

备案审查中比例原则的适用

刘 权*

内容提要 比例原则成为我国备案审查的重要标准,具有里程碑意义。合比例性审查标准的明文化,实质上使比例原则成为规范立法权的重要原则,既能够增强备案审查工作的可操作性,强化备案审查决定的权威性与说服力,也有助于提升人权保障水平,助推良法善治目标的实现。在备案审查标准体系中,合比例性属于适当性审查的核心标准,但也在合法性审查和合宪性审查中发挥着重要的方法论功能。判断法规、规章、司法解释等规范性文件“采取的措施与其目的是否符合比例原则”,需要遵循“目的正当性—适当性—必要性—均衡性”的四阶分析框架。应以备案审查时为节点,审查措施的客观适当性,并判断相同有效性下的措施是否具有必要性和均衡性。通过适用积极面向的比例原则,判断被审查机关是否在合理的成本范围内采取了必要的保护措施,可以更加客观准确地识别立法“放水”。为了更好地处理好中央与地方关系,提升合比例性审查的理性程度,应当建立合比例性三重审查基准体系。

关键词 备案审查 适当性审查 比例原则 不足禁止原则
合比例性审查基准

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2026.03.008

目 次

- 一、引言
- 二、备案审查中比例原则的演进、价值与适用难题
- 三、消极面向的比例原则对过度限制的四阶审查
- 四、积极面向的比例原则对保护不足的四阶审查
- 五、备案审查中合比例性三重审查基准体系的构建
- 六、结语

* 中央财经大学法学院“龙马学者”特聘教授。

一、引言

比例原则已经成为备案审查的重要标准。2023 年,全国人民代表大会常务委员会发布的《关于完善和加强备案审查制度的决定》将“采取的措施与其目的是否符合比例原则”明确列入备案审查的重点审查内容。虽然我国已有大量法律、法规、规章等条款体现了比例原则的核心要义,法院也广泛适用比例原则进行裁判,但直接将“比例原则”一词明确写入如此高位阶的立法性决定尚属首次。随着建设更高水平的社会主义法治国家的深入推进,备案审查的地位和作用必将日益凸显。如何将比例原则有效融入具有中国特色的备案审查制度,使其能够在抽象的规范审查中得到理性适用,目前仍处于初步探索阶段。

由于是一项新的明文化审查标准,当前相关备案审查案例较少,学界对备案审查中比例原则的适用研究仍比较匮乏。现有研究成果中,王锴以适当性审查为中心对比例原则在备案审查中的适用场景、判断步骤、审查强度等进行了研究;王旭对比例原则在备案审查中的地位、适用范围、具体运用等进行了探讨;罗文燕专门研究了行政规范性文件备案审查中的比例原则适用;等等。⁽¹⁾ 现有不多的成果虽然为深入探讨备案审查中比例原则的适用打下了较好基础,但对合比例性审查方法的研究仍亟待进一步推进。有观点认为,备案审查中适用比例原则的难度系数较高,“建议全国人大常委会备案审查工作机构制定专门的备案审查比例原则工作指引”⁽²⁾。还有观点建议细化备案审查标准,认为“参照立法技术规范等做法,形成审查标准相关规范供备案审查工作中参考使用,是非常有必要的”⁽³⁾。

比例原则的明文化,对于推进全面依法治国和促进良法善治具有重要的时代价值,但备案审查中合比例性审查的方法并不明确。备案审查的对象为抽象的规范而非具体的行为;备案审查的功能为立法监督而非个案权利救济,这就决定了难以直接将司法审查中的比例原则适用方法运用于备案审查中。备案审查影响的地域范围更广,涉及的社会公众数量更大,如果备案审查机关在适用比例原则时缺乏精细的审查方法和严谨的分析论证,由此作出的备案审查决定就难以形成足够的说服力和公信力。这不仅会削弱备案审查制度的权威性,也不利于为未来的立法提供指引和规范。在“有件必备、有备必审、有错必纠”的制度背景下,系统构建比例原则在备案审查中的适用方法论体系,不仅能够提升备案审查的实效性权威性,还有助于推动中国法学自主知识体系的建构与发展。本文结合我国备案审查的实践特点,基于比例原则的双重面向,提出应当灵活选择

(1) 参见王锴:《比例原则在备案审查中的运用——以适当性审查为中心》,载《地方立法研究》2023 年第 5 期;王旭:《论比例原则在备案审查中的展开》,载《环球法律评论》2024 年第 4 期;罗文燕:《行政规范性文件备案审查中比例原则的适用》,载《浙江工商大学学报》2024 年第 2 期。

(2) 罗继红:《备案审查相关重点问题探析》,载《人大研究》2024 年第 10 期,第 69 页。

(3) 严冬峰:《2024 年备案审查工作报告的解读与评述》,载《中国法律评论》2025 年第 1 期,第 189 页。

合比例性三重审查基准,对规范性文件进行“目的正当性—适当性—必要性—均衡性”四阶审查。

二、备案审查中比例原则的演进、价值与适用难题

考察备案审查中合比例性审查标准的产生过程,有利于更准确地把握其内涵,厘清其与适当性、合法性、合宪性等审查标准之间的关系。同时,也应认识到虽然备案审查中合比例性标准的明文化具有重要的时代价值,但其适用面临诸多难题。

(一) 蕴含于适当性审查中的合比例性审查

我国法律中的合比例性审查标准蕴含于较早产生的适当性标准之中。1954年《宪法》第31条规定全国人民代表大会常务委员会可以“改变或者撤销省、自治区、直辖市国家权力机关的不适当的决议”。1982年《宪法》确立了统一分层次的立法监督制度,规定有关机关可以改变或撤销不适当的决定、命令、指示、规章等。2000年颁布的《立法法》第6条对立法的适当性作了原则性规定,“科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、国家机关的权力与责任”,并于第五章“适用与备案”正式确立了备案审查制度,对不适当的法律、法规、规章等的监督作了具体规定,后经2015年、2023年两次修正予以完善。此外,《各级人民代表大会常务委员会监督法》《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》《法规规章备案条例》等均规定了适当性标准。

尽管我国大量法律条款都使用了“适当”“不适当”的词语,但对于适当性的内涵以及如何判断适当与否缺乏具体规定。对于适当性审查标准的学理认识也不统一,存在广义说、中义说、狭义说等不同观点:一是广义说,认为适当性包括合法性和合理性。“合法性要求与合理性要求共同构成了规范性文件审查的适当性标准。”⁽⁴⁾二是中义说,认为适当性是指合理性。“不适当就是不合理,不公平。”⁽⁵⁾适当性审查的核心在于判断规范性文件是否符合合理性。⁽⁶⁾“适当性审查的实质是审查主体依据一定的方法,对审查对象合理与否作出判断”⁽⁷⁾。三是狭义说,认为适当性是指手段有助于目的的实现,属于比例原则中适当性原则的内容。适当性原则“是指行为手段应有助于目的的实现”⁽⁸⁾。

对于不适当的判断标准,2019年全国人大常委会发布的《法规、司法解释备案审查工作办法》,对法规、司法解释明显不适当的五种情形进行了具体列举,首次规定了同合宪性标准、政治性标准、合法性标准相并列的适当性标准,为备案审查机关提供了有效指引。通过分析适当性审查的列举内容可以发现,备案审查中的适当性标准实际上主要

(4) 卢群星:《论规范性文件的审查标准:适当性原则的展开与应用》,载《浙江社会科学》2010年第2期,第59页。

(5) 武增主编:《中华人民共和国立法法解读》,中国法制出版社2015年版,第337页。

(6) 参见涂青林、陈尚龙:《规范性文件适当性审查标准若干问题研究——以规范性文件备案审查案例为例的考察》,载胡锦涛光主编:《备案审查研究》(第1辑),中国民主法制出版社2021年版,第99页。

(7) 程庆栋:《新时代法规备案审查制度和能力建设研究》,法律出版社2023年版,第221页。

(8) 刘权:《比例原则》,清华大学出版社2022年版,第101页。

是指合理性,属于中义说的范畴。“适当性标准又称合理性标准,是指对法规司法解释等规范性文件是否符合一般社会公众对民主、自由、公平、正义、平等、秩序等法的价值的认知,是否符合实际、合乎理性、宽严适度,能够为一般社会公众所接受和理解进行审查时适用的标准。”⁽⁹⁾ 2024 年国务院颁布的《法规规章备案审查条例》第 13 条同样将适当性和合法性并列规定为两大类标准。

通过分析适当性标准的具体内容可知,《法规、司法解释备案审查工作办法》实际上间接规定了比例原则的部分内容,将合比例性作为适当性的一个标准。其第 39 条规定,备案审查机关发现法规、司法解释存在明显不适当问题,“对公民、法人或者其他组织的权利和义务的规定明显不合理,或者为实现立法目的所规定的手段与立法目的明显不匹配”,应当提出意见。其中,“手段与目的明显不匹配,就是说规范性文件规定的手段根本无助于实现立法目的,或者为实现立法目的规定了明显过度的、不必要的手段”⁽¹⁰⁾。手段明显不匹配目的,是违反比例原则的体现。权利和义务的规定明显不合理,二者配置失衡,同样也不符合比例原则。因此,虽然《法规、司法解释备案审查工作办法》没有明确规定比例原则,但其核心要义已体现于该办法规定的适当性标准之中。

实践中,一些备案审查实务部门的人员主张直接引入比例原则,以完善适当性审查标准。例如,有观点认为适当性审查标准在实践中难以把握,建议对适当性审查标准进行再构造,新增“应当避免采取或者最小损害权益的方式”的情形。⁽¹¹⁾ 也有观点认为,比例原则的功能定位、价值取向等与备案审查这一符合中国国情的立法监督制度相贯通、相契合,“应当明确将比例原则纳入备案审查制度”⁽¹²⁾。2023 年全国人民代表大会常委会发布的《关于完善和加强备案审查制度的决定》最终明确将“比例原则”规定为备案审查的六项重点内容之一。

(二) 比例原则同其他备案审查标准的关系

比例原则要求规范性文件的制定者基于正当目的,选择有助于正当目的实现的必要手段,并且实现利益均衡。那么,比例原则在备案审查标准体系中究竟处于什么样的地位还需予以明确。《法规、司法解释备案审查工作办法》第 3 章第 3 节专门规定了“审查标准”,其第 36—39 条详细规定了备案审查的合宪性审查、政治性审查、合法性审查和适当性审查四大审查标准。《关于完善和加强备案审查制度的决定》第 11 条明确列举了审查重点内容,实际上依次属于四大审查标准的范畴。那么,合比例性标准同其他相关审查标准是什么关系呢?

首先,合比例性审查属于适当性审查的核心内容。《法规、司法解释备案审查工作办

(9) 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 125 页。

(10) 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 2020 年版,第 112 页。

(11) 参见前注,涂青林、陈尚龙文,第 105 页。

(12) 陈乾:《备案审查中的比例原则适用问题研究》,载胡锦涛光主编:《备案审查研究》(第 3 辑),中国民主法制出版社 2023 年版,第 12 页。

法》第39条规定的适当性标准蕴含比例原则的部分内容,《关于完善和加强备案审查制度的决定》第11条直接将比例原则同合宪性审查、政治性审查、合法性审查的重点审查内容并列。比例原则在四大审查标准体系中,直接归属于上位的适当性审查标准。合比例性属于适当性的核心内容,违反比例原则的措施当然不具有适当性,但不违反比例原则的措施也可能不具有适当性,如违反社会主义核心价值观、违背公序良俗等。

其次,合比例性审查同合法性审查可能存在重合关系。虽然备案审查中的合法性审查主要是指形式合法性审查,如审查是否超越权限、违反上位法规定、违背法定程序,同侧重实质合法性评价的适当性审查并列,但如果规范性文件违反法律对比例原则的规定,就同时构成违反合法性标准。例如,我国一些法律(如《行政处罚法》《行政强制法》)规定了比例原则的核心内容,规范性文件违反比例原则,实际上也属于违反《法规、司法解释备案审查工作办法》第38条所规定的“与法律的立法目的、原则明显相违背”的合法性标准。由此可知,备案审查机关实施的合比例性审查,同时也可能属于合法性审查。

最后,合比例性审查属于合宪性审查的基本标准。宪法是公民基本权利的保障书,而比例原则属于宪法原则,合宪性审查离不开合比例性审查。合宪性审查考虑的主要因素包括判断规范性文件的制定目的是否合宪、手段与目的间是否有合理的联结关系、手段是否必要、是否侵害了宪法保护的更有价值的法益,实际上主要侧重于合比例性审查。⁽¹³⁾我国《宪法》第51条的“权利的限度”条款和第33条第3款的“国家尊重和保障人权”条款内在蕴含比例原则,而《关于完善和加强备案审查制度的决定》明确要求重点审查“是否符合宪法规定、宪法原则和宪法精神”,所以合比例性审查同合宪性审查标准也可能存在重合关系。

综上,合比例性在备案审查标准体系中直接归属于适当性,合比例性审查属于适当性审查的核心内容。但合比例性审查不只适用于适当性审查,在合法性审查和合宪性审查中也可能涉及比例原则的适用。换言之,违反比例原则的规范性文件,不仅不具有适当性,还可能不具有合法性、合宪性。

(三) 合比例性标准明文化的时代价值

合比例性被《关于完善和加强备案审查制度的决定》列为“审查重点内容”,标志着合比例性标准已从隐含的价值理念上升为显性的规范要求,正式实现了合比例性标准的明文化。作为加强和完善备案审查的重要举措,比例原则的明文化推动了适当性审查从以往模糊的合理性判断迈向可操作的合比例性分析,在以下四个方面具有鲜明的时代价值。

一是使备案审查更具有可操作性。适当性审查需要进行合理性判断,尽管《法规、司法解释备案审查工作办法》对规范性文件不适当的情形作了列举,但仍然面临主观性过大、适用方法匮乏等问题。由于缺乏易于操作的适用方法,在某种意义上导致审查机

(13) 参见前注,全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室书,第111-112页。

关不得不放弃对备案文件的适当性审查。⁽¹⁴⁾在比例原则的指引下,无论是规范性文件的备案审查机关还是制定机关,都能相对客观地运用合比例性分析方法进行切实有效的适当性审查。⁽¹⁵⁾

二是强化备案审查决定的权威性与说服力。提高备案审查效能,树立备案审查权威最好的办法莫过于明确审查标准。⁽¹⁶⁾将合比例性明确规定为备案审查的重要标准,可以提高备案审查的公信力。“在备案审查中引入比例原则,主要是为了让审查工作更加科学、精准,得出的审查结论更具有说服力。”⁽¹⁷⁾如果按照比例原则的逻辑结构和分析框架对规范性文件是否适当进行精细的论证,得出的备案审查决定就能更加令人信服,备案审查制度的刚性也将获得大幅提升。

三是提升人权保障水平。比例原则聚焦于调整目的与手段之间的理性关系,是当代民主法治国家规范公权力的“帝王原则”。通过评价公权力行为的目的正当性和手段正当性,比例原则能够有效防止国家对人权的过度限制和保护不足。明确将比例原则作为备案审查的重要标准,彰显了我国对人权保障的重视。在备案审查中运用比例原则监督法规、规章、司法解释等规范性文件,是坚持走中国人权发展道路的体现。以违反比例原则为由,国家机关可以更有理地提出审查要求,社会组织、企业事业单位以及公民可以更有力地提出审查建议,备案审查机关可以更有效地开展主动审查、专项审查,及时纠正侵犯人权的规范性文件。

四是为善治提供良法保障。比例原则不仅对备案审查机制的运行本身具有重要价值,而且会直接影响立法权的运行,有助于提升立法质量。如果法规、规章、司法解释等所采取的措施与其目的不成比例,最终就可能会被备案审查机关否定,由此使得规则制定者在行使权力时将更加审慎。合比例性实际上已经成为规范性文件的制定准则,对立法权具有规范功能。备案审查合比例性标准的明文化,不仅使比例原则成为备案审查的重要原则,而且使其成为规范立法权的重要标准。

(四) 备案审查中合比例性审查的难题

备案审查中的合比例性审查属于抽象审查,合比例性分析的对象为多元的规范,既包括立法机关制定的规范(如地方性法规、自治条例、单行条例、经济特区法规),也包括行政机关制定的规范(如行政法规、规章、行政规范性文件),还涉及监察机关制定的监察法规和司法机关制定的司法解释及司法解释性质的文件。备案审查对象的抽象性和多元性,决定了备案审查中合比例性审查的特殊性和复杂性。

其一,备案审查中合比例性事实认定更为复杂。备案审查所面对的是立法事实,合比例性事实认定不仅更为宏观和抽象,而且涉及政治学、社会学、经济学、统计学等多个领域的专业知识。对于立法措施与目的之间的关联性程度、不同措施产生的损害与收益

(14) 参见秦前红、李雷:《人大如何在多元备案审查体系中保持主导性》,载《政法论丛》2018年第3期,第35页。

(15) 参见孙波:《规范性文件备案审查的理论与实务》,中国政法大学出版社2024年版,第148页。

(16) 参见李松峰:《备案审查中的政治性审查》,载《中外法学》2023年第5期,第1257页。

(17) 严冬峰:《〈备案审查决定〉的出台背景和主要内容解读》,载《中国法律评论》2024年第1期,第206页。

大小等关键问题,备案审查机关往往难以进行准确判断,这给比例原则的适用带来了实质困难。

其二,备案审查中合比例性权衡更为抽象。备案审查既涉及中央与地方、局部与整体、个体与群体、短期与长远等多重利益,也涉及自由、秩序、公正、效益等多元价值,导致比例原则在备案审查中的利益权衡面临特殊挑战。

其三,备案审查中合比例性审查强度难以有效把握。备案审查所涉关系具有多重属性,既可能体现为中央与地方关系,也可能表现为监督、联系与指导关系,还可能涉及产生与被产生、负责与被负责、监督与被监督以及上下级领导关系,这导致备案审查强度的选择较为复杂。

比例原则在我国备案审查实践中虽已得到日益广泛的适用,但备案审查中的合比例性分析仍存在适用方法匮乏、说理不充分等问题。备案审查机关大多使用“不合理”“不必要”“弊大于利”等宽泛表述来否定被审查的规范性文件。例如,对于“申请从事网约车经营的,应在本市设立分支机构”的规定,备案审查机关认为,此规定不符合党中央关于建设全国统一大市场、清理涉企法规政策的要求和精神,“属于不合理、不必要措施”。⁽¹⁸⁾如果备案审查机关仅仅以不适当、不合理等过于模糊的表述作出备案审查决定,不仅难以使被审查者、审查建议者、社会公众等主体信服,而且还可能激化矛盾,甚至可能导致备案审查决定“执行难”。

比例原则具有双重规范功能,存在消极和积极两个面向。一方面,比例原则作为“对限制的限定”,旨在限制公权力对公民权利与自由的过度限制;另一方面,比例原则作为“对保护的限定”,它要求有为政府积极采取必要措施保护公共利益。无论是过度限制,还是保护不足,都构成违反比例原则而不具有正当性。备案审查机关应当根据被审查措施的内容与特点,对规范性文件进行消极面向或积极面向的合比例性分析。

三、消极面向的比例原则对过度限制的四阶审查

消极面向的比例原则被称为过度禁止原则,它要求政府不能为了实现正当目的而过度限制公民权利与自由。备案审查机关应当遵循比例原则严谨的逻辑结构,运用“目的正当性—适当性—必要性—均衡性”四阶分析方法,对规范性文件的合比例性进行精细审查,并强化合比例性审查说理的充分性与严密性。

(一) 目的正当性分析

对于备案审查机关是否应当通过比例原则审查所有规范性文件的制定目的,学界还存在意见分歧。王锴认为,宪法上的比例原则与行政法上的比例原则的最大区别在于前者多了目的正当性原则,而行政法上的比例原则只有三个阶层,不包括目的正当性原则。

(18) 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2024年备案审查工作情况的报告》,2024年12月22日在第十四届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议上。

这一方面是由于依法行政的要求,行政机关不可能在法律规定的目的之外还有自己要追求的目的;另一方面是因为目的的一般包含在法条的构成要件部分,不属于行政裁量权的范畴,行政机关对于目的并无选择权。⁽¹⁹⁾另一些学者则没有区分宪法与行政法,认为比例原则不应包括目的正当性原则。例如,梅扬认为,目的正当性审查会挤压比例原则对裁量权治理功能的发挥空间,会使得政治正当或道德直觉占据审查者的头脑,“目的正当性并不符合比例原则的原旨”。⁽²⁰⁾

比例原则聚焦于调整措施与目的之间的关系,目的正当与否是比例原则首先需要考量的。如果忽视对目的的评价,就难以从根本上规范公权力。在日益重视尊重和保障人权的时代背景下,目的设定的正当性必须被评价。比例原则无论适用于哪个法律部门,其内涵和结构都具有相对确定性。无论是立法机关立法还是行政机关制定规范性文件,目的都应当正当。对于行政目的,传统观点认为行政机关从事的是一门技术活,只不过是立法者所设定的目的寻找有效的手段而已。⁽²¹⁾虽然行政机关确实需要不断实现立法目的,通过“传送带”合法化模式选择最佳行政的手段,但行政权并不完全是执行性的,其可以自主设定不与法律相抵触的目的。在有效市场和有为政府更好结合的理念下,我国行政机关除了应当执行人民代表大会、上级行政机关的规定外,还可以依职权进行自主管理。无论是为了执行上位法的目的,还是进行自主管理,行政机关设定的目的都可能不具有正当性,需要受到目的正当性原则的审查。

因此,判断规范性文件“采取的措施与其目的是否符合比例原则”,首先,需要查明其真实目的。规范性文件第1条一般都会列明制定目的,但可能并非真实目的。由于备案审查属于事后监督,备案审查机关不应只审查表面的目的表述条款,还应根据规范性文件制定过程中的相关材料和其实行的客观实际效果查明真实目的。其次,应对目的正当与否进行评价。如果制定规范性文件的真实目的违背宪法法律,存在目的不正当的情形(如违背授权立法目的、追求狭隘的部门利益、通过设置区域壁垒而保护本地产业、通过设立罚款而增加财政收入等),就可以直接作出目的不正当的评价。党的十八大报告指出,决不允许“上有政策、下有对策”,决不允许有令不行、有禁不止。如果规范性文件旨在抵消、改变或者规避上位法的规定,导致上位法被架空或得不到有效实施,就不具有目的正当性。在“《某市人民政府办公厅关于进一步加强征收农村集体土地留用地管理的意见》关于土地利用准入条件等规定案”中,备案审查机关认为该规定涉嫌故意规避,“存在有为规避以公开方式出让用地、损害公共利益的转让行为提供制度依据之嫌”“为特定受让人‘量身定做’竞买资格条件”⁽²²⁾。总体而言,规范性文件违反宪法法律明确规

(19) 参见前注,王锴文,第4页。

(20) 参见梅扬:《比例原则的原旨与适用》,中国社会科学出版社2022年版,第59页。

(21) 参见[美]亨利·S.理查森:《行政政策之制定:法律之治还是官僚统治?》,载[加拿大]大卫·戴岑豪斯编著:《重构造法治:法秩序之局限》,程朝阳、李爱爽译,浙江大学出版社2020年版,第443页。

(22) 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,第205页。

定的目的,旨在抵消、改变、规避上位法,或为了获取不正当利益,就不具有目的正当性。

(二) 适当性分析

适当性原则要求措施应有助于正当目的的实现。如果措施与目的明显不匹配,无助于目的的实现,就不具有适当性。适当性判断是对手段未来效果的事实预测,备案审查机关应审查措施与目的之间是否存在关联性。在对曾因犯罪受过刑事处罚人员进行从业限制或禁止的规定进行审查时,备案审查机关认为,应当考虑“相关限禁措施与犯罪行为之间具有关联性”因素。⁽²³⁾如果犯罪附随后果设置的限禁措施,同犯罪行为之间不具有关联性,就不符合适当性原则。⁽²⁴⁾如果由于情势的发展变化,规范性文件设定的措施不再具有适当性,就应予以及时调整。备案审查中理性适用适当性原则,有助于纠正措施与目的不匹配的规范性文件,有利于促进科学立法。

审查规范性文件的措施是否有助于目的的实现,时间节点的选择较为关键。由于人类认知的局限性,对于事实预测的结果可能最终与客观实际不符合。如果审查事前适当性,即主观适当性,那么只要规范性文件制定者在文件制定时经过了审慎的决策程序而预测措施具有适当性,不管事后客观实际效果如何,措施就应被认为是适当的。如果审查事后适当性,即客观适当性,那么只有通过备案审查时的客观效果认定措施与目的间存在关联性,措施才会被认为具有适当性。由此可知,选择不同的时间节点,即选择审查措施的事前适当性还是事后适当性,可能会得出截然相反的结果。

笔者认为,备案审查机关应当以备案审查时为节点,审查措施的事后适当性,对措施的客观效果进行全面分析。备案审查的对象是正在发生效力的规范性文件,以审查时的客观效果判断措施是否有助于目的实现,有利于使不适当的规范性文件得到及时纠正。如果以制定时措施的主观适当性为时间节点,就无法纠正经审慎预测而被认为具有适当性但被客观效果事后证明不具有适当性的措施。即使制定机关在制定时选择的措施确实具有适当性,效果预测没有错误,但措施也可能随着情势的变化而不再具有适当性。如果审查措施的事前适当性,就不利于监督不再适应现实情况的规范性文件。在“4位学者联名建议审查‘超生即辞退’的地方性法规案”中,备案审查机关认为,“超生即辞退”有助于控制人口过快增长,缓解资源环境压力,但如今我国人口发展呈现重大转折性变化,人口均衡发展已成为国家重大发展战略,“超生即辞退”的规定“总的看已经不适应、不符合党和国家关于改革完善计划生育服务管理的精神,应予适时调整”⁽²⁵⁾。以事后适当性为时间节点,有利于倒逼规范性文件的制定者不断主动反思调整已设定的措施。

(三) 必要性分析

消极面向的必要性原则要求行为者采取必要的措施实现正当目的,禁止过度损害。如果有多个同样有助于正当目的实现的措施,只能选择最小损害的措施。规范性文件制

(23) 参见前注,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2024年备案审查工作情况的报告》。

(24) 参见刘权:《社会治理中惩戒不当联结的法治约束》,载《法律科学》2024年第3期,第69页。

(25) 全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编:《全国人大常委会备案审查决定与历年工作情况报告汇编》,中国民主法制出版社2024年版,第74页。

定者应充分比较众多匹配正当目的措施的损害大小,最终挑选出一个最小损害的措施。备案审查机关应对规范性文件设定的措施进行审慎的必要性分析。

政府干预与市场作用的界限不明,仍然是当前规范体系存在的突出问题,应当将经济宪法的原则与精神贯彻到必要性审查中。⁽²⁶⁾对于市场或社会能够有效解决的事项,规范性文件依然设定规制措施,就不具有必要性。例如,在“《城市供水条例》关于对欠缴水费行为予以罚款的规定案”中,备案审查机关认为,欠缴水费是民事违约行为,不具有损害公共利益的性质,“对用户欠费行为以通过行政干预手段之外的其他方式处理为宜”⁽²⁷⁾。又如,有的地方性法规规定,小区业主参选业主委员会成员的条件之一是“按时交纳物业费等相关费用”。备案审查机关认为,业主委员会是业主自治组织,业主未按时交纳物业管理费属于民事违约行为,地方性法规不得以此限制业主参选业主委员会的资格。⁽²⁸⁾因此,能够通过非政府干预的方式解决问题的,就没必要实施政府干预,否则不仅可能不当限制权利,还会破坏私法自治,不利于发挥市场在资源配置中的决定性作用。

对于市场或社会无法解决的事项,政府为了公共利益的需要可以通过制定规范性文件予以规制,但应当采取最小损害的措施。能够通过限制的方式保障公共利益,就不应当采取最为严厉的禁止措施。例如,在“地方性法规全面禁止销售、燃放烟花爆竹案”中,备案审查机关认为,法律、行政法规没有全面禁止销售、燃放符合质量标准的烟花爆竹,同时授权县级以上人民政府自主划定限制或禁止燃放烟花爆竹的时段和区域,所以,应当按照上位法规定的精神修改全面禁止销售、燃放烟花爆竹的规定。⁽²⁹⁾全面禁止销售、燃放烟花爆竹确实有助于防止环境污染、保障公共安全,但却过度限制了公民的权利与自由,政府可以采取其他更温和的限制手段。又如,对受过处罚的特种行业人员,通过合理的限制措施以预防相应的风险并震慑违法行为是必要的,但“终身禁止”显然构成过度损害。

必要性分析的难点在于判断损害大小和相同有效性。必要性原则要求规范性文件采取最小损害的措施,那么如何量化损害大小,如何对不同措施的消极影响进行充分比较,成为判断措施是否符合必要性原则的关键。不同措施造成的损害大小不完全相同,对目的的实现程度也不完全相同,所以比较损害大小不能忽略措施对目的的实现程度。通过成本收益分析方法,对异同有效性的手段进行损害大小比较,可以有效破解必要性难以客观判定的难题。⁽³⁰⁾

(四) 均衡性分析

均衡性原则要求损益均衡,行为者选择的措施造成的损害同其促进的公共利益应成比例。最小损害的措施并不一定就是正当的,即使某项措施是最小损害的,但如果收益

(26) 参见赵舒捷:《国家干预市场的宪法界限:比例原则审查作为方法》,载《财经法学》2024年第6期,第160页。

(27) 前注,全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编著书,第5页。

(28) 参见前注,全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编著书,第104页。

(29) 参见前注,全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编著书,第148页。

(30) 参见刘权:《论必要性原则的客观化》,载《中国法学》2016年第5期,第178-195页。

相对较小,损益不成比例,那么该措施就不符合均衡性的要求。措施的弊大于利,就是损益不成比例,不符合均衡性的要求。例如,在“全国政协委员建议审查收容教育制度案”中,备案审查机关认为,刑法、治安管理处罚法的相关规定已较完善,继续执行20多年前设置的收容教育措施已不合时宜。⁽³¹⁾对卖淫嫖娼人员实行长达6个月至2年的收容教育,会造成过大的人身自由、精神痛苦等损害,同其所带来的收益不成比例,不符合均衡性原则。然而,措施的收益大于成本,也不必然具有正当性,因为虽然有净收益但成本可能很大,耗费巨大的成本而仅获得相对较小的净收益,同样可能不符合均衡性原则的要求。

涉及实质权衡的均衡性分析是合比例性分析的最后环节,也是最具有争议性的环节。为了更客观地判断措施是否具有均衡性,备案审查机关可以运用成本收益分析方法对规范性文件进行审查。⁽³²⁾备案审查的对象是抽象规范,在适用比例原则进行审查时更适合运用成本收益分析方法进行辅助分析。例如,在“地方性法规关于老年人护理假的规定案”中,备案审查机关认为带薪老年人护理假“涉及用人单位与职工双方利益平衡和国家、单位、个人之间社会保障责任的分配”,建议对该规定“适时进行立法后评估”。⁽³³⁾“为了有效审查规范性文件所采取的措施与其目的之间是否符合适当的比例,既要进行抽象的利益衡量和价值判断,有时也需要进行量化分析。”⁽³⁴⁾无论是发现规范性文件制定者没有按照规定或只是进行了流于形式的成本收益分析而导致措施自始不具有均衡性,还是根据立法后评估等资料发现措施随着情势的变化而不具有嗣后均衡性,备案审查机关都应当及时予以纠正。

四、积极面向的比例原则对保护不足的四阶审查

对于为达目的而采取的过度限制措施,备案审查机关可以通过比例原则予以纠正。然而,如果相关部门没有积极采取必要措施保护公民权利和促进公共利益,备案审查机关是否可以通过比例原则监督此类保护不足行为呢?例如,近些年较为突出的立法“放水”现象削弱了对公民权利和公共利益的保护力度,属于典型的保护不足,但目前还缺乏有效的识别和判断方法,是否可以以及如何通过比例原则审查立法“放水”呢?这就涉及比例原则同不足禁止原则的关系。

(一) 比例原则之不足禁止要求采取必要的保护措施

作为过度禁止而消极限制政府权力的比例原则广为人知,但积极面向的比例原则,

(31) 参见前注^①,全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编著书,第2页。

(32) 2004年国务院发布的《全面推进依法行政实施纲要》(国发〔2004〕10号)要求“积极探索对政府立法项目尤其是经济立法项目的成本效益分析制度”。2010年国务院发布的《关于加强法治政府建设的意见》(国发〔2010〕33号,已废止)进一步明确“积极探索开展政府立法成本效益分析、社会风险评估、实施情况后评估工作”。《立法法》第4条要求立法应当坚持以经济建设为中心;第7条要求立法应当适应经济社会发展;第67条规定了立法后评估。

(33) 参见前注^②,全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编著书,第42页。

(34) 前注^③,严冬峰文,第206页。

即保护不足禁止,一直没有受到充分重视。比例原则发源于18世纪的德国警察法,起初主要用于规范警察权,防止警察过度使用武力,后来逐渐发展成为约束一切国家公权力的宪法原则。由于比例原则产生于消极政府时期,当时奉行管得最少的就是最好的政府,如果国家要干预公民的权利与自由,就必须具有合比例性的正当理由,所以传统的比例原则具有消极性,致力于限制权力。然而,管得最少的政府已不符合积极行政的时代需求,消极政府无法最大程度地增进人民福祉。传统上作为防御权的基本权利的受益权面向受到高度重视,基本权利的双重性质要求国家既负有非必要不侵犯公民基本权利的消极义务,又负有采取必要措施保障公民基本权利有效实现的积极义务,不足禁止同过度禁止变得同等重要。例如,在德国第二次堕胎案判决中,德国联邦宪法法院认为国家不充分履行保护义务属于违反不足禁止原则,“保护不足之禁止原则不允许随意放弃包括刑法在内的手段以及由此产生的对人之生命的保护效果”⁽³⁵⁾。不足禁止原则属于“命令要求”,对国家课予了“行为义务”。⁽³⁶⁾

不足禁止原则的重要性不言而喻,但关于比例原则同不足禁止原则的关系,目前还存在一定的认识分歧。否定观点认为,比例原则涉及立法目的与手段之间的关系,而不足禁止原则涉及立法达成的目的与宪法要求的目的之间的关系,比例原则的内涵无法涵盖禁止保护不足原则。⁽³⁷⁾肯定观点认为,不同于比例原则中的必要性是要求立法者选择更温和的干预措施,不足禁止中的必要性是要求立法者采取更有效的保护措施,但无论是过度禁止还是不足禁止都最终走向了比例原则的判断。⁽³⁸⁾

笔者认为,比例原则包括不足禁止的内容。无论国家实施的是侵害性措施还是保护性措施,都涉及目的设定与手段选择的关系,而比例原则正是调整目的与手段关系的基本原则。比例原则也称为广义的必要性原则,采取的措施损害过大不符合必要性原则,没有采取必要的保护措施同样属于违反必要性原则。我国奉行的是有效市场和有为政府更好结合的理念,大量法律规范都明确规定了积极面向的必要性原则,要求国家采取必要措施最大程度保护相关权利。⁽³⁹⁾我国宪法中规定的社会权不仅是个人向政府索要经济福利的请求权,也是实现完整社会身份的基本公民权,国家机关负有保护义务促进社会权的实现。⁽⁴⁰⁾因此,比例原则具有双重面向,既可以限制过度侵害的行为,也可以规范保护不足的行为。积极面向的比例原则要求政府选择有助于正当目的实现的最大有效性的必要措施,且该措施所耗费的成本同其产生的收益应成比例。如果规范性文件没有采取必要措施来促进公共利益,就违反了积极面向的比例原则。

(35) 陈征:《第二次堕胎判决》,载张翔主编:《德国宪法案例选释:基本权利总论》(第1辑),法律出版社2012年版,第164页。

(36) 参见程明修:《禁止过度侵害与禁止保护不足》,载《月旦法学教室》2004年第17期,第11页。

(37) 参见陈征:《宪法中的禁止保护不足原则——兼与比例原则对比论证》,载《法学研究》2021年第4期,第65页。

(38) 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,第20页。

(39) 参见《中华人民共和国人民武装警察法》第23条第2款、《中华人民共和国妇女权益保障法》第2条第2款、《中华人民共和国海洋环境保护法》第60条等规定。

(40) 参见刘晗:《中国宪法社会权的体系解释》,载《中国社会科学》2023年第3期,第168页。

（二）比例原则对立法“放水”的备案审查方法

立法“放水”已成为一个突出问题,亟待通过备案审查运用比例原则予以有效监督。2017年中共中央办公厅、国务院办公厅就甘肃祁连山国家级自然保护区生态环境问题发出的通报较早地使用了立法“放水”。通报指出:“甘肃省及有关市县思想认识有偏差,不作为、不担当、不碰硬”,将国家规定禁止的10类活动缩减为“禁止进行狩猎、垦荒、烧荒”等3类发生频次少、基本已得到控制的事项,“在立法层面为破坏生态行为‘放水’”。⁽⁴¹⁾习近平总书记指出,“地方立法工作有了积极进展,总体情况是好的,但有的地方也存在违背上位法规定、立法‘放水’等问题,影响很不好”⁽⁴²⁾。2022年备案审查工作情况的报告专门指出立法“放水”问题:“个别制定机关政治意识不强、法治观念淡薄,在制定和执行有关规范性文件过程中打‘擦边球’,甚至有意‘放水’。”⁽⁴³⁾2023年备案审查工作情况的报告多次提到,一些地方性法规存在不适当的“放松监管”“放松管控”现象。⁽⁴⁴⁾2025年备案审查工作情况的报告专门提到“督促纠正减轻上位法处罚力度的规定”,指出有的地方性法规对向城市排水管网雨水口倾倒生活垃圾的违法行为设置的相关处罚规定,“对单位的处罚偏轻,不利于对生活垃圾的污染防治工作”⁽⁴⁵⁾。

在立法实践中,无论是通过减损权利、增设义务等方式而实施的过度监管,还是不积极采取保护措施而产生的监管缺位,都会对法治造成重大破坏。立法“放水”不仅使得公民权利和公共利益得不到有效保护,而且无法实现上位法确立的保护目的,阻碍了宪法法律的有效实施,不利于全面推进依法治国。然而,如何准确识别立法“放水”还存在难题,如果判断失误,不仅无法纠正保护不足的规范性文件,还可能引发“畏缩效应”。

有些立法“放水”属于直接违反上位法的规定,可以通过合法性审查予以监督,如将上位法明令禁止的事项予以解禁、降低上位法的罚款幅度。例如,在“某省物业管理条例降低处罚幅度案”中,备案审查机关认为,实践中因私拆承重墙而影响群众生命财产安全的案例时有发生,但该地方性法规不严格执行上位法的有关规定,“处罚规定明显低于国务院行政法规规定的罚款额度,并将‘并处’改为‘可处’,属于放松管控的情形”⁽⁴⁶⁾。有些立法“放水”虽然并不直接违反上位法的明确规定,但也可能构成保护不足,需要通过合比例性分析进行实质判断。备案审查机关通过适用积极面向的比例原则,可以更加客观准确地识别立法“放水”,有助于防止因判断错误而损害地方立法的主动性和积极性。为了消除立法“放水”现象,应当发挥积极面向的比例原则的规范功能。

一是审查目的是否正当。无论是限制行为,还是保护行为,都只能出于正当目的。

(41) 参见《中办国办就甘肃祁连山国家级自然保护区生态环境问题发出通报》,载《人民日报》2017年7月21日,第6版。

(42) 习近平:《坚定不移走中国特色社会主义法治道路,为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》(2020年11月16日),载《习近平法治文选》(第1卷),中央文献出版社2025年版,第290页。

(43) 前注,全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编书,第117-118页。

(44) 参见前注,全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编书,第146-147页。

(45) 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2025年备案审查工作情况的报告》,2025年12月22日在第十四届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议上。

(46) 前注,全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编书,第148页。

当前一些地方政府仍然狭隘地关注当地的 GDP 增量,为了项目开发、招商引资、增加税收等而降低对中央政策和改革方针的执行标准,或放松对污染防治、地方债务风险等的管控力度,甚至刻意忽视和规避对党中央决策部署的贯彻落实。⁽⁴⁷⁾在“甘肃祁连山国家级自然保护区生态环境问题案”中,通报指出甘肃省有关方面“片面追求经济增长和显绩,长期存在生态环境为经济发展让路的情况”。⁽⁴⁸⁾判断是否存在立法“放水”的主观故意,应综合分析立法的动议背景、起草部门的内部情况说明、立法论证中的有关意见等事实。如果只是由于对上位法理解错误、立法技术粗糙、立法水平不够等客观原因造成的,不宜认定为立法“放水”。⁽⁴⁹⁾

二是审查采取的保护措施是否有助于正当目的的实现。适当性原则要求规范性文件设定的措施同其追求的目的间具有实质关联性,如果措施无法实现保护目的,则不具有适当性。适当性判断属于措施与目的间的客观因果关系判断,属于科学立法的范畴。备案审查机关应当根据措施的实施效果,客观判断规范性文件制定机关所采取的措施是否有助于保护目的的实现。

三是审查是否采取了必要措施实现保护目的。消极面向的比例原则要求政府选择最小损害性的手段,而积极面向的比例原则要求政府采取最大有效性的必要措施。规范性文件制定者应当根据自身的专业知识与立法经验、社会公众的合理期待等多种因素,选取最大有效性的必要措施促进保护目的的实现。以行政处罚为例,即使在上位法处罚幅度内设定罚款,如果罚款数额设定过低而达不到制裁与预防违法行为的效果,就可能构成保护不足。例如,某发达地区的规范性文件针对违法排污企业设定的罚款幅度与上位法规定的处罚下限基本持平,但明显低于当地的经济发展水平,那么将如“隔靴搔痒”一般而无法真正达到防治污染的目的,背后可能存在为当地排污企业发展让行的“放水”问题。⁽⁵⁰⁾2024 年发布的《国务院关于进一步规范和监督罚款设定与实施的指导意见》要求“根据经济社会发展情况适时调整”已经设定的罚款数额,实施罚款“不得随意降低对违法行为的认定门槛”。倘若对违法行为惩戒不足,便难以形成有效的震慑和预防效果,进而导致对相关主体保护不足。

四是审查必要措施产生的成本收益是否均衡。措施越有助于实现目的,所耗费的财政支出成本、对相关主体的利益损害等成本可能就越大,所以保护措施的选择应符合成本收益的要求。判断是否采取了必要的保护措施,需要进行有效的成本收益分析。如果保护措施所耗费的成本同其所产生的收益不成比例,就违反了均衡性原则。保护不足应当禁止,但过度保护也不可取,还可能不现实。“落实相关惠民利民、福利保障举措,需要真金白银来支撑,需要平衡好立法保障的良好愿望和当地实际承受能力的关系。既要尽

(47) 参见梁鹰:《备案审查视角下地方立法“放水”问题探讨》,载《地方立法研究》2021 年第 6 期,第 56-57 页。

(48) 参见前注,《中办国办就甘肃祁连山国家级自然保护区生态环境问题发出通报》。

(49) 参见沈寿文:《论“立法放水”的认定》,载《理论探索》2023 年第 1 期,第 117 页。

(50) 参见前注,梁鹰文,第 59 页。

力而为,又要实事求是、量力而行,不能脱离实际制定难以兑现的规定⁽⁵¹⁾。如果规范性文件所设定的保护措施导致成本与收益明显失衡,则该措施不具有正当性。

五、备案审查中合比例性三重审查基准体系的构建

判断采取的措施与其目的是否符合比例原则,并非只是非黑即白的事实分析,尤其是在判断手段的必要性和均衡性时,往往还涉及复杂的价值判断,这就涉及审查基准的选择问题。备案审查基准是指对规范性文件的审查强度,它涉及备案审查机关对规范性文件制定机关规则制定权的监督程度。究竟是否符合比例原则,可能会存在较大的分歧,不同的适用者对同一项措施进行不同强度的合比例性分析,可能得出完全相反的结论。不同于司法审查主要涉及司法权与行政权的关系,备案审查中合比例性审查所要处理的权力关系更为复杂,不仅涉及人大同人大、行政机关、监察机关、司法机关等之间的关系,还涉及行政机关之间的关系。备案审查机关如果处理失当,就可能引发国家权力的内部紧张,“审查机关需要一套立足于权力格局且在介入强度上层次分明的审查基准,以尊重被审查机关的自主权”⁽⁵²⁾。备案审查机关不能只是完全以自己的判断对规范性文件进行严格的实质审查,也不能一味尊重制定机关的自主权而只进行宽松的形式审查,具体个案中备案审查的强度应当有所区分。

(一) 备案审查中建立类型化的合比例性审查基准的必要性

建立类型化的合比例性审查基准体系,区分情形对规范性文件的制定机关给予不同程度的尊重,有利于更好地处理中央与地方关系,增加合比例性审查的理性程度。

一是更好地处理中央与地方关系的现实需要。备案审查的实质是调整利益配置关系,相比于法律保留、法律授权等从正面界定央地利益配置关系的制度,备案审查是从反面调整央地利益配置关系的制度。⁽⁵³⁾全国人大、国务院对地方性法规、自治条例和单行条例等进行备案审查,涉及中央与地方关系。刘松山认为,全国人大不能对省级地方性法规进行适当性审查,“宪法和法律赋予地方立法权的重要初衷,就是让省级权力机关可以在本行政区域内充分发挥主动性和积极性,而立法中的适当性,正是发挥主动性和积极性的重要内容,全国人大不能干预”⁽⁵⁴⁾。如果全国人大不对地方性法规进行包括合比例性在内的适当性审查,就无法有效实现备案审查所要达到的保证党中央令行禁止、保障宪法法律实施、保护公民合法权益等监督功能。然而,如果全国人大介入程度过深,确实可能侵犯地方自主权,损害地方的积极性。

(51) 许安标:《我国地方立法的新时代使命——把握地方立法规律 提高地方立法质量》,载《中国法律评论》2021年第1期,第15页。

(52) 周宇骏:《合目的性的审查分层:我国地方性法规审查基准的实践及其逻辑》,载《政治与法律》2021年第3期,第77页。

(53) 参见秦前红:《备案审查实施法制统一原则的必要性、可能性及其难点》,载《中国法学》2024年第6期,第180页。

(54) 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》,载《中国法律评论》2018年第4期,第25页。

作为地方民主政治过程产物的地方性法规,体现了当地人民群众的意志,需要受到有效的尊重,但我国是单一制国家,不存在完全独立的地方自治,地方需要服从中央的领导,接受中央的监督。全国人大与地方人大之间虽然不属于领导关系,却存在监督关系,全国人大有权对地方人大进行监督,但确实需要把握好尺度。国务院对地方性法规、自治条例和单行条例进行备案审查时,同样存在审查尺度的问题。应防止全国人大和国务院在备案审查中,从“监督地方”的角色异化成为“替地方做主”的角色。对地方采取的措施与其目的是否符合比例原则,不“一刀切”地予以严格审查或宽松审查,而是根据具体情形选择不同的审查强度,有助于灵活处理好中央与地方关系。

二是有利于增加合比例性审查的理性程度,提高备案审查能力和质量。尽管比例原则的引入使备案审查的标准更加明晰和具体,但比例原则本身仍然存在一定的空洞性缺陷,不仅造成了利益权衡的难题,而且为合比例性裁量的滥用埋下了隐患。构建更具有操作性的多元审查基准,可以有效回应对比例原则“容易流向主观的、反理智的、情感主义”⁽⁵⁵⁾的批判,使得“个案的实体价值判断也因之而具有了某种确定性和可预见性”⁽⁵⁶⁾。通过为备案审查机关提供具体的审查基准与审查方法指引,类型化的合比例性审查强度有利于降低合比例性分析的主观性过大的弊端,提高比例原则的论证质量与说理水平。

此外,从事实层面而言,在“有件必备、有备必审、有错必纠”的新形势下,由备案审查机关对所有规范性文件都进行严格深入的实质审查,实际上也不具有现实可行性,缺乏足够的人力、物力、财力等资源支持。“有限的审查人员面对繁重的审查任务”,不可避免地会导致“备而不审”“走过场审”等问题。⁽⁵⁷⁾建立类型化的合比例性审查基准体系,不仅具有理论上的必要性,而且也具有现实迫切性。

(二) 备案审查合比例性三重审查基准的适用

对于如何在备案审查中建立类型化的合比例性审查基准体系,王旭认为应区分基本权利之间的冲突、公共利益与基本权利的冲突、以政策为表现形式的法益冲突等类型,对狭义比例原则的适用建立严格审查、中度审查和轻度审查三种审查基准。⁽⁵⁸⁾王锴主张借鉴德国的违宪审查,将比例原则的备案审查强度分为明显性审查、可支持性审查和强烈内容审查三种类型。⁽⁵⁹⁾合比例性审查主要属于实体正当性判断,比例原则的四阶分析都涉及审查基准。根据合比例性审查的实践,在不违背比例原则的理论内涵和逻辑结构的基础上,构建合比例性宽松审查、中度审查和严格审查三重审查基准体系较为合理。

一是合比例性宽松审查。它要求只要规范性文件不存在“一望即知”明显不合比例的情形,就推定其符合比例原则。如果规范性文件设定的措施与其目的明显不符合比

(55) 蒋红珍:《比例原则适用的范式转型》,载《中国社会科学》2021年第4期,第127页。

(56) 余净植:《宪法审查的方法——以法益衡量为核心》,法律出版社2010年版,第121页。

(57) 参见任亦秋、王贤祥:《论规章及规范性文件备案审查标准——以浙江省〈规章、规范性文件备案审查指引(试行)〉为例》,载《地方立法研究》2021年第2期,第66页。

(58) 参见前注,王旭文,第70页。

(59) 参见前注,王锴文,第12-15页。

例原则,就是不正当的。具体而言,如果规范性文件设定的目的没有明显不正当,措施不是明显无助于目的的实现,明显不存在其他相同有效但损害更小的措施,损益没有明显不成比例,就可以通过合比例性宽松审查。合比例性宽松审查属于审查强度最低的审查基准,体现了备案审查机关对规范性文件制定机关自主权最大程度的尊重。《法规、司法解释备案审查工作办法》第39条规定了法规、司法解释“明显不适当”的情形,体现了宽松审查基准。其中“为实现立法目的所规定的手段与立法目的明显不匹配”的情形,实际上是指明显不符合比例原则,属于合比例性宽松审查基准。

二是合比例性中度审查。它要求即使规范性文件不存在“一望即知”明显不合比例的情形,备案审查机关也应当进行适度的审查,判断规范性文件制定机关是否审慎地选择了措施。规范性文件制定机关应当提供可支持性的证据,证明审慎地实施了合比例性分析过程,即证明在规范性文件制定过程中如何设定正当目的、如何比较不同措施的成本与收益大小、如何得出措施与目的是否成比例。如果制定机关在设定目的和选择措施时没有进行严谨的合比例性分析,规范性文件的制定过程不够审慎,备案审查机关就可以作出否定性评价。

三是合比例性严格审查。它要求对规范性文件设定的措施与其目的是否符合比例原则,进行全面深入的实质审查。规范性文件制定机关应当提供足够充分的实质证据,证明采取的措施与其目的符合比例原则。具体而言,规范性文件制定机关应当证明其所采取的措施具有目的正当性,证明有助于正当目的实现的措施在相同有效性下是必要的,且该措施所造成的成本与收益应当成比例。制定机关是规范性文件的“生产商”,不仅掌握第一手资料和信息,而且了解制定的背景和具体情况。⁽⁶⁰⁾《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》要求开展备案审查工作应当加强调查研究,听取制定机关说明情况、反馈意见,通过座谈会、论证会等方式听取国家机关、社会组织、企业事业单位、专家学者以及利益相关方的意见。在进行合比例性严格审查时,备案审查机关可以不受规范性文件制定机关所提供观点与理由的约束,在必要的成本范围内应当主动调查收集证据和听取相关主体的意见。合比例性严格审查属于审查强度最高的审查基准,备案审查机关完全以自己的判断权对规范性文件进行实质审查。

在具体个案中判断选择何种合比例性审查基准,应综合考虑多种因素,主要有以下四个方面:

其一,规范性文件的制定主体和层级。审查机关与制定主体之间的权力差异越显著,审查机关越应当尊重制定主体的自主权限,避免过度干预。同时,制定层级越高的规范性文件,其制定程序往往越规范,质量保障机制越完善,审查机关在审查时一般应采取相对宽松的审查强度。其二,措施所涉事务的特性。当前我国地方性法规审查实践已逐渐演化出分层的逻辑,可以归纳为“接近原则”或“关联性原则”:地方性法规所涉事务

(60) 参见李松峰:《“沟通”与“协商”是符合国情的备案审查方式》,载《法学》2019年第3期,第21-22页。

与中央联系越紧密,审查强度就会越强。⁽⁶¹⁾除了地方性外,所涉事务的专业性也应成为考虑因素。措施的专业性越强,审查强度就应当越低。例如,制定规范性文件的行政机关相比于作为备案审查机关的人大而言,在某些行政管理领域可能具有更多的专业知识积累,其专业判断权一般应当受到更多的尊重。在“《某省人口与计划生育条例》关于夫妻产假护理假期间工资福利待遇的规定案”中,有公民认为增加的产假护理假期间“工资照发”是“政府请客、企业买单”,备案审查机关认为该规定不抵触上位法,“但其合理性、执行性和操作性等方面需要根据地方经济社会发展水平、生育保险支付能力不断完善”,建议地方政府有关部门做好研究论证工作。⁽⁶²⁾简而言之,规范性文件所涉事务的地方性、专业性等越强,就越应受到相对宽松的审查。其三,措施所追求的公共利益类型。规范性文件所追求的公共利益越重要,保护的迫切性越大,就越应受到相对宽松的审查。其四,措施所涉及的权利种类及其受影响程度。在“地方性法规规定亲子鉴定案”中,备案审查机关进行严格审查后认为,“亲子关系涉及公民人格尊严、身份、隐私和家庭关系和谐稳定,属于公民基本权益”,地方性法规不应强制规定并设定相应的行政处罚、处分、处理措施。⁽⁶³⁾同人格尊严越直接相关的权利,对权利的影响程度越大,就越应受到相对严格的审查。

综上,备案审查机关在具体个案中,应全方位考虑规范性文件的制定主体和层级、措施所涉事务的特性、措施所追求的公共利益类型、措施所涉及的权利种类及其受影响程度等因素,灵活选择能最大程度实现正义的合比例性审查基准。即使是审查存在领导关系的主体制定的规范性文件,也应根据具体情形选择适当的审查基准。例如,国务院对地方政府制定的规章,并非只应进行严格审查,否则可能过度干涉地方自主权。在适用结果上,备案审查具有跨程序处分力,“可以处分和指令其他相关国家机关的程序变动,并对这种变动加以拘束。”⁽⁶⁴⁾备案审查机关经审查认为采取的措施与其目的不符合比例原则的,可以与制定机关沟通让其自行纠正;如果制定机关未按照审查意见或处理计划进行纠正的,备案审查机关可以要求制定机关限期修改、废止、清理,或依法予以撤销。

六、结 语

理性适用明文化的合比例性审查标准,是全面加强宪法实施和监督的必然要求。《中华人民共和国国民经济和社会发展第十五个五年规划纲要》要求“加强宪法法律实施和监督,完善维护国家法治统一制度机制。”比例原则为备案审查提供了有力的新武器,可以有效监督宪法实施,维护宪法权威,使全面依法治国迈向新征程。备案审查机关在审查法规、规章、司法解释等规范性文件时,对其中“采取的措施与其目的是否符合比

(61) 参见前注⑤,周宇骏文,第85页。

(62) 参见前注⑤,全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编著书,第58页。

(63) 参见前注⑤,全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编著书,第121页。

(64) 王旭:《备案审查的跨程序拘束力研究》,载《中国法学》2025年第3期,第196页。

例原则”的判断,应当基于比例原则的双重面向,遵循“目的正当性—适当性—必要性—均衡性”的四阶分析框架,并结合合比例性三重审查基准进行审慎分析。备案审查的对象是抽象的规范性文件,其审查过程涉及复杂的权力关系和多元的价值标准,由此使得备案审查中合比例性事实认定、利益权衡、审查强度选择面临更多的难题。应当立足备案审查的固有特性,总结备案审查的本土经验,加快构建具有中国特色的备案审查比例原则适用理论体系,持续提升备案审查能力与质效,为中国式现代化建设提供坚实有力的法治保障。

Abstract: The adoption of the principle of proportionality as the basic standard for China's record and review marks a milestone. The codification of the proportionality review standard has essentially made the principle of proportionality an important principle for regulating legislative power. It not only enhances the operability of the record and review work, strengthens the authority and persuasiveness of the record and review decisions, but also helps to improve the level of human rights protection and promote the realization of good law and good governance. In the record and review standard system, proportionality is the core standard of the appropriateness review, but it also plays an important methodological role in the legality review and constitutional review. To determine whether the measures adopted in normative documents such as laws, regulations, and judicial interpretations are in line with the principle of proportionality with their purposes, a four-stage analytical framework of 'legitimacy of purpose — appropriateness — necessity — proportionality' should be followed. The objective appropriateness of measures should be reviewed at the time of record and review, and the necessity and balance of measures under the same effectiveness should be determined. By applying the positive aspect of the principle of proportionality, it is possible to more objectively and accurately identify whether the reviewed authority has taken necessary protective measures within a reasonable cost range. In order to better handle the relationship between the central and local authorities and enhance the rationality of proportionality review, a three-tiered proportionality review benchmark system should be established.

(责任编辑:唐月洁)