越式回溯到第13条,同时赋予沟通意见和书面审查意见?前引权威解读认为在“纠正和撤销决定”之外,“审查意见”也具有普遍约束力。此种解读与第14条第2款的文义之间有一定的紧张,需要学理上的进一步建构。

如果不赋予沟通意见和书面审查意见普遍约束力,那么前述制度安排就无法达成增强备案审查刚性的目标。这是因为,“由常委会依法作出撤销决定,是最有权威、最有效的纠正违宪违法行为的方式,但实践中绝大多数情况下都不需要这么做”^[9]。也就是说,“纠正和撤销决定”这种最权威也最为强硬的方式,通常是备而不用的。最强硬的监督手段备而不用,符合我国的政治文化和权力结构。笔者在分析为何新时代的宪法监督会使用一个以往较少使用的用语“合宪性审查”时,认为这体现了我国宪法监督制度的“柔性”特征——“较之‘违宪审查’,‘合宪性审查’的语词冲击性较小。同时,这一术语也表明相关的审查工作是柔性的、协商式的,而非激烈的、对抗式的。”^[10]而沟通、书面意见这样的柔性手段“通过工作沟通解决问题,是备案审查工作中一种有效的纠错方式,也是常用的

[4] 参见刘嫚:《多地立法限制外地司机开的士引发广泛关注,全国人大常委会备案审查要求纠错又有多地取消的哥户籍限制》,《南方都市报》2023年10月23日第GA04版。

[5] 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2023年备案审查工作情况的报告——2023年12月26日在第十四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》2024年第1号,第231页。

[6] 参见黄明涛、张梦奇:《全国人大常委会备案审查决定的先例约束力》,《苏州大学学报(法学版)》2022年第4期。

[7] 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2023年备案审查工作情况的报告——2023年12月26日在第十四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》2024年第1号,第229页。

[8] 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》,中国人大网, http://www.npc.gov.cn/c2/c30834/202403/t20240308_435614.html,最近访问时间[2024-03-25]。

[9] 严冬峰:《〈备案审查决定〉的出台背景和主要内容解读》,《中国法律评论》2024年第1期,第207页。

[10] 张翔:《“合宪性审查时代”的宪法学:基础与前瞻》,《环球法律评论》2019年第2期,第9页。

方式之一”。^[11] 柔性手段作为“有效的纠错方式”，此“有效”更多是法社会学意义上的“实效”(Wirkung)，而非规范意义上的“效力”(Geltung)。在笔者看来，如果这些柔性手段不能借由“普遍约束力”而具有“效力”意义上的刚性，那么“四阶构造”的制度目标恐有落空之忧。前述出租车司机户籍限制案例那样的“同样问题，反复纠正”现象也将难以避免，不仅浪费备案审查的制度资源，也会损害备案审查的“实效”。

二 “柔性手段”的效力建构：政治和法律的进路

(一)“沟通意见”“书面审查意见”外部效力之不足

迄今为止，全国人大专门委员会、常委会法工委对违宪违法规范性文件的纠正，仅运用了“沟通”和“提出书面审查意见”两种方式。实践中，制定机关通常都会自行修改或废止相关规范性文件，尚未出现相关机构向全国人大常委会委员长会议提出予以撤销的议案、建议，以及由全国人大常委会作出正式的、发生外部效力的审查决定的情形。《立法法》第 112 条第 3 款、《工作办法》第 44 条并未被激活适用。然而，实践中并非没有制定机关未予自行纠正的案例。例如，2020 年针对民航发展基金的备案审查中，法工委审查认为，“征收民航发展基金依据的是国务院文件和有关部门规章，与 2014 年修改后的预算法第九条第一款关于政府性基金依照法律、行政法规的规定征收的规定不符。我们已向司法部提出，如果需要继续征收民航发展基金，应当及时完善相关法律或者行政法规依据。”^[12]但迄今似未见有相关举措，法工委也未向全国人大常委会委员长会议提出过相关议案、建议并由常委会作出决定。也许未来制定机关仍然会纠正，但从中似可管窥“沟通”和“提出书面审查意见”的“柔性”，也能看出其“实效”并不充足。

有学者将“沟通”和“提出书面审查意见”称为“备案审查的柔性处理阶段”，与后续的“刚性处理阶段”对应，并指出柔性处理在实践中具有“事实上的最终性”。^[13]有学者认为，这种以沟通、协商为主的“‘共识型’纠错模式体现了在党的领导下各部门分工合作的政治理念，有效缓解了制度设计中多元审查可能出现的分歧，在对规范性文件进行合法性审查的同时，还有利于确保审查判断的政治正确，符合当前中国的政治实践，有效解决了违宪违法规范性文件的纠错问题，是中国宪法性制度的特色与贡献”，^[14]充分揭示了这种柔性方式背后的政治文化和政治逻辑，证明了其合理性和实效性。然而，无论强调其政治上的合理性还是事实上的最终效果，都无法否认“沟通意见”“书面审查意见”在规范效力上的先天不足。这主要是因为，全国人大专门委员会、常委会法工委等审查机构并不

[11] 严冬峰：《〈备案审查决定〉的出台背景和主要内容解读》，《中国法律评论》2024 年第 1 期，第 207 页。

[12] 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。

[13] 参见梁洪霞：《备案审查柔性处理阶段的救济程序构建》，《四川师范大学学报(社会科学版)》2022 年第 4 期，第 71 页。

[14] 李松峰：《“沟通”与“协商”是符合国情的备案审查方式》，《法学》2019 年第 3 期，第 17 页。

具有完全独立的法律地位,不能以全国人大或其常委会的名义决定和处理问题,^[15]其判断和见解更接近“研究意见”的性质并限于审查者和被审查者之间,并且不向第三方的机关、公民或组织普遍公开(现有的披露渠道较为局限)。如果不能以宪法、法律明确设置的程序和形式保证“沟通意见”“书面审查意见”产生外部效力,^[16]如果沟通和书面审查意见只是内部的“一事一议”,自然也就谈不上具有普遍约束力,“纠正一批,又来一批”的情况可能难以避免。如果要为“沟通意见”“书面审查意见”构建起法律效力,核心问题在于:作为工作机制中的内部沟通和书面意见,如何具备外部性?其何以与在权力主体和表现形式层面都具有外部法律效力的“纠正和撤销决定”一样,具有拘束力?

(二) 保证“柔性手段”实效的政治进路

在为“沟通意见”“书面审查意见”作法律效力的建构之前,不妨继续从政治进路或者事实进路、实效进路去做些思考。也就是,在前述学者所提示的“保障政令畅通”“确保政治正确”“符合政治实践”的方向上,^[17]保证备案审查的柔性手段具有事实上的实效性。

一国的政治原则、政治状态必然会影响到其合宪性审查制度的具体机制。英国建构“弱型违宪审查”的经验可供对照参考。英国在2009年设立的最高法院依据《人权法》可以对议会立法进行审查,但如果无法将议会立法解释为与《人权法》一致,基于“议会主权”的传统,其也不能推翻或者撤销议会立法,而是仅能做出“不一致宣告”。然而,法律与政治实践的事实是:在最高法院作出“不一致宣告”后,多数情况下议会都主动修改了法律。“没有一个政府希望给公众留下一个侵害公民权利的印象。如果政府否认法院认定的侵权事实,就会导致公众对政府的反感。政府公然蔑视或抵抗法院发布的‘不一致宣告’,很可能为此付出政治代价。因此,政治压力使得‘不一致宣告’具有了实际效力。”^[18]也就是说,并不具备法律上的约束力的“不一致宣告”基于议会主权的政治原则与民众政治压力的平衡,获得了事实上的实效。对照我国备案审查中的“沟通意见”“书面审查意见”,我们同样可以观察到:第一,多数情况下,制定机关都做出了主动并且可称迅捷的纠正;第二,备案审查在全国人大作为最高国家权力机关的权威影响下,在贯彻合宪性审查、备案审查的坚定政治意志下,在“是否符合党中央的重大决策部署和国家重大改革方向”(《备案审查决定》第11条第2项)审查内容下,也具有很强的权威性;第三,通过沟通和协商的多机关、多主体的“磨合”大体上能够形成共识。遵循这一思路,“沟通意见”“书面审查意见”这些柔性手段能够有效形成和保持政治事实上的权威性,可以使其具有实效性。

(三) 构建“柔性手段”效力的法律进路

从《备案审查决定》以及之前《立法法》的制度建设思路看,全国人大及其常委会显然

[15] 参见肖蔚云著:《我国现行宪法的诞生》,北京大学出版社1986年版,第161页;蔡定剑著:《中国人民代表大会制度》(第4版),法律出版社2003年版,第476页;胡锦涛:《论设立“宪法和法律委员会”的意义》,《政法论丛》2018年第3期,第8页;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22页。

[16] 参见段沁:《论合宪性审查决定的普遍约束性及其限度》,《华东政法大学学报》2023年第5期,第99页。

[17] 李松峰:《“沟通”与“协商”是符合国情的备案审查方式》,《法学》2019年第3期,第17页。

[18] 李蕊佚:《议会主权下的英国弱型违宪审查》,《法学家》2013年第2期,第171页。

是在谋求为“沟通意见”“书面审查意见”构建真正的法律效力,突出表现为,尝试赋予“沟通意见”“书面审查意见”以相当的外部性和约束力。

第一,强化了审查机构的纠错独立性,或者说,赋予内部机构以某种外部性。如果说,2000年《立法法》规定的常委会工作机构的职能还主要是对审查要求和建议的“分送”,扮演纯粹内部流程性角色,那么,2015年《立法法》修正后,其角色已然开始外部化。这突出体现为,其可以“向指定机关提出审查意见、研究意见”。到2023年《立法法》修正时,不再使用“研究意见”的表述,而是统一为“书面审查意见”。《备案审查决定》在规范用语上与2023年修正后的《立法法》一致,也不再使用《工作办法》的“书面审查研究意见”。“研究”二字的取消,似有强化审查机构相对于制定机关的权威性、凸显“提出书面审查意见”作为备案审查纠错必要环节相对独立性的意味。此外,2015年、2023年《立法法》都规定了常委会工作机构向提出审查建议的主体反馈审查情况,以及“可以向社会公开”。这些规范变化,应该说使得原来的纯粹内部工作机构具有了一定的外部性。

第二,“沟通”“提出书面审查意见”作为全国人大常委会作出正式审查决定前的预备程序,并不是纯粹的“协商”,而是一种规范不法状态及其法律后果的“判断预告”。而且此预告有宽严两种方式。《备案审查决定》明确规定了制定机关无视“沟通”和“书面审查意见”的消极法律后果。如果审查机关选择了“沟通”这一较为宽和的预告方式,那么制定机关必须同意自行纠正并书面提出处理计划和时限,否则就面临着审查机构较为严厉的预告,也就是“提出书面审查意见”乃至后续的正式审查决定。并且,制定机关一旦同意自我纠正就必须确保落实,不得敷衍延宕,否则仍会被全国人大常委会的正式审查决定强制纠正。特别是,对于审查机构提出的“书面审查意见”,制定机关必须在两个月内提出书面处理意见并落实、反馈,否则就会导致强制纠正的法律后果。对于“沟通”,《备案审查决定》设定了“制定机关同意”的环节。这不应该被理解为平等主体之间的意思表示达成一致。“沟通—同意”并非可以讨价还价的对等协商,而是后置以法定的强制纠正程序和高度可能的消极后果的,是法定机构的单方面处理预告。制定机关如果想避免遭受正式审查决定的不法评价,只能积极予以改正。在此意义上,“沟通”“提出书面审查意见”具备预备程序、“判断预告”意义上的相对独立性和权威性。

第三,基于体系解释和目的解释,可以赋予“沟通意见”“书面审查意见”以普遍约束力。如前所述,《备案审查决定》第14条第2款“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”的表述存在文义模糊。单从第2款的规定出发,似应认为“纠正”“撤销”指的就是第14条第1款所规定的4种审查处理决定。然而,“纠正”一词同样出现在第13条第1款关于“沟通”的前提条件的规定中。其所指也应包括第13条中的“修改、废止”而带来的审查终止。这意味着,如果“纠正”是通过沟通和书面审查意见来实现,而其他规范性文件也存在《备案审查决定》第14条第2款规定“存在相同问题”的情形,则制定机关也应自行纠正。由此,“沟通意见”“书面审查意见”亦应具备普遍约束力。

也就是说,从体系解释的角度看,《备案审查决定》的第13条和第14条是针对“有错必纠”机制的,在体系和程序上紧密结合的一个整体。第14条第2款作为备案审查纠错

机制的最终着力点,意在增强备案审查的整体刚性,似可跨越到第13条,同样赋予柔性手段以普遍约束力。这一判断,也可以得到目的解释层面的补强。备案审查立法目的之一是“保证国家法制统一”,如纠正结果无法具有普遍约束力,备案审查就无法促进法制统一目标的达成。但是,未来对于此文义模糊和解释歧义,还应予以进一步明确。

(四)公开作为法律效力的形式要求

如果试图赋予“沟通意见”“书面审查意见”以外效力乃至普遍约束力,就不能不在公开机制上做出更加规范化、制度化的安排。普遍约束力是对各类法规、司法解释制定机关的一般性约束。一般性意味着,其并非针对个案的具体判断,并非针对具体对象的个别拘束。这就要求,“沟通意见”“书面审查意见”必须从内部的双边或者有限主体之间的意见往来,转化为抽象的一般化的对外宣告。如果没有制度化的对外公开机制,则“沟通意见”“书面审查意见”就只是内部意见,无法被其他公权力机关、公民及组织知晓,其普遍约束力也就无从谈起。实践中,相关意见可能会通过常委会办公厅的途径,向“存在相同问题”的规范性文件的制定机关行文发送。这种方式的优点是指向明确,并会对处理的要点和时间等针对性地提出要求。然而其缺点在于,仍然不是有效的广泛公开。有学者主张,全国人大常委会法工委认为其他规范性文件可能存在同类问题,可向其制定机关发出督办函或者抄送单。^[19]但这种做法仍然是示范性、吁请性的,是批量重复了沟通和提出书面审查意见的过程,仍然缺乏规范性、制度性的约束力。

从实践情况看,常委会的工作机构事实上采用了多种公开方式:第一,年度备案审查工作情况报告;第二,通过“中国人大网”的“备案审查工作”栏目公布“指导案例”;^[20]第三,通过“备案审查动态”公众号公布案例;第四,通过《规范性文件备案审查案例选编》公布案例;^[21]第五,通过工作交流会,以及选编“备案审查工作案例”印送地方人大参考。^[22]这些公开工作,已经积累了相当多的经验。但是,这些公开方式的法效性显然不足。在此,笔者建议,可以依据《立法法》第113条和《备案审查决定》第19条“加强工作指导”、第20条“及时向社会公众公开备案审查工作情况报告、工作动态、重要进展和典型案例”的规定,对所有的沟通和书面审查意见予以记录、编号和分类整理,并通过公报或其他合适的方式公布出来。此种沟通和书面意见的公开,至少要具备类似“询问答复”的,具有争议事实、问题争点、意见判断等内容的固定化形式。此外,还应该比较充分的论证,而非仅仅给出判断和结论。如此,各制定机关、公民和其他组织可以及时、充分、全面地了解备案审查意见的内容,制定机关才可能对标调整。只有以固定形式表现出来,

[19] 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25页。

[20] 参见“备案审查工作案例选编”,中国人大网,<http://www.npc.gov.cn/npc/c2597/c5854/bascgz/bascgzalxb/>,最近访问时间[2024-03-25]。

[21] 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编著:《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。

[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》,《全国人民代表大会常务委员会公报》2023年第1号,第157-158页。

“沟通意见”“书面审查意见”才具有外部化的形式,也才可能具有所期待的普遍约束力,在溯及力的认定上也才有明确的锚定点。因此,将“沟通意见”“书面审查意见”以规范化、制度化的确定形式发布,应成为未来备案审查程序机制和效力机制建设的重点内容。

三 “纠正和撤销决定”的效力:从一次性到长效性

不同于对“沟通意见”“书面审查意见”的效力存疑,既有研究肯定“纠正和撤销决定”的法效性,并且共识性地认为其具有普遍约束力。^[23] 然而,如果结合《备案审查决定》第 14 条第 2 款,却有“于不疑处有疑”并加以辨析之必要。如果“纠正和撤销决定”本身即具有普遍约束力,那么为什么还要再加强强调? 难道第 14 条第 2 款的规定,其实只是为了给第 13 条的柔性手段赋予普遍约束力? 细究起来,第 14 条第 1 款的第(四)项是“依法作出法律解释”,^[24] 全国人大常委会的法律解释本来就是抽象的、一般的,具有普遍约束力的,并不需要第 14 条第 2 款予以重申。那么,是不是 14 条第 1 款规定的另外三项并非当然地具有普遍约束力,^[25] 从而需要予以明确呢? 在此,需要对“纠正和撤销决定”的性质进行考察。

(一)“纠正与撤销决定”是监督权的行使

宪法学上将全国人大及其常委会的职权划分为立法权、重大事项决定权、人事任免权、监督权。实践中,对于此“四权”的行使却都有可能使用“决定”的方式。那么,“纠正与撤销决定”属于“四权”中哪项权力的行使? 从全国人大常委会审议作出的纠正与撤销决定的功能看,其应属监督性决定:纠正是要求制定机关作出修改或者废止法规、司法解释的行为,撤销是终止法规、司法解释的效力。全国人大常委会的“纠正与撤销决定”的职权基础,是《宪法》第 67 条第 6 项对全国人大常委会监督权的一般规定,以及《宪法》第 67 条第 7 项和第 8 项对全国人大常委会作出撤销决定的规定。举重以明轻,全国人大常委会既然有权作出撤销决定,当然就有权要求制定机关作出修改或者废止相关规范的纠正决定。《立法法》第 108 条则进一步细化了宪法的规定。

进一步考察,作为监督权行使的“纠正与撤销决定”具有以下特点:第一,法定性而非

[23] 已有研究大都肯定全国人大常委会作出的审查决定具有普遍约束力。参见田伟:《规范合宪性审查决定的类型与效力》,《法学论坛》2020 年第 1 期,第 81 页;程庆栋:《论全国人大常委会审查决定的法律效力》,《北京社会科学》2021 年第 2 期,第 83 页;达璐:《合宪性审查决定的效力与实效》,《四川师范大学学报(社会科学版)》2021 年第 5 期,第 124 页;段沁:《论合宪性审查决定的普遍约束性及其限度》,《华东政法大学学报》2023 年第 5 期,第 98 页。

[24] 这一纠正方式,是针对“两高”的司法解释的。其法律依据是《各级人民代表大会常务委员会监督法》第 33 条:“全国人民代表大会法律委员会和有关专门委员会经审查认为最高人民法院或者最高人民检察院作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触,而最高人民法院或者最高人民检察院不予修改或者废止的,可以提出要求最高人民法院或者最高人民检察院予以修改、废止的议案,或者提出由全国人民代表大会常务委员会作出法律解释的议案,由委员会议决定提请常务委员会审议。”宪法上的职权依据是《宪法》第 67 条第 4 项。

[25] 这三项是:“(一)确认有关法规、司法解释与宪法、法律相抵触或者违背宪法、法律的原则和精神,要求制定机关限期修改或者废止;(二)要求制定机关自行修改完善有关法规、司法解释,或者要求制定机关进行清理;(三)依法予以撤销。”

创制性。全国人大常委会所为的备案审查是依据宪法、法律规定的权限和程序,审查法规、司法解释是否与宪法、法律相抵触。^[26]因此,监督权的行使并不创设新的法律规范,^[27]而是为了确保已经制定的宪法法律得到遵守。第二,事后性。^[28]从监督过程看,备案审查的“纠正和撤销决定”显然是事后的。尽管有关于“事先咨询机制”的设计,^[29]但对法规、司法解释的备案审查并不发生在法规和司法解释制定的过程中,无论是主动审查还是被动审查,都是对已经制定和生效的法规、司法解释进行监督。第三,间接性。间接性是指《备案审查决定》第14条第1款规定的“纠正和撤销决定”(除“依法作出法律解释”外)并不直接改变被审查的法规、司法解释,而是要求制定机关修改、完善、废止、清理,即使是最为严厉的“撤销”,虽产生直接的法律后果,但也只是对制定机关的立法形成自由的消极干预,属于对立法权的边界控制而非内容形成。^[30]第四,处分性。处分性包括判断性和制裁性两个方面。监督权是“判断国家机构的权力行使是否符合已经存在的宪法、法律和其他规范的权力”。^[31]判断性意味着将被监督者的行为置于监督者的审视之下。被监督的国家机关负有向监督者提供相关信息的强制义务,包括主动提供和被动接受。在备案审查中,主动提供表现为报送备案,被动接受则表现制定机关接受备案审查机构的了解、调研和沟通、协调,并按要求作出反馈。而制裁性是指对判断的结果需要作出具有法律强制力的后果。“监督要讲求实效,监督要有结果,没有结果,不了了之,等于没有监督。”^[32]全国人大常委会对法规、司法解释作出纠正、撤销决定就体现着制裁性。

(二)从一次性效力到一般性效力

从上述分析不难看出,作为监督权行使的“纠正和撤销决定”未必具有普遍约束力。尽管作出此决定的是作为立法机关的全国人大常委会,但这并不当然意味着决定的普遍约束性。这是因为,对于针对特定法规、司法解释的审查、判断和处分,实际上是个案性、具体性的审查。此种“个案性”“具体性”当然并非司法具体个案意义上的,但是,“纠正和撤销决定”直接针对的是特定的个别文件,针对个别文件的“纠正和撤销决定”仍然只对该个别文件发生效力,因而并非一般性、抽象性的。有学者按照时效性,将全国人大及其常委会的“决定”区分为“即时性决定”和“长效性决定”。即时性决定是“就某件事情或

[26] 《备案审查决定》第11条规定的“审查重点内容”的第2项是“是否符合党中央的重大决策部署和国家重大改革方向”。在笔者看来,基于党必须在宪法和法律范围内活动以及党的活动也是在保证宪法法律实施,因此此种审查仍然属于“客观法秩序维护功能”的范围。参见张翔:《宪法程序法:国家权力配置的视角》,《中国法律评论》2020年第1期,第35-36页。

[27] 在江辉看来,全国人大常委会的法律解释仅是澄清既有法律的内涵,不具有创制性,从而不是立法权的行使。在此意义上,《备案审查决定》第14条规定的“依法作出法律解释”仍然是监督权的行使。参见江辉:《论最高国家权力机关“四权”的区分标准》,《中国法律评论》2023年第5期,第122页。

[28] 关于监督权的“事后性”和“间接性”,参见蔡定剑著:《中国人民代表大会制度》(第4版),法律出版社2003年版,第367-368页。

[29] 参见朱宁宁:《维护宪法权威,合宪性审查如何破局?》,《中国人大》2018年第5期,第44页。

[30] 参见张翔:《“合宪性审查时代”的宪法学:基础与前瞻》,《环球法律评论》2019年第2期,第18页。

[31] 江辉:《论最高国家权力机关“四权”的区分标准》,《中国法律评论》2023年第5期,第122页。

[32] 李鹏著:《立法与监督:李鹏人大日记(下)》,新华出版社2006年版,第538页。

某个具体问题而作的决定,用来解决某个专门问题,其效力也是一次性的。如关于设立或撤销某地建制,关于特赦,有关推迟选举时间的决定”,而长效性决定是“为确立某件永久性事件或某类问题而作出的一般问题的决定”。^[33] 长效性决定与法律一样,具有可反复多次适用的性质。监督是针对特定主体、特定事项作出的,因而监督权的行使一般是作出一次性决定,对特定主体具有拘束力,而无普遍拘束力。例如,全国人大常委会对某地方性法规作出撤销决定,就“撤销”这一监督结果而言,属于一次性决定,仅处置了特定的法规抵触上位法的问题,只拘束制定机关的立法行为。

在此意义上,《备案审查决定》第 14 条第 2 款对于全国人大常委会审议后作出的纠正和撤销决定具有普遍约束力的规定,并非补强,而是创制。也就是,通过这一规定明确赋予了此种作为监督权行使的决定以针对制定机关之外的其他主体的普遍约束力。实际上,不难观察到,我国备案审查制度的加强和完善的方向就是让备案审查具有一般性和抽象性。其根源是国家权力配置的原理。在我国,承担备案审查职责的全人大常委会是国家权力机关。基于国家权力配置的功能适当原理,^[34] 从国家权力机关的性质出发,由全国人大常委会进行的合宪性审查和备案审查必然是一般性、抽象性的,而非司法审查或者宪法法院审查体制下的个案性、具体性审查。^[35] 这一制度构建原理,也体现在《备案审查决定》第 8 条“专项审查”和第 12 条“集中清理”等条文中。《备案审查决定》第 8 条规定全国人民代表大会专门委员会、常务委员会法工委可以以“专项审查”的方式集中解决某一领域或者某一类别法规、司法解释等规范性文件中普遍存在的问题。《备案审查决定》第 12 条规定,全国人大常务委员会及其工作机构可以对涉及重要法律制定或者修改、社会公共利益等方面的法规、规章、司法解释和其他规范性文件组织开展集中清理。专项审查的对象是各地方性法规和司法解释中存在的普遍、共性问题。而集中清理,也是要一般性、普遍性地解决问题。这表明,基于人民代表大会制度这一根本政治制度,基于全国人大的国家权力机关性质,备案审查制度的建设是以抽象审查为基本设定的,因而具有个案性的纠正和撤销决定就被赋予了普遍约束力。

四 普遍约束力的具体展开

尽管《备案审查决定》第 14 条第 2 款规定了备案审查的普遍约束力,但如果不做学理建构,即使是全国人大常委会作出的纠正和撤销决定的普遍约束力,也可能是存疑的。在补足了效力来源和效力依据的缺失后,可以认为“沟通意见”“书面审查意见”和“纠正和撤销决定”都具有普遍约束力。“沟通意见”“书面审查意见”可以看作是监督权行使的督促阶段,而“纠正和撤销决定”则是监督权行使的处置阶段。督促是处置的前置程序“预告判断”,处置是督促的后端保障和最终效果。督促并不必然引发处置的后果,当督

[33] 蔡定剑著:《中国人民代表大会制度》(第 4 版),法律出版社 2003 年版,第 324-325 页。

[34] 参见张翔:《我国国家权力配置原则的功能主义解释》,《中外法学》2018 年第 2 期,第 281 页;张翔:《国家权力配置的功能适当原则——以德国法为中心》,《比较法研究》2018 年第 3 期,第 143 页。

[35] 参见张翔:《宪法程序法:国家权力配置的视角》,《中国法律评论》2020 年第 1 期,第 36 页。

促可以直接实现监督权行使之目的时,则无需再作出处置。但监督权行使受阻时,督促具备触发处置权的效果,最终以强制力保障监督的实现。至此,可以以一种过程性思维贯穿“四阶构造”的整体结构。于此,仍有必要追问的是,备案审查“普遍约束力”究竟意味着什么?在笔者看来,需要讨论以下几个方面:

(一)对“其他规范性文件”及其制定机关的约束力

无论是基于依申请审查、主动审查、专项审查还是联合审查,在某个或某些法规、司法解释被纠正或者撤销后,该法规、司法解释的制定机关要受到直接拘束,自不待言。如果其他规范性文件存在相同问题,其制定机关也要受到约束,及时作出修改或者废止。这也是《备案审查决定》第14条第2款的明确规范含义。这里需要注意的是,其他规范性文件中的相关规范,要在其制定机关修改、废止后,才失去效力。也就是说,并非在针对某规范性文件的“沟通意见”“书面审查意见”作出或者公开,或者“纠正和撤销决定”做出时,其他规范性文件就自动失去效力。备案审查决定约束的仅仅是其他制定机关,修改和废除决定仍应由制定机关自行做出。

(二)“存在相同问题”的认定

何谓“存在相同问题”,也需要学理和规范上的进一步明确。诸如“出租车司机户籍限制”“连坐”“全面禁放烟花”等问题,属于比较容易作出“相同”判断的。但诸如“立法放水”的认定,就要复杂困难得多。^[36]当前,备案审查机关已开始探索建立备案审查案例指导制度。我国司法改革中的案例指导制度关于“同案同判”“类案”等的规范和学理值得参考。《最高人民法院〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》第9条规定:“各级人民法院正在审理的案件,在基本案情和法律适用方面,与最高人民法院发布的指导性案例相类似的,应当参照相关指导性案例的裁判要点作出裁判。”这一标准被《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》(下称“《意见》”)进一步细化为:“本意见所称类案,是指与待决案件在基本事实、争议焦点、法律适用问题等方面具有相似性,且已经人民法院裁判生效的案件。”我国学者围绕《意见》提出的基本事实、争议焦点与法律适用三要素,展开了深入研究。不过,迄今为止关于案例指导制度中的类案判断问题,观点尚未达成一致。有学者认为要兼顾事实与法律的“双重相似性”,^[37]有学者认为应当侧重“事实相似”的部分,^[38]也有的学者强调了“法律相似”的重要性。^[39]尽管既有的讨论分歧较大,但给备案审查“存在相同问题”的判断提供了事实与规范两个视角,或可有助于判断规范内容并不完全相同的规范性文件之间是否具有实质相似性,以及有助于判断规范内容相同但位阶不同的规范性文件之间能否作为“存在相同问题”而受到备案

[36] 参见梁鹰:《备案审查视角下地方立法“放水”问题探讨》,《地方立法研究》2021年第6期,第58-61页;沈寿文:《论“立法放水”的认定》,《理论探索》2023年第1期,第113-120页。

[37] 参见张骥:《论类似案件的判断》,《中外法学》2014年第2期,第520页;孙海波:《案例指导制度下的类案参照方法论》,《现代法学》2020年第5期,第50页;高尚:《司法类案的判断标准及其运用》,《法律科学(西北政法大学学报)》2020年第1期,第24页;雷槟硕:《类案判断的方法论》,《现代法学》2022年第6期,第24页。

[38] 参见杨知文:《类案适用的司法论证》,《法学研究》2022年第5期,第58-59页;张杰:《规则提炼与事实比对:指导性案例应用方法研究》,《法律科学(西北政法大学学报)》2023年第6期,第74-75页。

[39] 参见乌日力嘎:《类案判断“双重相似标准”的反思与重构》,《河南财经政法大学学报》2023年第6期,第146页。

审查决定的拘束。此外,基于宪法学上“等则等之,不等则不等之”的平等权原理,构成要件实质相同的案件就必须发生相同的法律后果。关于实质性相同认定的“共同上位概念”等学理,^[40]也可以被借鉴于备案审查“存在相同问题”的认定。

(三) 是否具有针对司法个案的约束力

《备案审查决定》第 6 条第 2 款规定:“地方各级监察委员会、人民法院、人民检察院在监察、审判、检察工作中发现法规、司法解释同宪法或者法律相抵触,或者存在合宪性、合法性问题的,可以逐级上报至国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院,由国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院向全国人大常委会书面提出审查要求。”这里存在一种可能性,就是地方各级法院、检察院在办理案件中发现法规、司法解释存在问题,逐级上报后由最高人民法院、最高人民检察院向全国人大常委会提出审查要求。那么,如果全国人大常委会最终做出了纠正或撤销决定,其对该司法个案是否产生约束力?

这里涉及备案审查程序与司法程序的衔接问题。笔者曾建议,各级司法机关基于当事人的诉请或者司法机关适用法律的需要,可以将涉及重大合宪性争议的案件暂时搁置,而由最高人民法院和最高人民检察院将合宪性争议提交全国人大常委会审查,^[41]以此作为“宪法程序法”与民事、刑事、行政诉讼的衔接环节。也就是说,先中止普通诉讼程序,在备案审查机关对个案所要适用的法律规范的合宪性、合法性做出处理后,再对个案进行裁判。但这是对未来制度成长的设想。在当下各程序法未就与备案审查的衔接作出制度安排的情况下,即便法院、检察院已依据《备案审查决定》第 6 条第 2 款上报乃至提起了备案审查请求,该个案的司法程序并不能中止。这就会产生几种情形:第一,如果在案件办理过程中全国人大常委会作出了撤销决定,此时该个案所要适用的法规或者司法解释的法律效力被否定,法院、检察院就不能再以此法规或司法解释作为案件办理的依据;第二,如果全国人大常委会并未作出撤销决定,而是要求制定机关限期修改、废止或者自行修改,则在该法规或司法解释被修改或者废止前,法院、检察院仍应适用。也就是说,全国人大常委会做出的纠正与撤销决定,虽然可能是因个案而来,但却不能直接具有个案拘束力。这是因为,根据国家权力配置的原理,在权力分工之下,全国人大常委会不能“代行”审判权或者检察权。即使备案审查是因个案而起,全国人大常委会在审查时也必须超越个案的视野,作宏观利益协调的考量,只审查所涉及的法规范的合宪性、合法性,而不对个案做出判断。这是国家权力合理分工的必然要求。对此,笔者已基于“功能适当”原理做过论证,^[42]此处不赘。

(四) 纠正和撤销决定对全国人大和全国人大常委会的效力

首先应该明确,“沟通意见”和“书面审查意见”是由专门委员会或者常委会工作机构

[40] 参见[德]福尔克尔·埃平、塞巴斯蒂安·伦茨、菲利普·莱德克著:《基本权利》(第 8 版),张冬阳译,北京大学出版社 2023 年版,第 375-381 页。

[41] 参见张翔:《以“宪法程序法”理念健全保证宪法全面实施的制度体系》,《中国法治》2023 年第 3 期,第 28 页。

[42] 参见张翔:《宪法程序法:国家权力配置的视角》,《中国法律评论》2020 年第 1 期,第 36 页。

作出的,当然不具备对全国人大和全国人大常委会的约束力。但是,“纠正和撤销决定”是否能约束全国人大或者全国人大常委会自身呢?初步思考的结论应该是否定的。一方面,全国人大地位高于全国人大常委会,^[43]而且依据《宪法》第62条第12项全国人大有权“改变或者撤销全国人民代表大会常务委员会不适当的决定”,全国人大常委会的决定不能约束全国人大;另一方面,在代议民主原理下,立法机关不受其之前制定的法律的约束,全国人大常委会自然亦不受其先前决定的约束。

但是,如果考虑到全国人大常委会作出的决定涉及宪法解释或者法律解释,问题会变得复杂。有学者认为,全国人大常委会作出的“合宪性审查决定与全国人大常委会作出的其他决定或一般立法不同,有着相当的特殊性,全国人大并不能像对待常委会的不适当的一般立法或决定那样,不受约束地予以改变或撤销”。^[44]如果全国人大常委会作出的纠正或者撤销决定明确包含了对宪法或者法律含义的解释,考虑到备案审查的抽象性特质,此时纠正或者撤销决定同时也构成宪法解释或者法律解释。在笔者看来,除非社会生活发生巨大变迁以致需要重新考虑对特定宪法规范和法律规范的理解,全国人大常委会应该在制定法律、解释宪法或者解释法律时遵循其先前作出的纠正或者撤销决定中所包含的宪法和法律解释意见。如果全国人大常委会对宪法和法律的解释前后冲突且没有充分理由,备案审查决定的公信力就会遭到损害。此外,出于维护法制统一、支持全国人大常委会履职的考虑,全国人大也应当尽可能尊重全国人大常委会作出的备案审查决定所蕴含的对宪法和法律的解释结论。

五 纠正和撤销决定的溯及力

备案审查决定的溯及力问题,指向的是规范性文件经过备案审查,被纠正或撤销,在此之前已经依据该文件制定的其他规范性文件、作出的行政行为、司法判决以及其他的公权力行为是否会因此一并失去效力。对此问题,全国人大常委会法工委已有比较充分的认识。包括,认为“纠正的时间效力”问题只针对“撤销”的情形,“如果经过沟通协商、督促等程序,制定机关自行对规范性文件作出修改或者予以废止,在这种情况下,纠正的方式是制定机关自身的立法行为,基于法不溯及既往的规则,一般不产生纠正的溯及力问题”,^[45]并认为撤销决定是“自始无效”还是“嗣后无效”,需要综合考量、慎重处理。实际上,2017年法工委起草的《全国人大常委会备案审查工作规范(征求意见稿)》第50条曾就备案审查决定的溯及力问题作出规定:“行政法规、地方性法规被全国人大常委会依法撤销的,自撤销的议案通过之日起失效;全国人大常委会依照监督法第33条通过关于要求最高人民法院或者最高人民检察院修改、废止司法解释的议案的,司法解释自议案通过之日起停止施行;法规、司法解释被依法撤销或者纠正的,以原法规、司法解释为依据制定

[43] 参见韩大元:《论全国人民代表大会之宪法地位》,《法学评论》2013年第6期,第3-17页。

[44] 段沁:《论合宪性审查决定的普遍约束性及其限度》,《华东政法大学学报》2023年第5期,第100页。

[45] 全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室著:《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172页。

的规范性文件自法规、司法解释失效或者停止施行之日起停止适用。”这一规定所采的是“嗣后无效”说,尽管没有出现在最终的《办法》中,但也反映了备案审查机关的基本观点。^[46] 在备案审查的实践中,针对“异地用检”等争议的处理,也引发了溯及力问题。此次《备案审查决定》仍然未对备案审查的溯及力问题作出规定,稍有遗憾。但是,也说明这一问题在理论上非常复杂,而实践上也需要案例的积累和探索,立法时机还不成熟。^[47]

笔者对此问题有两个基本判断:第一,如果从普遍约束力的角度建立了“沟通意见”“书面审查意见”外部化、固定化、法效化的表现形式,那么也应将具有了明确时间锚定点的“沟通意见”“书面审查意见”与“纠正和撤销决定”一并考虑溯及力问题;第二,总体上应当以不溯及既往为原则,以溯及既往为例外。

(一) 备案审查决定以不溯及既往为原则

备案审查决定的溯及力与立法的溯及力并不完全相同。一般而言,立法的溯及力是指新法对其生效以前的公民根据对旧法的信赖而实施的行为及其取得的权利和利益所具有的拘束力,本质上属于法规范的“向前生效”;备案审查决定的溯及力则系旧法对其失效以前已经作出的行政行为、生效判决所具有的拘束力,本质上属于法规范的“向前失效”。^[48] 就备案审查的溯及力问题,笔者持“嗣后无效说”的基本立场,也即备案审查决定应以不溯既往为原则。首先,规范性文件与上位法相抵触不能直接推导出该规范性文件自始无效。抵触是构成要件,无效则是法律后果,逻辑上并无必然联系。同一构成要件可以对应多个法律后果,而特定法律后果的取得往往是不同法益权衡的结果,并非逻辑演绎的产物。有的违宪、违法仅仅是形式和程序上的,可以治愈;有的违宪、违法则是社会事实、政治环境和经济关系变化的结果,制定时并不与上位法相抵触,一律使之自始无效缺乏合理性。^[49] 其次,承认被撤销规范性文件自始无效将对法秩序的安定性造成根本性冲击。诚如学者所言,法的安定性最终其实不是立法提供的,而是司法和行政提供的。只有在一种具体的约束状态下,法才能够作为一种规范来提供确定性。这种确定性被描述为(司法)既判力或(行政)最终效力。^[50] 对于现代法治国家来说,行政行为的公定力、司法裁判的既判力是维护法的安定性的基石,是法治不能轻易突破的底线。备案审查决定的溯及力所要溯及改变的正是已经形成公定力、既判力的行政行为与司法判决,其对法的安定性的破坏远远超过立法的溯及既往,应当接受比立法更为严格的拘束。最后,从信赖保护的角度来说,法安定性是为了保护公民的信赖利益,除非因当事人的过错导致信赖本身不值得保护。法规范违宪是制定机关集体行为的结果,当事人自然不可能

[46] 参见孙波:《论规范性文件备案审查结果的溯及力》,《政治与法律》2021年第1期,第111页。

[47] 参见刘嫒:《严冬峰:备案审查发现法规等有问题,将利用各种方式督促纠正》, <https://m.mp.oeeee.com/a/BAAFRD000020231229894199.html>, 最近访问时间[2023-12-31]。

[48] 关于两种溯及力的区别,参见孙波:《论规范性文件备案审查结果的溯及力》,《政治与法律》2021年第1期,第108页;王锴:《论备案审查结果的溯及力——以合宪性审查为例》,《当代法学》2020年第6期,第37页。

[49] 参见王锴:《论备案审查结果的溯及力——以合宪性审查为例》,《当代法学》2020年第6期,第28页。

[50] Vgl. Lepsius, Die Rückwirkung von Gesetzen - Teil 2, JURA 2018, 695, 702.

负有责任。^[51]

综合以上三方面,备案审查决定应以不溯既往为原则。被纠正或撤销的规范性文件,原则上不得溯及适用于已经生效的决定、裁定、判决。当下的备案审查纠错实践也坚持备案审查决定的不溯及既往。例如,在“异地用检司法解释案”中,最高人民检察院在接受备案审查机关的意见制定新司法解释的同时,另行发布《关于上级人民检察院统一调用辖区的检察人员办理案件有关问题的通知》,明确规定:“对于申诉人以被调用出席原审法庭的检察官未经本级人大常委会任命为由提出申诉,不符合《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百五十三条规定情形的,应当说服申诉人撤回申诉;对仍然坚持申诉的,应当书面通知驳回。申诉人对驳回申诉不服,向上一级人民法院申诉的,上一级人民法院应当说服申诉人撤回申诉;仍然坚持申诉的,应当驳回或者通知不予重新审判。”^[52] 质言之,制定机关认为,备案审查决定对于原司法解释的撤销、纠正不得溯及适用于已经生效的判决、裁定。

(二) 备案审查决定以溯及既往为例外

但同样应看到,作为一项原则,不溯既往并不具有绝对性。在“公民权利遭受重大损失,社会反应强烈,且利益损失明显大于已决裁判、行政行为所保护的公共利益”的极端情形中,^[53] 备案审查的决定也可以被例外地赋予溯及力。此种例外情形可能包括:

第一,被宣告违宪、违法的实质性刑法条款可以作为再审的依据,使已经终审的判决及正在服刑的判决停止生效。德国的合宪性审查中即有此种溯及力的例外情形。《德国宪法法院法》第 79 条第 1 款规定:“若刑事判决所依据的法规经宣告违反基本法,或依本法第 78 条的规定被宣告无效,或以联邦宪法法院宣告违反基本法的法规解释为依据的,均可以依据刑事诉讼法的规定提起再审。”也就是,在刑事法领域,当部分罪名因合宪性审查决定而被除罪化时,不赋予该决定以溯及力,会导致已决犯“同罪异罚”的“刑罚失衡”争议,对公民人身、财产权利造成重大损害。我国的立法实践也曾出现类似情形。2003 年 1 月 15 日,最高人民法院颁布了《关于处理涉枪、涉爆申诉案件有关问题的通知》(法[2003]8 号),指示各级人民法院对于符合 2001 年 9 月 17 日发出的《对执行〈关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉有关问题的通知》(下称“《通知》”)的要求,但已依据 2001 年 5 月 16 日颁布的《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》作出生效裁判的案件,当事人依法提出申诉,经审查生效裁判不符合《通知》规定的,人民法院可以启动再审并依照《通知》规定的精神予以改判。^[54] 在备案审查中,如果出现类似情况,赋予备案审查决定以溯及力也是合理的。

第二,其他部门法领域中严重损害公民权益的情形。也就是,例外情形并不仅仅存在

[51] 参见王锴:《论备案审查结果的溯及力——以合宪性审查为例》,《当代法学》2020 年第 6 期,第 29 页。

[52] 《关于上级人民检察院统一调用辖区的检察人员办理案件有关问题的通知》,《检察日报》2023 年 9 月 28 日第 3 版。

[53] 梁洪霞:《论合宪性审查溯及力的规范模式与裁量方法》,《当代法学》2022 年第 5 期,第 104 页。

[54] 详细梳理参见姜秉曦:《法律保留与司法解释的溯及力》,《浙江社会科学》2023 年第 9 期,第 68 页。

于刑事法领域,其他法律领域也可能导致备案审查决定的溯及既往,具体应当综合案件性质、案件数量、案件时间、当事人信赖、当事人期待等因素进行系统权衡与考量。^[55] 在我国,2017 年备案审查报告公布的“夫妻共同债务司法解释案”就反映了民事领域司法解释被纠正、撤销后溯及既往的可能性。随着《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(法释[2003]19号)被纠正,最高人民法院作出《关于办理涉夫妻债务纠纷案件有关工作的通知》(法明传[2018]71号),并在其中第2条规定:“已经终审的案件,甄别时应当严格把握认定事实不清、适用法律错误、结果明显不公的标准。比如,对夫妻一方与债权人恶意串通坑害另一方,另一方在毫不知情的情况下无端背负巨额债务的案件等,应当依法予以纠正。”

总之,出于法的安定性等理由,备案审查决定通常不应具有溯及力,但亦应考虑被纠正和撤销的规范性文件对公民、法人和其他组织的重大权益的影响程度等因素,设定例外性的溯及既往。溯及既往情形的归纳,以及标准的确定,还需要学理上和实践上的探索。以“异地用检”为例,由于仅涉及检察官在组织法上的身份瑕疵,对于刑事程序的展开和犯罪的实质性判断并无影响,从而否定该纠正决定的溯及力,是正确的。

结语:“宪法程序法”研究的倡导

本文以《备案审查决定》作为制度目标设定的“普遍约束力”为焦点,对备案审查“沟通”“书面审查意见”“纠正和撤销决定”等“有错必纠”环节的法律效力问题进行了初步梳理分析,并就《备案审查决定》未规定但在实践中已然出现的溯及力问题略陈己见。近年来,随着合宪性审查、备案审查等宪法实施工作和制度建设的推进,我国学者对于审查的启动条件、审查方式、审查效力等问题,展开了深入研究。在宪法得到良好实施的国家,尽管在学理形态上表现不同,但宪法学在关于国家机构、基本权利的实体研究之外,还会有关于“宪法程序法”的研究。^[56] 在我国当下建构和完善宪法监督的制度体系的背景下,“宪法程序法”研究的权重应该更高,^[57] 相关研究也必然在与实务的互动后,成为未来宪法程序立法的学理基础。因此,有必要更主动地以一种程序法视角和思维去观察和思考合宪性审查和备案审查,并充分汲取民事程序法、刑事程序法、行政程序法以及比较宪法上的学理和经验,推动中国“宪法程序法”的研究。

[本文为作者主持的2023年度研究阐释党的二十大精神国家社会科学基金重大项目“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)的研究成果。]

[55] 参见梁洪霞:《论合宪性审查溯及力的规范模式与裁量方法》,《当代法学》2022年第5期,第105-107页。

[56] 相关的梳理研究,参见林来梵主编:《宪法审查的原理与技术》,法律出版社2009年版。关于美国的司法审查程序,参见[美]H. W. 佩里著:《择案而审:美国最高法院案件受理议程表的形成》,傅郁林、韩玉婷、高娜译,中国政法大学出版社2010年版。关于德国的宪法审查程序,参见[德]克劳斯·施莱希、斯特凡·科里奥特著:《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。

[57] 2019年举办的第三届中国宪法学青年论坛即以“宪法程序法”为主题。关于“宪法程序法”研究的倡导理由和论坛成果,参见张翔:《宪法程序法:国家权力配置的视角》,《中国法律评论》2020年第1期,第31-32页。

The Effect of Recordation Review

[**Abstract**] China has established a recordation review mechanism to strengthen oversight of legislative activities and ensure that normative documents are consistent with the Constitution and laws. The Standing Committee of the National People's Congress (NPCSC) promulgated the Decision on Improving and Strengthening the Recordation Review System (hereafter referred to as the Decision) on December 29, 2023. There are three categories of decisions made under the recordation review system by the special committees of the NPC and the working bodies of the NPCSC ("recordation review authorities"): communications, written review opinions, and rectification or annulment decisions. Among them, rectification or annulment decisions are the most authoritative and potent methods to correct normative documents that are inconsistent with the Constitution or laws. In actuality, the NPCSC has not yet issued any rectification or annulment decision so far. In the practice of recordation review, recordation review authorities mainly employ methods of communication with enacting organs or the issuance of written review opinions to address normative documents that contravene the Constitution or laws. It is important for recordation review decisions to have a general binding force. Communications and written review opinions can be regarded as the urging phase in which the recordation review authorities exercise their supervisory powers, while correction or annulment decisions represent the enforcement stage. Based on a systematic and teleological interpretation of Articles 13 and 14 of the Decision, communications and written review opinions should also have general binding force. If so, more standardized and institutional arrangements must be made for the publicity mechanism. In the future, all communications and written review opinions can be recorded, numbered, categorized, and published in the form of bulletins or by other appropriate means. Based on the principle of appropriate functional allocation of state power, constitutional review and recordation review conducted by the NPCSC are necessarily general and abstract, rather than case-specific and concrete as judicial review or review by the constitutional court. "General binding force" first refers to the fact that, after a recordation review decision on a normative document is made, other normative documents having the same problems should also be promptly amended or abolished by their formulating authorities. The binding force of recordation review decisions also hinges on their retroactive effect. Generally, all three types of recordation review decisions should adhere to the principle of non-retroactivity. In principle, corrected or annulled normative documents should not be retroactively applied to administrative decisions and judgments that have already come into effect.

(责任编辑:田 夫)