

规范性文件备案审查制度的“合法性”研究

莫纪宏

(中国社会科学院法学研究所,北京 100732)

[摘要] 《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》第5章所规定的“规范性文件的备案审查”6个条文所规定的各项制度存在法理缺陷,由于“双重备案”与“下级向上级备案”采取的是简单的“行政层次式”监督模式,没有考虑到立法统一性和权威性的特点,实践的效果必然是丧失了备案制度应当有的制度功能。监督法对最高人民法院和最高人民检察院的司法解释提请备案审查的程序过于宽松,必须要设定提请备案审查的具体条件,进一步提高立法监督工作的实效。要强化规范性文件的备案审查,提高立法监督的质量,归根结底要关注规范性文件备案审查制度的“合法性”,要通过建立完善的法律法规统一解释制度来解决法律法规、规范性文件之间的法律冲突和不同的立法主体之间的立法权限的冲突。

[关键词] 规范性文件; 备案审查; 立法监督; 宪法; 立法法; 监督法; 合法性

[中图分类号] D 922.16 [文献标志码] A [文章编号] 1672-4917(2012)03-0104-05

一、目前我国规范性文件备案审查“合法性”方面存在的制度缺陷

对规范性文件进行“备案审查”,是我国现行立法法、监督法所建立的重要立法监督制度,其制度设计的宗旨在于通过对规范性文件的备案审查来解决法律规范自身的统一性问题。^①在立法监督的实践中,备案审查制度起到了一定的作用。但是,由于备案审查在制度设计上存在若干重大缺陷,致使这种制度在运行过程中产生了不少阻力,投入产出的“效益”不太高,特别是在立法价值方面,由于备案审查的基本法律性质不是非常清晰,使得备案审查制度在“合法性”方面存在比较严重的缺陷。以监督法对规范性文件备案审查制度的设计为例,该法第五章专门规定“规范性文件的备案审查”,共有6个条文,其中,每个条文所设计的规范性文件备案审查制度在法理上都存在重大的缺陷。

(一) 监督法第28条的缺陷

监督法第28条规定:行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章的备案、审查和撤销,依照立法法的有关规定办理。根据监督法上述规定,涉及行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章的备案审查,根据立法法的规定处理,据此可以推断,对行政法规、地方性法规、自治条例和单行

条例、规章进行备案审查的法律依据具有专门性。以备案为例,立法法的相关规定是第89条。该条规定:行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章应当在公布后的30日内依照下列规定报有关机关备案:

(1) 行政法规报全国人民代表大会常务委员会备案;(2) 省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规,报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案;较大的市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规,由省、自治区的人民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案;(3) 自治州、自治县制定的自治条例和单行条例,由省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案;(4) 部门规章和地方政府规章报国务院备案;地方政府规章应当同时报本级人民代表大会常务委员会备案;较大的市的人民政府制定的规章应当同时报省、自治区的人民代表大会常务委员会和人民政府备案;(5) 根据授权制定的法规应当报授权决定规定的机关备案。

立法法第89条所规定的备案制度,其基本特点是“双重备案”“下级向上级备案”。所谓“双重备案”即地方国家权力机关制定的地方性法规,既要

[收稿日期] 2012-01-26

[作者简介] 莫纪宏,男,江苏靖江人,中国社会科学院法学研究所研究员,博士生导师。

^① 有专家撰文指出:规范性文件备案审查包括“备案”与“审查”两个工作环节。其中,备案是前提,审查是手段,维护国家法制统一、维护公众合法权益、维护地方和谐稳定是目的。参见文献[1]。

向全国人大常委会备案,又要向国务院备案。“下级向上级备案”指下级国家机关制定的规范性文件向上级国家机关备案,例如,部门规章和地方政府规章报国务院备案。这种备案制度表面上看是强调了上级国家机关在立法监督中的作用,但是由于“双重备案”与“下级向上级备案”采取的是简单的“行政层次式”监督模式,没有考虑到立法统一性和权威性的特点,所以,实践的效果必然是丧失了备案制度应当有的制度功能。例如,立法法第89条规定省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规,报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案,从立法监督的合法性来看,应当认定需要备案的地方性法规,存在着两类合法性来源,一类是依据全国人大及常委会制定的法律制定的地方性法规,另一类是依据国务院行政法规制定的地方性法规。问题的关键是立法法并没有做出这种细致的分类,第89条字面的含义包含了下列可能,即省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会依据全国人大及常委会制定的法律所制定的地方性法规,需要同时报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案;与此同时,省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会依据行政法规制定的地方性法规,也需要报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。上述制度设计最大的缺陷就在于,在法理上如何解释省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会依据全国人大及常委会制定的法律所制定的地方性法规为什么要报国务院备案,以及省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会依据行政法规制定的地方性法规为何要报全国人大常委会备案。这显然是解释不通的,而实践中要让备案文件报送单位在备案之前首先区分一下备案文件各自的法律依据也是不现实的。正因为如此,导致了备案的合法性依据欠缺,备案的制度功能只能限于层次管理,无法通过备案来审查备案文件是否具有明确的法律依据。^①从法理上看,只有立法法第89条第5项规定的备案程序具有较清晰的合法性,该条款规定“根据授权制定的法规应当报授权决定规定的机关备案”,很明显,授权机关有权通过备案程序来审查被授权的机关是否依据授权机关的授权要求来制定相关的法规,这种备案监督的制度功能在

于保障授权的“有效实施”。

(二) 监督法第29条、第30条的缺陷

监督法第29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。第30条规定: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:

- (1) 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;
- (2) 同法律、法规规定相抵触的;
- (3) 有其他不适当的情形,应当予以撤销的。

上述规定实际上赋予了省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会有权决定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、命令的程序。但是该规定与现行宪法第89条第14项的规定有明显的冲突。宪法第89条第14项规定:国务院有权“改变或者撤销地方各级国家行政机关的不适当的决定和命令”。上述条款并没有说明国务院可以改变或撤销哪一个层次的地方国家行政机关的不适当的决定和命令,而是笼统地规定可以“改变或者撤销地方各级国家行政机关的不适当的决定和命令”。这就意味着凡是地方国家行政机关制定的不适当的决定和命令,国务院都可以审查和撤销,这是宪法赋予国务院的一项专有的立法监督职权。很明显,监督法第29条和第30条的规定缺少宪法依据,只是简单地列出“立法法”的法律依据,而立法法并没有如此规定。这就使得在监督“地方国家行政机关制定的不适当的决定和命令”上的基本立法监督权到底是属于国务院还是省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会,在制度设计上产生了权限交叉和重叠,在实践中也必然会导致“双重监督”体制的出现。

^① 规范性文件备案审查的“合法性”离不开规范性文件制定的法律依据。目前,我国不同层次和形式的规范性文件所制定的法律依据非常复杂,导致了从法理上来看,同一机关制定的规范性文件来自于不同的法律依据,而从立法权限上来看,这种随意依据上位法不加限制的立法方式是不具有合法性的。这种“泛依据”的立法模式导致了立法监督没有具有“合法性”。以经2011年6月2日民政部部务会议通过,2011年6月10日中华人民共和国民政部令第42号公布的《民政部规范性文件制定与审查办法》为例,该办法第4条规定:制定规范性文件,应当符合法律、行政法规、规章以及国务院决定、命令的规定,应当坚持公开、效能和权责统一原则。上述规定导致了规范性文件的制定依据多元化,故要对规范性文件进行监督也很难具有针对性和“合法性”。

(三) 监督法第31条、第32条和第33条的缺陷

监督法第31条规定:最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释,应当自公布之日起30日内报全国人民代表大会常务委员会备案。第32条规定:国务院、中央军事委员会和省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为最高人民法院、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的^①,最高人民法院、最高人民检察院之间认为对方作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求,由常务委员会工作机构送有关专门委员会进行审查、提出意见。前款规定以外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为最高人民法院、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的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议,由常务委员会工作机构进行研究,必要时,送有关专门委员会进行审查、提出意见。第33条又规定: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,由委员长会议决定提请常务委员会审议。

监督法上述三个条文的规定目的是建立对最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释的“备案审查”制度,但是,上述条文最大的制度缺陷在于没有明确提请对最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释的“备案审查”的条件。虽然第32条规定国务院、中央军事委员会和省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会,甚至其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民都可以提出审查要求或审查建议,但没有

说明这些提请审查的主体在何种情况下可以提请审查。这在法理上就产生了一个对最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释提请审查的随意性。特别是如何发现“同法律规定相抵触”的,通过什么程序来确定“同法律规定相抵触”的,都是言语不详,导致实践中出现两种极端化倾向:一是国务院、中央军事委员会和省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会作为提请审查的主体不知何时以何种理由提请审查是合适的,故实践很难提出审查要求;二是其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民提出审查的建议没有条件限制,出现了一些随意提请审查的行为。两个方面问题的出现,都与监督法的上述条文制度设计欠缺严谨性有关。

二、解决规范性文件备案审查制度“合法性”的理论对策

鉴于立法法、监督法在“规范性文件的备案审查”制度设计方面存在的缺陷,作者认为,要保证备案审查制度在实践中真正能够发挥自身应有的立法监督作用,同时也能够强化立法监督主体的监督责任心,提高备案审查工作的实效,针对监督法第五章所设计的“规范性文件的备案审查”,应当在制度上做以下调整。

(一) 要将目前的立法监督的“层级化”转变为“规范化”

目前我国的立法法、监督法所设计的立法监督制度,基本上是根据行政层次来设计的,只要是下级国家机关,都有义务向上级机关提请规范性文件的备案审查,而不问备案机关与被审查机关各自的国家机构性质。监督法第28条设计的规范性文件备案审查制度,实际上是基于中央与地方的关系采取的“一案两备”,至于说送交备案的规范性文件与备案机关自身制定的法律文件有何直接的联系,是否会影响备案机关自身的立法权威则没有认真考虑,这样做的结果使得监督法第28条设计的备案审查制度,将应备案的规范性文件的“合法性”问题

^① 所谓的“相抵触”或“不相抵触”的立法原则,截至目前为止,全国人大常委会并没有给予统一的解释和说明。学术界提出的观点五花八门,但大多解释得似是而非。例如,有观点认为“不相抵触究竟是什么,如何掌握,善于运用,大有文章。抵触一词,在古汉语中意指冒突、顶撞。它的实质是要求合乎国家法律的基本精神,朝着发展社会主义民主、健全社会主义法制的方向发展,地方立法顺着这个精神和方向去补充、增添、延伸、完善,尽管不一致,甚至有了新规定,国家法律都是允许的,能容纳的,从根本上讲就不存在抵触的问题。按照社会主义法制原则,如果发生抵触,那就应依法撤销,否则,就意味着没有相抵触。”参见文献[2]。

又上交到全国人大常委会和国务院这两个备案机关,至于这两个备案机关是否会对备案文件采取一致性的态度则不得而知,故此种备案审查制度的设计缺少效率,只是简单地将矛盾上交,没有从制度上有效解决备案的规范性文件的合法性问题。从法理上来看,应当明确备案机关与备案文件的法律联系,也就是说,全国人大常委会只应当对依据全国人大及常委会制定的法律所制定的地方性法规实行“备案审查”,对于依据国务院制定的行政法规制定的地方性法规无权也没有必要备案,因为这涉及国务院的宪法职权。反之道理也是一样的。国务院无权要求地方人大提交依据法律制定的地方性法规,否则在法理上就构成了对全国人大及其常委会的立法权及立法监督权的侵犯^①。

(二) 要解决“双重领导”与立法监督制度的矛盾设计

监督法第29条和第30条涉及的国务院与省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会在立法监督职权上的矛盾,问题点在于如何理解我国现行人民代表大会制度下各个不同的国家机关的性质。国务院是国家最高行政机关,主要宪法职能是实施法律,而不是制定法律或者是监督法律,虽然国务院可以依据宪法和法律制定行政法规,但立法监督不应当是国务院作为国家行政机关的主要任务。国务院作为最高国家行政机关对下级国家行政机关的领导应当体现在具体事务的领导上面,而不应当事无粗细。故下级国家行政机关制定的规范性文件的备案审查监督在法理上应当由同级人大常委会进行。因为现行宪法确立的人民代表大会制度的本质特征就是人大对“一府两院”具有一般法律监督权。故可以保留监督法第29条和第30条的设计,但是需要对现行宪法第89条第14项的规定做相应的修改。

(三) 要建立“统一解释”制度来解决司法解释可能违法的问题

监督法第31条、32条和33条的立法目的是要

解决对最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释的“备案审查”问题,但是,在法理上没有认真考虑提请备案审查主体的合法性。从法理上来看,最高人民法院、最高人民检察院都是依据宪法产生的国家机构,都有实施宪法和法律的职权职责,如果作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释可能出现违反法律的情形,必须具有非常充足的“法律依据”和必要的“法律上的利益”,才有必要启动对两院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释的备案审查机制。对于国务院、中央军事委员会和省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会来说,如果两院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释不涉及自身所发布的规范性文件的效力,也就是说,如果没有“规范冲突”或“权限争议”,就没有必要提请对两院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释的备案审查。对于普通公民来说,如果两院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释没有具体影响到其某项法律权益时,在制度上也没有必要启动对两院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释的审查建议机制,否则就会导致权利滥用和干扰两院正常工作秩序和司法权威的问题。

我国现行宪法、立法法和监督法的规定存在较大的缺陷,但是,从立法史考察,这个问题还是比较清晰的。早在1949年建国之前的司法院大法官会议对《中华民国宪法》(1946年)所作出的第二号宪法解释中就已经非常清晰地表达了立法事权冲突纠纷可以基于立法职权机制来解决,这种解决最大的特点就是“立法监督”。1949年1月6日(中华民国三十八年一月六日)释宪第二号解释(宪法第78条)^②声称:宪法第七十八条规定司法院解释宪法并有统一解释法律及命令之权。其于宪法则曰解释,其于法律及命令则曰统一解释,两者意义显有不同。宪法第一百七十三条规定宪法之解释由司法院为之,故中央或地方机关关于其职权上适用宪法发生疑

^① 行政权对立法权的侵犯问题,在我国现行的立法体制下被行政立法权的概念所掩盖。北京大学王磊曾在其博士学位论文里指出了这个问题,他认为:以前的研究主要是对立法体制和制度的研究,忽视了对立法权这一立法学核心问题的研究。王磊的论文弥补了传统立法学在研究立法权问题上的不足和缺陷。这一不足和缺陷主要体现在:一是没有把握立法权的本质和核心,如果立法权作为专门代表民意的权力这一本质得到充分实现,那么,立法质量肯定会有大的提高,执法也会因为立法时的高质量的民意基础而变得容易。所以,从这个意义上讲,要想解决执法难,不能仅关注行政权和司法权的运作,还要关注立法权的运作;二是没有充分注意立法权与行政权、司法权在权力性质上的区别,而是将立法权误解为可以被分割的,并为性质不同的行政机关、司法机关所分享。参见文献[3]。

^② 该宪法解释目前在台湾地区仍然有效。

义时,即得声请司法机关解释,法律及命令与宪法有无抵触发生疑义时亦同。至适用法律及命令发生其他疑义时,则有适用职权之中央或地方机关,皆应自行研究以确定其意义而为适用,殊无许其声请司法机关解释之理由。惟此项机关适用法律或命令时,所持见解与本机关或他机关适用同一法律或命令时,所已表示之见解有异者,苟非该机关依法应受本机关或他机关见解之拘束或得变更其见解,则对同一法律或命令之解释,必将发生歧异之结果,于是乃有统一解释之必要。故限于有此种情形时,始得声请统一解释。本件行政院转请解释,未据原请机关说明,所持见解与本机关或他机关适用同一法律时所已表示之见解有异,应不予解释。据上解释,如果两个国家机关发生立法事项划分或职权上的冲突和争议,可以通过立法监督途径,由有权监督机关作出“统一解释”即可以解决。就国务院、中央军事委员会和省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会对最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释是否“同法律相冲突”提请

审查的程序设计,应当以立法职权或其它法律职权相冲突为条件,就两个相互冲突的立法事项提请全国人大常委会进行审查监督,更加具有效率,更符合规范性文件备案审查的制度目标。对于普通公民来说,应当通过具体的案件或者具体的可能影响其合法权益的事项处理机制来延伸出对最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释的审查机制。

总之,现行的立法法、监督法所设计的规范性文件的备案审查制度的“行政色彩”很浓,只是注重了备案机关的“行政层次”,而忽视了备案的规范性文件与备案机关之间的法律上的有机联系,没有注重将立法监督中的“权威”与“效率”有机结合在一起,导致了立法监督工作与政府行政管理工作一样,要么是“多头管理”,要么是“管理缺位”。解决这个问题根本要点在于从法理上重新梳理我国立法监督制度的基础理论,要以树立宪法作为根本法的法律权威为前提,特别是最终应当建立有效的违宪违法审查制度。

[参考文献]

- [1] 谢怡《规范性文件审查应当坚持“三为主”原则》, http://www.esrd.gov.cn/eHtml/GongzuoYanjiu/esrd_11718103937HBA.shtml, [2012-04-05]。
- [2] 沈关成《对地方立法权的再认识》,《中国法学》1996年第1期。
- [3] 王磊《论我国立法权的本质及其与行政权等的区别》,博士学位论文, <http://fulltext.lib.pku.edu.cn/was40/detail?record=22127&channelid=22949>, [2012-04-06]。

The Legality of the Filing and Examination System of Regulatory Documents

MO Ji-hong

(Law Institute of Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100732, China)

Abstract: The 6 clauses formulating the various systems in the review of the record of regulatory documents in the fifth chapter of the “Supervision Law of the Standing Committee of People’s Congress at All Levels of the People’s Republic of China” have legal defects. The Regulatory Documents’ Filing and Examination System formulated by the supervision law apparently emphasizes the functions of state organs at higher levels in legislative oversight. However, because the practice of doubling the record and subordinating to the higher authorities for the record is using simple chief hierarchical supervision mode, it doesn’t consider the oneness and the authority of legislation, and its effects will inevitably lose the proper institutional functions. The Supervision Law and The Constitution contradict with the legislative oversight system on the improper decisions and orders made by local state administrative organs. Since the system of judicial interpretation and submitting to record review is too loose with the supervision law presented to the supreme people’s court and the Supreme People’s Procuratorate, a specific condition of the Filing and Examination System must be set up so as to further improve the actual effect of legislative oversight. We should strengthen the Regulatory Documents’ Filing and Examination, and improve the quality of legislative oversight. Finally, this analysis also concerns about the legality of regulatory documents’ filing and examination system, and establishes a system of laws and regulations with a unified interpretation of laws and regulations to solve the conflict between the regulatory documents and legislative subject.

Key words: regulatory documents; filing and examination; legislative oversight; constitution; legislation law; supervision law; legality

(Trs. Ji Zhengyang, Xing Sa)
(责任编辑 张阳)