

# 关于行政规范性文件 立法备案审查的几个问题

谢维雁, 段鸿斌

(四川大学 法学院, 成都 610207)

**摘要:**在对行政规范性文件的立法备案审查、行政备案审查、法院附带审查三种审查形式中,作为一种经常性审查方式的立法备案审查最为重要,它对全面推进依法治国意义重大。但目前远没有实现将所有行政规范性文件纳入立法备案审查范围,立法备案审查的效果还没能充分体现出来。要实现将所有行政规范性文件全部纳入立法备案审查范围,须进一步厘清行政规范性文件立法备案审查的理论基础,确定通过立法备案审查的行政规范性文件的范围,明确备案审查的规范依据及标准,完善备案审查的程序规则,强化备案审查的问责机制。

**关键词:**行政规范性文件;立法备案审查;宪法监督

**中图分类号:**DF2 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2018)01-0069-12

中共十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出:“加强备案审查制度和能力建设,把所有规范性文件纳入备案审查范围,依法撤销和纠正违宪违法的规范性文件。”2015年12月,中共中央、国务院印发的《法治政府建设实施纲要(2015—2020年)》也要求:“加强备案审查制度和能力建设,把所有规范性文件纳入备案审查范围,健全公民、法人和其他组织对规范性文件的建议审查制度,加大备案审查力度,做到有件必备、有错必纠。”李适时先生指出:“规范性文件备案审查制度是一项宪法性制度,是具有中国特色的宪法监督制度。”<sup>[1]</sup>党的十九大报告提出:“加强宪法实施和监督,推进合宪性审查工作,维护宪法权威。”合宪性审查,一方面它意味着“合宪”是行政规范性文件要达到的基本要求,另一方面也意味着是否合宪的审查是对行政规范性文件立法备案审查的一个重要方面。就行政规范性文件

而言,存在三种形式的审查,即由制定行政规范性文件的上级人民政府和上级主管部门进行的备案审查(下文简称行政备案审查)、由立法机关进行的备案审查(下文简称立法备案审查)和由法院根据2014年修订的新行政诉讼法规定进行的审查(下文简称司法附带审查)。三种审查形式中,立法备案审查最重要、最权威,是中国特色宪法监督制度的集中体现。自党的十八届四中全会提出将所有规范性文件纳入备案审查范围以来,各级人大建立健全行政规范性文件立法备案审查制度已经成为推进依法行政和法治政府建设的一项迫切任务。但学界早前的研究主要集中在规范性文件的法律内涵、制定程序、审查原则与标准等方面,2014年行政诉讼法修订后又主要围绕行政规范性文件的司法附带审查进行了较为深入的分析,对行政规范性文件的立法备案审查方面的探讨还不够深入、全面。本文拟对须经立法备案审查的行政规范性文件范

收稿日期:2017-10-28

基金项目:2013年度司法部国家法治与法学理论项目“我国经济政策的宪法规制研究”(13SFB2010)的阶段性成果。

作者简介:谢维雁(1968—),男,重庆忠县人,法学博士,四川大学法学院教授、博士生导师;

段鸿斌(1978—),男,甘肃镇原人,四川大学法学院博士研究生。

围、审查标准及审查程序等问题进行研究,探究行政规范性文件立法备案审查制度的完善路径。

### 一 须经立法备案审查的行政规范性文件范围问题

确定行政规范性文件立法备案审查范围的一个前提性问题是,什么样的文件可以称作行政规范性文件,或者,如何判定某一文件是行政规范性文件?与此相联系的一个问题是,如何正确理解监督法第二十九条规定的授权范围,到底哪些主体制定的规范性文件需立法备案审查?这些问题在理论上还没有得到解决,实践中各地人大做法不一,导致了立法备案审查某种程度的混乱。如有的地方人大将本级政府制定的文件全部纳入备案审查范围,如上海市人大常委会2017年对“沪府发”规范性文件从全部纳入报备范围推向有备必审<sup>[2]</sup>;有的地方人大将市政府办公厅制定的文件纳入审查,如重庆市人大<sup>[3]</sup>、杭州市人大<sup>[4]</sup>。

(一)行政规范性文件的判定:确定备案审查范围的逻辑前提

确立判定某个文件是否行政规范性文件的标准,是建立行政规范性文件备案审查制度的前提。某个文件,只有在被确认是行政规范性文件之后才能谈由立法机关进行备案审查的问题。目前学界和实务界对什么是行政规范性文件已经有了大体一致的认识,即所谓行政规范性文件是指各级人民政府及其办公厅(室)制定的涉及行政相对人权利义务,具有普遍约束力,在一定时期内可以反复适用的文件<sup>①</sup>。行政规范性文件实际上就是各级人民政府制定的部分(当然不是全部)“红头文件”<sup>②</sup>。值得注意的是,行政规范性文件并不是一个确定的法律概念或者法律术语,而只是对各级人民政府及其办公厅(室)制定的规范性文件的统称。

根据这一对行政规范性文件的界定,我们认为,判定某一文件是否行政规范性文件,或者说某一文件是否需要由立法机关进行备案审查,其标准应同时包括以下三个方面。(1)该文件是否影响到行政相对人的权利义务。行政规范性文件立法备案审查制度的首要目的是保护行政相对人的合法权益,如果一个行政规范性文件不影响行政相对人权利的享受和义务的履行,如公务员管理、机关日常事务等内部文件,则无需报请立法机关备案审查。十八届四中全会提出的将“所有规范性文件”纳入备案审查的范围,此处的“规范性文件”是指会影响到行政相对人的权利义务的规范性文件,不包括各级人民政府制定的、完全不涉及行政相对人的权利与义务的内部文件。(2)该文件是否可

以在一定时期内反复适用。“反复适用”指在一个确定的时期内,行政规范性文件涉及的行政相对人是不特定多数,对法律地位等同、法律关系相同的行政相对人都同样地适用这一文件。“一定时期内”是“反复适用”这一文件的时限要求。当然,具体到某一规范性文件的准确适用时限,不可能、也无需作统一规定。(3)该文件是否具普遍约束力。普遍约束力意味着行政主体与行政相对人应遵守并执行文件。依据该文件形成的权利、义务关系受法律的保护,特别是其义务必须得到履行,否则义务主体要承担不利的法律后果。如果一个规范性文件只具有行政指导或事务咨询、政策引导等非强制性效力,行政相对人则没有遵守的义务,这样的文件无需报请立法备案审查。

上述标准是判定一个文件是否应报请备案审查的一般概括和最低限度的要求。实践中,仍需要制定机关综合文件的内容、目的、可能发挥的作用等因素而作出判断。

(二)修改《监督法》:将所有行政规范性文件纳入备案审查范围

《各级人民代表大会常务委员会监督法》(以下简称《监督法》)对规范性文件的备案审查作了专门规定。《监督法》第二十九条规定:“县级以上地方各级人民代表大会常务委员会审查、撤销下一级人民代表大会及其常务委员会作出的不适当的决议、决定和本级人民政府发布的不适当的决定、命令的程序,由省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会参照立法法的有关规定,作出具体规定。”由此,《监督法》赋予了地方人大常委会对本级政府发布的决定、命令进行备案审查的权力。《监督法》第三十条还对地方人大常委会对本级人民政府的决定、命令进行审查的标准作出了规定<sup>③</sup>。从落实将所有规范性文件都纳入备案审查范围的要求看,《监督法》关于行政规范性文件备案审查的规定存在两方面的问题:其一,在发布行政规范性文件的主体上只限于人民政府而不包括政府部门及其他国家机关;其二,在备案审查的对象上只限于“决定”和“命令”。

#### 1. 关于关于备案审查的对象问题

实践中,各级政府制定的规范性文件中决定和命令只占极少数,绝大多数以办法、公告、通告、意见、通知、批复、函、纪要等形式存在<sup>④</sup>。监督法未将这些规范性文件纳入同级人大常委会备案审查的范围。监督法出台时间较早,当时只将决定、命令纳入到备案审查,并无不妥。但由于形势的发展,特别是《关于全面推进

依法治国若干重大问题的决定》和《法治政府建设实施纲要(2015—2020年)》均提出将所有规范性文件纳入备案审查的要求后,监督法的这个规定就显得不合时宜甚至成为落实将所有规范性文件纳入备案审查的障碍。

为落实《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》和《法治政府建设实施纲要(2015—2020年)》中关于将所有规范性文件纳入备案审查的要求,一些地方人大常委会已制定立法备案审查规定,大大扩展了审查的范围,完全无视监督法的规定。各地做法不一,在审查对象上存在差异。有些地方采用规范性文件定义加列举的方式规定。如《广东省各级人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查工作程序规定》中规定(行政机关)报备的规范性文件,是指本市人民政府发布的涉及公民、法人和其他组织权利义务的,具有普遍约束力的决定、命令、通告等。有的地方采用列举方式,规定的范围比较狭窄。如《湖北省各级人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查工作条例》中规定县级以上人民政府发布的决定、命令、规定、细则、办法等应报同级人大常委会备案。也有个别地方人大常委会将所有行政规范性文件纳入了备案范围。如《鞍山市人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查条例》和《山西省各级人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查条例》均规定,备案审查的规范性文件包括规章、决定、命令,以政府办公厅(室)文件发布的人民政府作出的办法、规定等。因各地对备案审查范围规定不一,各地立法备案审查工作开展情况也呈现较大的差异。如2013年江西省人民政府报备的规范性文件只有7件,而福建省人民政府2014年度报备的规范性文件目录达83件<sup>⑤</sup>。

地方人大常委会大大扩展备案审查的对象范围,虽然是为了落实对所有规范性文件都进行备案审查的要求,其目的是正当的,但其做法仍不宜肯定,因为它们毕竟突破了监督法的规定。有学者认为,《监督法》第二十九条的规定,不能限于文种概念来理解,否则,将使与决议、决定、命令有着实质内容的指示、公告、通告、通知、批复、函、会议纪要等文件“逍遥法外”<sup>[5]</sup>。这种观点也是值得商榷的。决定、命令、指示、公告、通告、批复、函、会议纪要等概念,在中文语境中,其含义十分明确、稳定,如果对这些概念都采取“不限于文种概念来理解”,必将带来概念甚至理论上的混乱。

为落实全面推进依法治国及“有案必备、有备必审、有错必纠”<sup>⑥</sup>的要求,应对《监督法》中关于地方人大

常委会对人民政府发布的决定、命令进行审查的规定作出修改。建议将《监督法》第二十九条中“县级以上地方各级人民代表大会常务委员会审查、撤销……本级人民政府发布的不适当的决定、命令……”和第三十条中“县级以上地方各级人民代表大会常务委员会对……本级人民政府发布的决定、命令”的“决定、命令”改为“规范性文件”。同时,在《监督法》中对“规范性文件”作出界定,明确规定判定是否规范性文件的标准。这样就可以将无论是实质意义上的还是形式意义上的规范性文件全部纳入到备案审查的范围。

## 2. 关于行政规范性文件的制定主体问题

依《监督法》第二十九、三十条的规定,地方各级人大常委会备案审查的行政规范性文件的发布主体限于“本级人民政府”。行政规范性文件的发布主体即制定主体。显然,这一规定太过狭窄。将大量发布规范性文件的主体排除在外,也将大量的行政规范性文件排除在各级人大常委会备案审查的范围之外,不符合将所有规范性文件纳入备案审查的要求。

笔者认为,以下规范性文件也应纳入立法备案审查的范围。

(1) 国务院制定的规范性文件。目前,国务院制定的规范性文件未纳入全国人大常委会备案审查的范围。检索中国政府网,自1985年1月至2017年2月28日,以国务院名义下发(“国发”)的文件976件,以国务院办公厅名义下发(“国办发”)的文件达1537件。“国发”、“国办发”文件的效力低于行政法规和规章,但这些文件具有较强的拘束力和执行力,其效力甚至被认为高于地方政府规章<sup>⑦</sup>。国务院制定的规范性文件是否需要报全国人大常委会备案审查,法律并无规定。笔者认为,将国务院制定的规范性文件纳入全国人大常委会备案审查范围,符合我国宪制设计和现行备案审查制度的基本精神。首先,全国人大常委会对国务院有监督权,全国人大常委会对国务院作出的决定、命令通过备案审查程序进行监督是我国人大制度的应有之义。其次,从对行政法规的备案审查规定中可以推导出国务院发布的行政规范性文件应由全国人大常委会进行备案审查。《宪法》第六十七条第七款规定:全国人大常委会“有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令”。2015年修订后的《立法法》第九十八条规定,行政法规“在公布后的三十日内报全国人大常委会备案”;第九十七条第二款规定“全国人大常委会“有权撤销同宪法和法律相抵触的行政法规”。但对国务院发布的决定、命令,《宪法》虽然

规定由全国人大常委会撤销,却没有规定需由全国人大常委会进行备案审查。笔者认为,全国人大常委会在对国务院发布的决定、命令进行撤销之前也必须进行审查,而且也只能通过备案审查程序进行。最后,国务院的决定、命令由全国人大常委会进行备案审查是全面推进依法治国、落实对所有规范性文件都进行备案审查的内在要求。此外,由国务院发布的决定、命令以外的其他规范性文件,也应纳入全国人大常委会备案审查的范围。

(2) 国务院办公厅制定的规范性文件。国务院办公厅是国务院的内设机构,对外不能承担法律责任,但其制定和发布的规范性文件(“国办发”),体现的是国务院的意志。实践中,以“国办发”发布的规范性文件 and 国务院以“国发”发布的规范性文件,其法律地位和法律效力是相同的。如果国务院办公厅发布的规范性文件的法律地位低于国务院发布的规范性文件,国务院办公厅发布的规范性文件对国务院各部委就不再具有拘束力。因此,国务院办公厅制定的规范性文件也应纳入全国人大常委会备案审查范围。

(3) 地方各级人民政府办公厅(室)制定的规范性文件。各级人民政府办公厅(室)是各级人民政府的内设机构,但我们认为,政府办公厅(室)发布的行政规范性文件也应纳入到同级人大常委会备案审查的范围。理由是:各级人民政府办公厅(室)制定规范性文件的目的,是为了使本级政府能够更好地行使行政管理职权,体现的是本级人民政府的意志,与政府以自身名义制定的行政规范性文件具有同等效力<sup>[6-7]</sup>。各级人民政府办公厅(室)制定的规范性文件,具有对外法律效力,而非仅仅具有内部约束力。具有对外法律效力,是各级人民政府办公厅(室)发布的规范性文件应纳入立法备案审查的根本原因<sup>⑧</sup>。

(4) 乡镇人民政府制定的规范性文件。根据《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(下称《地方组织法》)第八条规定,乡、民族乡、镇的人民代表大会有权“改变或撤销乡、民族乡、镇人民政府的不适当的决议、命令”,但《地方组织法》并未规定乡镇人大主席团有此权力。这意味着,乡镇人大可以对乡镇政府的规范性文件进行审查。那么,乡镇人大不属于我国的立法机关,这不能算是立法备案审查。但乡镇人民政府发布的行政规范性文件是否应由县级人大常委会进行备案审查呢?一些学者认为,这类规范性文件无需报县级人大常委会备案<sup>[8]</sup>,也有人持相反观点<sup>[9]</sup>。近年为落实十八届三中全会决定关于将所有规范性文

件纳入备案审查的要求,一些地方对此作出了规定,但规定不统一,有些地方的规定甚至存在矛盾冲突。如四川、湖北、陕西三省人大常委会分别在其制定的《监督法实施办法》中,要求乡镇人民政府制定的规范性文件向县级人大常委会备案;但在其《规范性文件备案审查条例》中,三地均未将乡镇人民政府的规范性文件纳入备案审查范围。笔者认为,乡镇人民政府发布的规范性文件应纳入县级人大常委会备案审查范围。理由是:首先,这符合宪法和监督法的规定。《宪法》第一百零四条规定,县级以上地方人大常委会有权撤销下一级人民代表大会的不适当的决议。《监督法》第三十条规定,县级以上地方各级人民代表大会常务委员会有权撤销下一级人民代表大会及其常务委员会作出的不适当的决议、决定。也就是说,根据《地方组织法》的规定,乡镇人民代表大会在作出“撤销乡、民族乡、镇的人民政府的不适当的决定和命令”的决议后,县级人大常委会仍有权撤销该决议。县级人大常委会对乡镇人大撤销乡镇政府行政规范性文件的决议进行审查,其必然对乡镇人民政府的规范性文件进行审查。其次,乡镇人民代表大会的会期及其工作能力决定了它无法有效行使备案审查权。乡镇人民代表大会闭会期间,由主席团行使其部分职权,主席团没有撤销乡镇人民政府不适当的决定、命令的权力<sup>⑨</sup>。这表明,只有乡镇人民代表大会才有权对乡镇人民政府的规范性文件进行备案审查,但乡镇人民代表大会每年一般只召开一至二次会议,每次会议会期很短,再加之实践中乡镇人大及主席团的权威不高、工作人员专业素质较低,其结果是乡镇人大根本无法胜任这项专业化程度高、政治性极强、讲求时效的工作。相比之下,县级人大常委会具有权威,每两月开一次会议,工作人员素质与水平远高于乡镇人大及主席团,因此,乡镇政府发布的规范性文件应纳入县级人大常委会备案审查范围。

(5) 党政联合制定的规范性文件。党政联合发文是各级党委政府经常采用的方式,现行法律法规均没有规定此类文件的备案审查主体。全国人大常委会法工委的专家认为,此类文件不宜纳入同级人大常委会备案审查范围<sup>[10]</sup>。但学界持不同观点<sup>⑩</sup>。笔者认为,党政联合发文仍应纳入同级人大常委会备案审查范围,只是在程序方面可略作调整。理由:一方面,立法机关对行政规范性文件进行备案审查有《宪法》、《监督法》上的依据;另一方面,《中国共产党党内法规和规范性文件备案审查规定》中,没有规定党政联合制发的文件报送中央或省级党委备案。当然,同级人大常委会

对党政联合发文进行审查时应慎重对待,如发现相关规定不适当时,可由人大常委会党组向本级党委汇报,由同级党委作出处理。这可以作为“党内法规和规范性文件备案审查与国家法规、规章和规范性文件备案审查衔接联动机制”的一种制度探索。

以下类型的规范性文件无须由人大常委会进行备案审查。(1)各级人民政府工作部门制定的规范性文件。《监督法》第二十九条规定的“本级人民政府”,不包括各级人民政府的工作部门。目前,地方人大常委会已经制定的规范性文件立法备案规定中,绝大多数都没有包括同级政府工作部门制定的规范性文件。对这类规范性文件是否应纳入立法备案审查,学界存在两种对立的观点。一种观点认为,具有普遍约束力的决定、命令,不管其制发主体是谁,都应报人大常委会备案审查<sup>[11]</sup>;另一种观点则认为,地方人民政府工作部门发布的决定、命令不需要报同级人大常委会备案审查<sup>[8]</sup>。笔者认为,对各级人民政府工作部门所发布规范性文件的备案审查,可由同级人民政府和上一级政府主管部门进行,而无需由人大常委会承担。(2)各级人民政府工作部门内设机构制定的规范性文件。政府工作部门内设机构制定的规范性文件无需报同级人大常委会备案审查。这些内设机构可以制定某些文件,但这些文件系内部文件,对外没有法律效力,也不承担法律责任。

## 二 行政规范性文件立法备案审查的标准问题

我们认为,对行政规范性文件的立法备案审查应从适当性(或合理性)和合法性两个方面进行。审查行政规范性文件的合法性,是立法备案审查的应有之义。正因如此,对规范性文件的立法备案审查才被视作中国特色的违宪审查制度。但是不是立法备案审查就只审查规范性文件的合法性,而不需要审查其适当性呢?我们的回答是否定的。我们认为,对规范性文件还需要审查其适当性。理由是:一方面,由于规则的抽象性,或者由于上位法存在的瑕疵,使得某些规范性文件看上去并不违反上位法,却跟现实需要存在差距而产生明显不适当的情形。我们把这种情形概括为“合法但不适当”<sup>⑩</sup>。另一方面,人大及其常委会是权力机关,其对行政机关的监督是全面的,不限于合法性监督,也应该包括适当性监督。由此,对行政规范性文件的立法备案审查也就应该存在两方面的标准,即合法性审查标准和适当性审查标准。我国某些地方人大已开始对行政规范性文件进行合法性审查的同时也进行适当性或合理性审查,如湖北省人大常委会在2015年已经

就规范性文件的合法性、合理性进行审查<sup>⑪</sup>。

目前,我国在对行政规范性文件立法备案审查采用的标准上主要存在两个方面的问题。

一方面,立法机关对行政规范性文件的备案审查标准不统一。这体现在:(1)现行宪法对全国人大常委会和地方各级人大常委会对行政规范性文件的审查设定了不同的标准。《宪法》第六十七条规定:“全国人民代表大会常务委员会行使下列职权:……(七)撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令。”全国人大常委会对国务院制定的决定、命令进行审查的标准是“同宪法、法律相抵触”。而《宪法》第一百零四条规定,“县级以上的地方各级人民代表大会常务委员会……撤销本级人民政府的不适当的决定和命令”。可见,地方各级人大常委会对本级人民政府的决定、命令进行审查的标准是“不适当”。(2)地方人大制定的行政规范性文件备案审查规定中对审查标准的设定相当混乱。审查的具体标准差异较大。对于合法性审查标准,多数地方人大常委会规定,合法性审查包括“超越法定权限”、“与上位法相抵触”两项标准。北京、湖北、新疆等地将“是否违反法定程序”作为合法性审查标准之一;山西、上海、云南等地增加了“是否与上级或者本级人民代表大会及其常务委员会的决议、决定相抵触”的标准;上海、四川等地规定将“是否与《宪法》相抵触”作为审查的一项标准。对于适当性审查标准,大多数地方人大都规定了适当性审查标准,但也有少数地方没有就适当性标准作出规定,如上海。

另一方面,合法性审查标准与适当性审查标准之间界限不清,逻辑关系模糊。这体现在:(1)《宪法》规定全国人大常委会与地方各级人大常委会对行政规范性文件审查的标准分别为“相抵触”和“不适当”,但全国人大常委会迄今未对何为“相抵触”、何为“不适当”作出界定,其内涵存在不确定性,实践中自然也就难以进行区分。(2)《监督法》采取了适当性审查标准,但其含义太过宽泛,将是否“相抵触”(即合法性审查标准)作为适当性审查标准之一:“县级以上地方各级人民代表大会常务委员会对……本级人民政府发布的决定、命令,经审查,认为有下列不适当的情形之一的,有权予以撤销:(一)超越法定权限,限制或者剥夺公民、法人和其他组织的合法权利,或者增加公民、法人和其他组织的义务的;(二)同法律、法规规定相抵触的;(三)有其他不适当的情形,应当予以撤销的。”(《监督法》第三十条)尽管本条中“其他不适当的情形”其内涵不清晰,其具体内容也难以确定,但以下结论却是毋庸置疑

的;《监督法》规定的适当性审查标准实际上包含了合法性审查标准,“同法律、法规规定相抵触”是“不适当的情形”之一。(3)地方人大对适当性审查标准与合法性审查标准之间逻辑关系的认识上仍处于混乱状态。从各地人大常委会关于行政规范性文件备案审查规定看,目前主要存在两种体例:一种是适当性审查标准包含了合法性审查标准,这种体例源自上文论及的《监督法》第三十条的规定;另一种体例是将“是否适当”作为独立审查标准,与合法性审查标准并列,这种体例源自立法法的规定。2015年修订后的《立法法》第九十六条规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章有下列情形之一的,由有关机关依照本法第九十七条规定的权限予以改变或者撤销:(一)超越权限的;(二)下位法违反上位法规定的;(三)规章之间对同一事项的规定不一致,经裁决应当改变或者撤销一方的规定的;(四)规章的规定被认为不适当,应当予以改变或者撤销的;(五)违背法定程序的。”《立法法》的这一规定并不适用于行政规范性文件的审查,但一些地方人大常委会在制定备案审查规定的时候借鉴了立法法关于对法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、规章进行审查标准的规定。

要将所有规范性文件全部纳入备案审查,充分发挥规范性文件备案审查的制度功能,厘清对规范性文件立法备案审查的标准具有十分重要的意义。

(一)明确“合法性(审查)”与“适当性(审查)”的内涵

### 1. 合法性审查中“合法性”内涵的界定

此处的“合法性”,并非政治学、法哲学中使用的“合法性”概念。政治学、法哲学中“合法性”概念的基本含义是正当性。本文中“合法性”的基本含义是合法性,即符合法律规定或者与法律不相抵触。对行政规范性文件的合法性审查,就是审查行政规范性文件是否符合法律规定或者是否与法律规定相抵触。

目前,我国相关法律法规中多用“抵触”或“不抵触”表达合法与不合法。如《宪法》规定全国人大常委会有权撤销国务院作出的“同宪法、法律相抵触”的行政决定、命令;《监督法》规定地方各级人大常委会有权撤销同级人民政府制定的“同法律、法规相抵触”的决定、命令。如前述,宪法及相关法律并没有界定何为“相抵触”。实践中,对何为“相抵触”存在几种意见。一种意见认为,与上位法相抵触的情形包括:(1)上位法有明确的规定,与上位法的规定相反的;(2)虽然不是与上位法的规定相反,但旨在抵消上位法的规定,

即搞“上有政策下有对策的”;(3)上位法没有明确规定,与上位法的立法目的和立法精神相反的;(4)违犯了本法(立法法)关于立法权限的规定,越权立法;(5)下位法超出上位法规定的行政处罚的种类和幅度的,下位法超越权限设定行政许可的,下位法超越权限设定行政强制措施<sup>[12]303</sup>。另一种意见认为,“相抵触”主要包括:(1)违反法律规定;(2)越权;(3)缺少法律依据<sup>[13]301</sup>。还有一种意见认为,对行政规范性文件的合法性审查包括:(1)是否具有制定权限;(2)是否符合法律保留原则;(3)与上位法是否抵触;(4)是否违反法定程序<sup>[14]197-198</sup>。

综合分析,第一种意见似更可取,但需加上“是否违反法定程序”,则显得更合理。笔者认为,可从以下四个方面进行审查,即可判断行政规范性文件是否合法:(1)是否有法律依据;(2)与上位法的规定是否相一致,包括是否与上位法的明确规定或上位法的立法精神相反、是否存在抵消上位法规定的情况、是否违反法律保留原则;(3)是否越权;(4)是否违反法定程序。

### 2. 适当性审查中“适当性”内涵的界定

对“不适当”的含义,目前存在两种意见。一种意见认为,“不适当”包括:(1)要求公民、法人和其他组织执行的标准或遵守的措施明显脱离实际的;(2)要求公民、法人和其他组织履行的义务与其所享有的权利明显不平衡的;(3)赋予国家权力机关的权力与要求其承担的义务明显不平衡的;(4)对某种行为的处罚与该行为所应承担的责任明显不平衡,违反比例原则的<sup>[12]303</sup>。这一观点通过具体列举式解释“不适当”所包括的具体情形。另一种意见认为,“不适当”是指:“既包括违法的不适当,也指违法以外的不适当,也就是说,也包括不合理的情形……所谓不适当,除越权和违法外,一般是指明显不恰当、不合理、不公平。”<sup>[15]120</sup>这一观点将“不适当”情形作了扩大化解释,实质上包含违法性、适当性、合理性在内的审查标准。乔晓阳认为,“适当性也就是合理性,即要符合客观规律”<sup>[16]297</sup>。姜明安教授认为:适当性审查标准需要更多地转向“程序方面的控制”,包括建立审查公开及说明理由制度、听证制度及案例指导制度<sup>[17]80</sup>。

笔者认为,一方面,应将适当性审查标准与合法性审查标准相区分。对行政规范性文件的适当性审查,主要是对行政规范性文件的合理性进行审查,要审查其是否符合客观规律、常理、常规。另一方面,应通过立法将“不适当”的含义作明确界定,或者将不适当的各种情形加以列举,以便实践中具有可操作性。同时,

还应辅以姜明安教授提出的程序控制,即建立审查公开、说明理由、听证、案例指导等制度。

## (二)确立合法性审查与适当性审查相结合的原则

对行政规范性文件既要进行合法性审查也要进行适当性审查是人大制度的必然要求。依人大制度,行政机关由人大选举产生、向人大报告工作、受人大监督,由人大及常委会对行政机关的行为进行全面监督是落实人大制度的体现。所谓全面监督,包括两个方面:既要监督行政机关的行为是否合法,又要监督行政机关的行为是否适当。各级人大常委会对行政规范性文件的备案审查,是对行政机关进行监督的重要方式之一,自然也应包括对其进行合法性和适当性两个方面的审查。坚持合法性审查与适当性审查相结合原则,意味着各级人大常委会对行政规范性文件不能仅是合法性审查而没有适当性审查,也不能仅是适当性审查而没有合法性审查,而是两种审查都要进行。

对行政规范性文件既要进行合法性审查又要进行适当性审查,但不意味着两种审查同等重要,可以一视同仁;更不意味着各级人大常委会对每一个报备的行政规范性文件都必须既进行合法性审查又进行适当性审查。(1)对行政规范性文件的立法备案审查应以合法性审查为重点,对每一个行政规范性文件的立法备案审查应首先审查其合法性。对行政机关报备的所有规范性文件全部都进行合法性审查,并作出该行政规范性文件是否合法的结论性意见。合法性审查是对行政规范性文件是合法还是不合法的判定,是一种性质上的判断,结果只有两个,即合法和不合法,二选其一,不存在裁量的空间。只要行政规范性文件不合法,就必须作出其不合法的结论并予以撤销。(2)各级人大常委会对行政规范性文件的适当性审查应根据需要进行,并非每件必审,也并非凡有不当就一律撤销。并非所有行政规范性文件都要进行适当性审查,只有人大常委会对行政规范性文件的适当性存有合理怀疑,才会启动审查。虽然审查的结果仍然只有两种,即适当和不适当,但这两种结论却并不是性质判断,而是定量分析的结果。换句话说,在适当与不适当之间并非此即彼,二者只是程度上的差异。这意味着,只有不适当达到一定的程度,通常是很明显、带来的消极影响比较大等情形下,人大常委会才会作出不适当的决定并予以撤销。在另外一些情况下,行政规范性文件中某些不那么明显、不会带来较大消极影响的“不适当”可能被“容忍”,行政规范性文件不会因此被撤销。

## (三)健全行政规范性文件立法备案审查的标准体

系

在全国人大常委会没有对宪法和监督法中的“不适当”、“相抵触”作出宪法解释的情况下,地方人大常委会应充分发挥立法监督职能,在现有制度基础上,进一步健全行政规范性文件备案审查标准。

### 1.将《宪法》作为立法备案审查的最高依据

党的十九大报告提出:“加强宪法实施和监督,推进合宪性审查工作,维护宪法权威。”将《宪法》作为行政规范性文件立法审查的最高依据,使行政规范性文件符合宪法或者不违反宪法,正是宪法实施和宪法监督并实现宪法权威的重要方式。以宪法规定作为行政规范性文件立法备案审查制度的最高依据,具有极为重要的意义。

第一,《宪法》作为审查依据是备案审查制度不可或缺的组成部分。“备案审查制度主要包括备案、审查以及纠正三方面的内容。……审查就是接受备案的机关根据法定权限对备案的规范性文件的合宪性、合法性或者适当性进行审查;纠正就是法定的机关依照规定的程序对备案的同宪法、法律、法规相抵触的规范性文件予以改变或者撤销”<sup>[18]102</sup>。立法机关依据宪法进行审查,也符合十八届四中全会提出的“撤销和纠正违宪的规范性文件”的改革要求。

第二,将《宪法》作为审查依据是保障宪法实施的具体途径。《宪法》第五条明确规定,“国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”《宪法》第六十七条规定,“全国人大常委会有权撤销同宪法相抵触的行政法规、决定和命令”,“有权撤销同宪法相抵触的地方性法规和决议”。《立法法》第八十七条“适用与备案审查程序”中规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。”《法规备案审查工作程序》第十条也明确规定了对法规、自治条例和单行条例进行合宪性审查:“经专门委员会会议审查,认为法规同宪法或者法律不抵触的……;认为法规同宪法或者法律相抵触的……”由此可知,《宪法》单独作为法律文件的备案审查依据,符合宪法规定和法理要义<sup>③</sup>。只不过,全国人大常委会在备案审查实践中,还没有依据《宪法》对法规及自治条例、单行条例进行过审查<sup>④</sup>。笔者建议,全国人大常委会今后审查国务院行政规范性文件,应将《宪法》作为审查的最高依据。全国人大常委会将《宪法》作为备案审查的依据,地方人大常委会没有理由将《宪法》排除在外。《宪法》明确规定:“地方各级人民代表大会在本行政区域内,保证

宪法、法律、行政法规的遵守和执行。”(第九十九条)《立法法》授权地方人大常委会制定备案审查制度时,要求“其他接受备案的机关”,“按照维护法制统一的原则,由接受备案的机关规定”(第一百零二条)。这里的“其他机关”包括地方各级人大常委会。如前所述,个别地方人大常委会的备案审查制度中已规定“是否与宪法相抵触”,这实质上是将《宪法》作为审查的依据;各地已公布实施但没有该规定的立法备案审查制度,应及时予以修改。

第三,将《宪法》作为审查行政规范性文件的依据,才可能对违宪的行政规范性文件予以纠正。如果地方人大常委会只依据法律而不依据《宪法》进行审查,那些表面上合法但实质上违宪的行政规范性文件(尤其是限制或侵害公民财产权的红头文件)就不能得到纠正。例如,据《法制晚报》报道,2015年8月12日,天津港特大爆炸事故发生后,根据天津市南开区政府决定,区教育局于8月18日下发通知,要求全区中小学、幼儿园教职员捐款,所捐款项由学校先行垫付,后从个人工资中扣除。区政府事后回应称,募捐活动是“应广大党员干部要求,广泛发动”的<sup>⑤</sup>。强制捐款是对公民财产权的侵害,该文件涉嫌违宪,但《南开区人民代表大会常务委员会审查监督规范性文件办法(试行)》并没有将《宪法》作为审查依据,因而难以依据宪法规定进行审查并撤销该文件。

将《宪法》作为对行政规范性文件立法备案审查的最高依据,不意味着《宪法》是立法备案审查的唯一依据。法律体系中比行政规范性文件效力高的法律、法规均可作为立法备案审查的依据。将《宪法》作为对行政规范性文件立法备案审查的最高依据,意味着《宪法》是对行政规范性文件进行立法备案审查最后的依据。只要在效力高于行政规范性文件的上一级法律或法规中存在相关规定,就只需审查其是否符合上一级法律或法规的规定,而无需进行是否合宪的审查。只有在所有的法律、法规中都没有相关规定的情况下,立法备案审查机关才能依据《宪法》规定对行政规范性文件进行是否合宪的审查。

2.适当性审查标准在立法上宜采用列举加兜底条款的方式

多数地方人大常委会已经采用列举加兜底方式规定适当性审查标准。但是,不应局限于《监督法》中明确规定的两种情形,应尽可能将审查标准逐一列举,包括:(1)超越法定权限;(2)违反法定程序制定;(3)同宪法、法律法规相抵触;(4)违反宪法、法律法规规定,减

损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务;(5)与上级或者本级人民代表大会及其常务委员会的决议、决定相抵触;(6)其他不适当情形。至于合法性审查标准,立法上无法穷尽具体情形,不宜作出明确规定。逐一列举的适当性审查标准中,实际上已包括了合法性审查。因为从法理上讲,合法性的规范内涵比适当性小,对审查对象的要求更为严苛。

部分学者认为,适当性标准与合理性标准有重合之处,后者应作为审查标准之一<sup>⑥</sup>。笔者认为,合理性不宜作为审查标准。首先,合理性审查无法律的明确授权。学理上讲,适当性与合理性有交叉重叠,但两者内涵和外延并不一致。现行法律没有要求合理性审查,审查机关无权适用该标准。其次,合理性标准过于宽泛,难以认定。行政规范性文件内容是否合理,受审查角度、审查人员主观意志影响较大,从不同角度、由不同人员进行审查,其结论可能有较大差异,甚至完全相反,这与审查结论的唯一性、客观性要求相矛盾。再次,合理性审查会妨碍政府施政积极性的发挥。当前和今后一定时期,制定和执行行政规范性文件仍然是政府行使职权、实现行政目的的重要途径,如进行合理性审查,行政权力容易被立法机关掣肘,地方政府主动行政的意识可能降低,最终影响行政效率。最后,审查机关无法胜任合理性审查工作。目前,地方人大常委会备案审查工作所具有的人力、物力有限,对行政规范性文件的适当性审查都难以全部完成,遑论合理性审查。

3.立法备案审查的标准体系从重实体、轻程序转变为实体、程序并重

“违背法定程序”是《立法法》中列举的一项单独审查标准(2015年修订后的《立法法》第九十六条规定),监督法没有明确规定违背法定程序是否是适当性标准之一,有些地方的立法备案审查制度中将其作为一项审查标准。在法治国家立法机关对行政机关立法权的审查制度中,程序审查标准有其独特价值。立法机关一般通过审查行政法规的实体性规定和制定程序来控制行政机关的立法权。“权力委任(立法)的理论应从实质和程序两个方面去考察,实质方面的限制和程序方面的保障同等重要”<sup>[19]233.267</sup>。例如英国上下两院设立的法定条规联合委员会,对行政管理法规的实体审查包括是否规定有租税或其他负担、是否溯及既往、是否排除法院对委任立法的监督等;程序审查的重点是否按时提交议会备查、是否阐明委任立法的形式和目的等<sup>[20]105</sup>。德国联邦议会和州议会审查法规命令的标准也包括实体和程序两方面:(1)具有充分的、符合



基本法第八十条第一款规定的授权根据；(2)形式上符合规定；(3)内容上符合授权根据；(4)与其他上位阶的法律一致；(5)如果存在裁量，其无裁量瑕疵<sup>[21]340</sup>。笔者建议，今后地方人大常委会对行政规范性文件进行实质性审查的同时，应审查其是否经过公众参与、内部合法性审查、专家咨询、社会风险评估等程序，是否吸收了合理的意见和评价结论；还要审查制定规范性文件的理由是否充分、预期目的是否可能实现。一般而言，制定机关如果能严格遵守这些程序，行政规范性文件被立法机关审查认定为违法或不适当的几率会大大降低。

### 三 行政规范性文件立法备案审查的程序问题

立法备案审查程序是备案审查工作规范化、制度化的体现和保障。地方人大常委会对备案审查程序规定的主要特点是：一方面，各地的条款规定差异较大，这需要统一规定，以提高审查工作效率；另一方面，有的地方人大常委会就具体审查程序立法作了有益探索，值得其他地方借鉴。

(一)明确统一的立法备案审查机构并设立工作机构

目前，地方人大常委会承担备案审查的工作机构包括四类：一是由人大常委会法制工作委员会（即法工委）专门承担，如新疆、宁夏等地；二是由人大专门委员会、常委会工作机构和办事机构共同承担，如湖南、河北等地；三是由人大专门委员会承担，如北京等地；四是由人大专门委员会、常委会工作机构共同承担，如福建等地。笔者建议，将人大常委会法工委作为专门的备案审查机构，成立具体的工作机构，可称为备案审查处（科），统一负责备案审查工作。在审查过程中就专业问题可以征求人大专门委员会和其他机构的意见。

(二)统一规定对行政规范性文件立法备案审查的完成时限

关于报送备案的时限，绝大多数地方参照立法法、监督法所规定的相同时限，即自规范性文件公布之日起30日内报备。有少数地方要求自公布之日15日内报备，如江西、安徽、云南3省。对于审查机关完成审查的时限，只有个别地方作了规定。如新疆人大常委会要求应当在30日内审查终结本级备案审查机构分送的规范性文件，湖南省人大常委会要求规范性文件应在3个月内完成审查。笔者建议，审查工作的完成时限宜规定为收到报备文件之日起60日内<sup>⑥</sup>。因为大多数行政规范性文件一经公布就开始实施，如果立法备案审查迟迟未能完成，可能导致违法的行政规范性文件

不能得到及时纠正。审查时限过长，还将影响备案审查工作的统计报告。地方人民代表大会一般于每年2月底前召开，人大常委会需向本级人大报告行政规范性文件的备案审查情况。

(三)将普遍审查与重点审查相结合并明确重点审查的范围

重点审查的行政规范性文件是指地方人大常委会对涉及改革发展稳定和人民群众切身利益、社会普遍关注的重大问题等方面的规范性文件，除了普遍的书面备案审查外，还可以通过听取专项报告、视察调研、专项评议、召开联合审查会议等方式进行审查。山西省、西藏自治区人大常委会规范性文件备案审查条例中已明确规定了重点审查制度。全国人大常委会法工委对此予以认可<sup>[22]</sup>。建议对人大重点审查的行政规范性文件的范围作出界定，并对进行重点审查可以采取的具体方式等内容作出明确规定。

(四)全面建立立法备案审查复审制度

目前，大多数地方都规定备案审查一次终结，即在审查机关作出审查结论后，制定机关应予执行。制定机关认为规范性文件无需修改或者废止的，应当自收到书面审查意见之日起30日内书面说明理由。如果审查机关认为理由不成立，制定机关应当执行审查结论。个别地方规定了备案审查复审制，如《新疆维吾尔自治区人大常委会规范性文件备案审查条例》第二十条规定：“审查要求或者审查建议提起人对审查结论有异议，再次提出书面审查要求或者审查建议的，备案审查机构可以会同有关工作机构联合审查后，于三十日内将审查结论告知审查要求或者审查建议提起人，并终结审查。”《安康市人大常委会规范性文件备案审查办法》第九条规定：“规范性文件制定机关对纠正建议有异议的，可在接到纠正建议十日内向市人大常委会提出，由常委会主任会议再次审议。”备案审查复审制度是给予制定机关一次“复议”的机会，是审查机关对审查结论的再审核，有利于提高备案审查工作质量。因此，笔者建议，在全国范围内普遍建立立法备案审查复审制度，行政规范性文件的制定机关对审查结论有异议的，均可向审查机关提出复审申请，由复审机关再次进行审查并做出结论。对行政规范性文件进行复审时，复审机关应组织未参与过前一次审查的专家及相关人员进行复审。行政规范性文件的制定机关不得对复审结论再次申请审查。

(五)建立专家咨询制度

2015年修改后的《立法法》将科学立法、民主立法

作为立法原则。该法第三十六条规定,法律草案的起草和审议应听取、征求有关专家意见。但目前大多数地方的立法备案审查制度没有明确规定专家咨询制度。行政规范性文件的立法备案审查,应当执行立法的这一规定。在备案审查工作中,遇到专业问题或审查意见有分歧时,应充分听取专家的意见和建议,并作为确定审查结论的参考。目前,一些偏远地区、民族地区的县一级人大常委会中法律、经济等专业技术人员仍严重不足,建立行政规范性文件立法备案审查专家咨询制度,显得尤为重要。

#### (六)完善立法备案审查问责机制

对行政规范性文件的立法备案审查要达到预期效果,审查质量要有保证,必须建立严密的问责机制。目前各地人大常委会在问责方式、宽严程度等方面的规定存在较大差异。如对制定机关不按规定时限和要求报送备案的处理,广西、北京等省市人大常委会规定予以通报并限期改正;湖北省人大常委会对不按要求报备的,通知限期报送,作出说明并限期改正和批评教育,责令作出书面检查并建议制定机关给予相关责任人行政处分。也有一些地方人大常委会规定依照其他法规进行处理,如安徽省人大常委会规定,对不按要求

报备的,按《安徽省各级人民代表大会常务委员会监督条例》有关规定处理。还有一些地方没有规定问责措施,如广东省。对制定机关不执行审查结论的问责方式,绝大多数地方人大常委会仅规定撤销规范性文件而没有规定进一步的处理措施。

笔者建议:(1)完善对行政规范性文件制定主体的问责制度。对于制定机关不按时限和要求报送备案的,备案审查机关应责令限期纠正;逾期未纠正的,可给予制定机关负责人通报批评或政纪处分;制定机关未按照书面审查意见在规定期限内自行修改、废止规范性文件,且没有合理理由的,备案审查机关除撤销该文件外,还可以给予制定机关负责人通报批评或要求相关部门给予其政纪处分,“必要时,人大常委会应积极行使质询监督权,以确保落实备案审查制度”<sup>[23]</sup>。(2)建立对立法备案审查机关的问责制度。目前地方立法备案审查规定中均无审查机关内部工作机构及工作人员相关责任的内容。我们认为,完整的问责机制还应明确规定审查机关所应承担的具体责任、审查机关内部工作机构应承担的具体责任及相关工作人员所应承担的责任<sup>[24]</sup>。因此,地方人大常委会对备案审查机关应承担的责任作出明确规定。

#### 注释:

- ①全国人大法工委在2015年9月召开的全国地方立法研讨会上,与会的专家、代表对需要备案审查的规范性文件的定义理解不一致,但普遍认可报备的规范性文件应当符合以下标准:国家机关制定的,规范不特定公民、法人或者其他组织的权利义务,在较长时间内反复适用并具有普遍约束力的文件。全国人大法工委认为:“这是各地在实践中摸索总结出来的,可以沿着这个路子继续探索实践。”参见:李适时《全面贯彻实施修改后的立法法》,《中国人大》2015年第21期。
- ②规范性文件不是法定概念,但学术界和社会上对“红头文件”概念的理解基本一致,即指行政机关为实施法律和执行政策,在法定权限内制定的除行政法规和规章以外的决定、命令等普遍性行为规则的总称。参见:江必新《新行政诉讼法修改条文理解与适用》,中国法制出版社2015年版,第243页。
- ③监督法第三十条:“县级以上地方各级人民代表大会常务委员会对下一级人民代表大会及其常务委员会作出的决议、决定和本级人民政府发布的决定、命令,经审查,认为有下列不适当的情形之一的,有权予以撤销:(一)超越法定权限,限制或者剥夺公民、法人和其他组织的合法权利,或者增加公民、法人和其他组织的义务的;(二)同法律、法规规定相抵触的;(三)有其他不适当的情形,应当予以撤销的。”
- ④根据《党政机关公文处理工作条例》的规定,党政机关发布的公文种类包括决议、决定、命令、公报、公告、通告、意见、通知、通报、报告、请示、批复、议案、函、纪要等15种。在实践中,除请示、报告、议案等外,其余各种公文均可成为行政规范性文件的载体。
- ⑤数据统计自江西省人大常委会《2013年规范性文件备案审查工作情况和2014年工作安排报告》(来源:江西省人大新闻网,http://www.jxrd.gov.cn/system/2014/04/25/013062958.shtml,最后访问时间:2016年11月20日)、福建省人大常委会《2014年度备案规范性文件的审查情况报告》(来源:福建人大网,http://www.fjrd.gov.cn/ct/68-93646,最后访问时间:2016年11月20日)。
- ⑥《中国共产党党内法规和规范性文件备案规定》第三条规定:“党内法规和规范性文件备案,应当做到由件必备,有备必审,有错必纠。”但这一要求,已经适用于其他规范性文件的备案审查。参见:李适时《完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系》,《求是》2017年第12期。
- ⑦国务院制定的规范性文件与地方性法规、地方政府规章之间的效力次序问题,现行法律并未明确规定,学术界的观点也不

- 一致。有的地方政府认为,国务院规范性文件的效力高于地方政府规章。如《湖南省规范性文件管理办法》第二十四条规定:“上位规范性文件与法律、法规、规章的规定不一致的,适用法律、法规、规章,但是,国务院规范性文件与规章的规定不一致的,适用国务院规范性文件;国务院规范性文件与地方性法规的规定不一致的,逐级报请国务院决定适用的依据。”
- ⑧个别地方人大常委会已将政府办公厅(室)制定的规范性文件纳入备案审查范围。如《湖南省县级以上人民代表大会常委会监督条例》第三十五条第四项规定:县级以上人民政府办公厅(室)向社会公开发布的涉及公民、法人和其他组织权利义务、具有普遍约束力的文件应报同级人大常委会备案。《江西省各级人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查条例》第四条第二项规定:“县级以上人民政府制定、发布以及授权其办公厅(室)发布的决定、命令、规定、细则、办法、意见等规范性文件”。
- ⑨《地方组织法》第十五条规定:主席团在本级人民代表大会闭会期间,每年选择若干关系本地区群众切身利益和社会普遍关注的问题,有计划地安排代表听取和讨论本级人民政府的专项工作报告,对法律、法规实施情况进行检查,开展视察、调研等活动,听取和反映代表和群众对本级人民政府工作的建议、批评和意见。
- ⑩认为不宜报送的,参见:王世贵《规范性文件备案审查的范围、内容和程序》,载《人大研究》2010年第3期;认为应当报送的,参见:郝永伟《人大规范性文件备案审查若干问题探析》,《人大研究》2011年第2期;朱景文《加强备案审查 维护法制统一》,载《中国人大》2014年第1期。
- ⑪本文所称“不适当”都是指“合法却不适当”的情形,是指狭义的不适当,以别于文中提到的某些地方人大常委会制定的立法备案审查规定中将不合法纳入到不适当之中的情形。后一种情形的“不适当”是广义的,“不合法”只是“不适当”的一种情形。
- ⑫见:“关于2015年度省人大常委会规范性文件审查工作情况的报告”,<http://www.hppc.gov.cn/2016/0407/18591.html>,最后访问时间:2017年10月30日。
- ⑬有学者认为,地方人大常委会对规范性文件的审查基准分为合法性和合理性两种。合法性审查包括以宪法、法律、法规以及本级和上级人大及其常委会的决议、决定为依据,以审查规范性文件是否与其抵触(参见:陈运生《地方人大常委会的规范审查制度研究》,中国政法大学出版社2013年版,第221页)。笔者认为,依据宪法审查是一项独立的、有最高法律效力的审查标准和审查方法,不能与合法性审查合并。
- ⑭全国人大常委会法规备案审查工作机构从2010年起对国务院报送备案的行政法规进行逐件审查研究。经审查研究,对每一件行政法规、司法解释,无论是否存在与法律不一致的问题,都提出明确的审查研究意见(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317页)。这说明,全国人大常委会在备案审查实践中只进行合法性、适当性审查,而没有以宪法作为依据进行审查。
- ⑮相关报道参见:《天津南开区教师被要求捐款 区领导已捐了32000元》,来源:<http://mt.sohu.com/20150819/n419231467.shtml>,最后访问时间:2017年1月18日;王青《自愿捐款 保证爱心不走样》,载《法制晚报》2015年8月19日第2版,[http://dzb.fawan.com/html/2015-08/19/content\\_570213.htm](http://dzb.fawan.com/html/2015-08/19/content_570213.htm),最后访问时间:2017年1月18日。
- ⑯姜明安教授认为,对行政规范性文件规定的极不合理、明显不当的问题,法院应进行附带审查(参见:《对新〈行政诉讼法〉确立的规范性文件审查制度的反思》,《人民法治》2016年第7期);有学者认为,合理性审查的一个重要方面是对行政规范性文件制定程序的审查(参见:陈军《论地方人大对地方行政规范性文件的监督》,《人大研究》2013年第12期);也有部分学者认为,合理性审查应作为规范性文件的审查标准之一(参见:温辉《政府规范性文件备案审查制度研究》,《法学杂志》2015年第1期);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》,《浙江社会科学》2010年第2期;陈淑娟《地方人大规范性文件备案审查的实践与建议》,《人大研究》2016年第11期;郝永伟《人大规范性文件备案审查若干问题探析》,《人大研究》2011年第2期)。
- ⑰英国法定条法规规定议院对委任立法的审查时限为40天;德国议会在每个联邦政府发布法规命令的授权法律中规定具体审查期限;我国台湾地区立法院职权行使法第61条规定,各委员会应在院会交付后3个月内完成审查行政命令。

## 参考文献:

- [1]李适时.完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系[J].求是,2017,(12).
- [2]关于2016年规范性文件备案审查情况的报告[EB/OL].[2017-10-30].网址:<http://www.spccs.sh.cn/n1939/n1944/n1946/n2029/ulai145666.html>.
- [3]关于2015年度规范性文件备案审查的报告[EB/OL].[2017-10-30].网址:<http://www.ccpc.cq.cn/home/index/more/id/205865.html>.
- [4]关于2015年度杭州市人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查情况的报告[EB/OL].[2017-10-30].网址:<http://z>

hangzhou.com.cn/2016/rdcwh35th/content/2016-01/12/content\_6041719.htm.

- [5]周松玉.地方人大规范性文件备案审查的现实困境与制度完善[J].人大研究,2016,(9).
- [6]蔡小雪.国务院下属部门规范性文件的法律效力判断与适用[J].人民司法,2008,(4).
- [7]金伟峰.论国务院规范性文件与省级地方性法规冲突的处理[J].法治论丛,2008,(6).
- [8]李春燕.论规范性文件备案审查的范围[J].人大研究,2010,(11).
- [9]陈军.论地方人大对地方规范性文件的监督[J].人大研究,2013,(12).
- [10]郑淑娜.规范性文件备案审查的几个主要问题[N].公民报,2016-06-05.
- [11]王世贵.规范性文件备案审查的范围、内容和程序[J].人大研究,2010,(3).
- [12]全国人大常委会法制工作委员会.中华人民共和国立法法释义[M].北京:法律出版社,2015.
- [13]蔡定剑.宪法精解[M].北京:法律出版社,2004.
- [14]江必新.新行政诉讼法修改条文理解与适用[M].北京:中国法制出版社,2015.
- [15]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[M].北京:中国民主法制出版社,2011.
- [16]乔晓阳.《中华人民共和国立法法》导读与释义[M].北京:中国民主法制出版社,2015.
- [17]姜明安.法规审查与法规评价研究[M].北京:北京大学出版社,2014.
- [18]全国人大常委会法制工作委员会.中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法释义[M].北京:法律出版社,2008.
- [19]王名扬.美国行政法(上)[M].北京:北京大学出版社,2016.
- [20]王名扬.英国行政法、比较行政法[M].北京:北京大学出版社,2016.
- [21][德]哈特穆特·毛雷尔.行政法学总论[M].高家伟,译.北京:法律出版社,2000.
- [22]李适时.进一步加强和改进地方立法工作[J].中国人大,2016,(9).
- [23]郭清梅.改进区级人大常委会规范性文件备案审查工作研究[J].人大研究,2015,(7).
- [24]戴激涛.试论规范性文件主动审查机制的完善——从立法法的修改说起[J].人大研究,2015,(10).

## On Legislative Record Review of Administrative Normative Documents

XIE Wei-yan, DUAN Hong-bin

(Law School, Sichuan University, Chengdu, Sichuan 610207, China)

**Abstract:** During the legislative record review, administrative record review and court incidental review of administrative normative documents, legislative record review, as a frequently applied review method, is the most important one and is of great significance to promote the strategy of ruling by law in all aspects. However, it is far from being realized that all administrative normative documents are included in the scope of the legislative record review currently, and the effect of the legislative record review has not been fully reflected. In order to bring all the administrative normative documents into the scope of the legislative record review, it is necessary to further clarify the theoretical basis of the legislative record review of the administrative normative documents, determine the scope of administrative normative documents through the legislative record review, clarify the norm basis and standard of the record review, improve the procedural rules of the record review, and strengthen the accountability mechanism of the record review.

**Key words:** administrative normative documents; legislative record review; constitutional supervision

[责任编辑:苏雪梅]