

我国规范性法律文件的备案审查制度

On the Institution of Record and Review of Normative Legal Documents

马 岭

MA Ling

【摘 要】 我国规范性法律文件的备案有狭义（主要指形式要件的审查）和广义（还包括实质要件的审查）之分，实质性审查又可分为合法性审查与合理性审查。备案方在审查后有建议对方修改权（《立法法》第91条首创的柔性纠错机制）、直接修改权和撤销权。后二者在宪法上表现为“改变或者撤销权”及“撤销权”：撤销权适用于同级人大和政府间、人大内部的上下级之间以及自治关系、授权关系之间；改变或者撤销权适用于人大及其常委会之间、政府的上下级之间。各法律对地方人大及其常委会的这些权力在主体、对象、范围及行使的理由上，规定不尽相同。在我国，备案不影响文件生效，备案后的审查主要是被动审查，但备案方也有权主动进行审查。

【关键词】 宪法和法律 规范性法律文件 备案 审查 人大及其常委会

【中图分类号】 DF2 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2016)03-0034-12

Abstracts: The Review of normative legal document could be either a review in narrow sense, which refers to a review of formal requirements or that in broad sense, which refers to a review of substantive requirements. A substantive review refers either to a review of legality or that of reasonability. A record organ might make a suggestion of amending to the document-making organ in accordance with the soft correction mechanism originally established by the Law on legislation, or amend or repel a document after a review is carried out and it consider appropriate to do so. The latter two circumstances are to be regulated with the empowerment to amend or repel. The power to repel might be resorted to in dealing with the relationship between a people's congress and its relevant government at the same level, that between a people's congress and its inferior congress, or in context of autonomy or authorization, while that to amend or repel might be resorted to in dealing with the relationship between a people's congress and its standing committee, that between a government and its inferior government. The laws concerned vary a lot in case of subject, object, scope and application the above-mentioned powers of local people's congress and its standing committee. Record does not affect the validity of a concerned document. A review carries out after a record was made is always a passive one though a record organ is entitle to carry out an ex officio review.

Key words: Constitution and laws Normative legal document Record Review People's Congress and its Standing Committee

【收稿日期】 2016-02-22

【作者简介】 马岭，女，1960年7月生，中国青年政治学院法律系教授，研究方向为宪法学。

本文受中国青年政治学院学术领军人才科研支持计划资助。

一、关于“备案”

关于我国规范性法律文件备案的含义，学术界有观点认为，“备案就是存档，就是将已经生效或者已经公布的法规上报法定的机关，使其知晓”；另一种观点则认为，“备案与审查是一项制度，对于报送备案的法规，备案机关必须进行审查”^[1]。笔者将前者视为狭义的备案，它强调备案是一种行为——备案就是存档，备案不包括审查；将后者视为广义的备案，即认为备案作为一种制度包括对文件内容的审查。

（一）狭义的备案

从备案的本意上看，备案即“向主管机关报告事由存案以备查考。”^[2]其中“以备查考”是强调备案的目的，但目的不能等同于行为，备案是一种行为，审查是另一种行为，备案与审查有紧密联系，但它们是两种不同性质的行为，备案是备案，审查是审查。“备案属于知情权，是人大及其常委会了解报送机关有关立法情况的方式，它可以独立完成。审查属于审议权，它必须在行使知情权的基础上进行。”^[3]因此“备案”的意思应该是对备案的文件当下不审查，只是为以后可能进行的审查做准备，从这个意义上看备案应是一种登记，一种接受，接受时不审查。“备案就是查备，即备份在案，以便审查。……是否进行审查，要不要向报送机关提出审查意见，由备案机关根据情况决定。一般是以不告不理为原则，即只有在有人提出某项法规、规章不符合宪法和有关法律规定的前提下，为了弄清告诉是否事实，才对

某项法规、规章进行审查。”^[4]备案本身作为一种法律行为可以独自构成一个法律关系，对需要报备案的一方来说，报备案是一种义务，不报则违反法律程序；对接受备案的一方来说，接受备案是一种义务，不能说可以接受备案，也可以不接受备案，法律规定了备案就必须备案——一方必须报备案，另一方必须接受备案。^①

从我国目前的有关规定来看，2000年3月全国人大通过的《立法法》第89条对备案做了专门规定^②，该条主要规定了五种报备机关及其备案机关，并未提及审查，在该条之前的第87、88条规定了“改变或者撤销”权（这一权力中显然包含了审查）。在条文的顺序上，将“改变或者撤销”放在前面，“备案”放在后面，这似乎表明它们之间并没有一种逻辑上的先后关系。2000年10月委员长会议颁布的《行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区法规备案审查工作程序》（以下简称《备案审查工作程序》）第5条规定“报送备案的法规由全国人大常委会办公厅秘书局负责接收、登记、存档”，说明“备案”主要就是“接收、登记、存档”，第6条规定“每年1月底前，各报送机关应将其上一年度制定的法规的目录报全国人大常委会办公厅备查”。“备查”也是“以备审查”的意思，即为审查做准备，但当下并不审查。2001年12月国务院发布了《法规规章备案条例》，其中第6条第3款规定：“报送规章备案，应当提交备案报告、规章文本和说明，并按照规定的格式装订成册，一式十份”，也说明备案的内容主要就是“提交备案报告、规章文本

① 国务院的《法规规章备案条例》第20条规定了不按照要求报送规范性文件备案的责任：“对于不报送规章备案的或不按时报送规章备案的，由国务院法制机构通知制定机关限期报送；逾期仍不报送的，给予通报，并责令限期改正。”但在实践中无论是限期报送还是通报或是责令限期改正的决定都缺乏应有的法律强制力和约束力，制定机关的备案责任意识和自觉意识都有待加强，“即使不备案，法规、规章的效力并不受任何影响，使制定机关认为备与不备一个样，备案只是走走形式而已，没有太大的意义和实际价值。”^[5]

② 即：“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三十日内依照下列规定报有关机关备案：（一）行政法规报全国人民代表大会常务委员会备案。（二）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。（三）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。（四）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。（五）根据授权制定的法规应当报授权决定规定的机关备案。”

和说明”等，并不包括审查文件的内容。^①

（二）狭义备案主要指形式要件的审查

国务院发布的《法规规章备案条例》第7条涉及形式要件的审查，该条规定了“暂缓办理备案登记”、“补充报送备案”、“重新报送备案”等几种情况，如不符合该条例第2条规定的，不予备案登记；^②符合第2条规定但不符合第6条第2款、^③第3款规定的，^④暂缓办理备案登记。“暂缓办理备案登记的，由国务院法制机构通知制定机关补充报送备案或者重新报送备案；补充或者重新报送备案符合规定的，予以备案登记。”这些规定一方面说明上述形式要件是狭义备案时需要具备的，备案包括对这些形式要件的审查，另一方面也说明狭义备案行为仅仅包括形式要件的审查，而不包括实质要件的审查。

由于形式要件是规范性文件的硬件，也是相

对简单、清楚的条件，因此，报备机关在形式要件上出差错是很不应该的，^⑤即使有差错，备案机关的纠正也是完全以法律的明确规定为依据的，其中自由裁量权很小，因此对形式要件的审查一般不具有明显的权力特征，而更像是一种程序（虽然很多程序都包含权力，但不是所有程序都是权力）。正因为如此，狭义备案说在强调备案就是登记存档、不包括审查时，实际上排除的是实质要件的审查，而认为形式要件的审查是备案中的应有之义。

（三）广义备案包括实质要件的审查

2000年委员长会议颁布的《备案审查工作程序》，首次在文件名称上明确将“备案”与“审查”连在一起，^⑥2006年全国人大常委会通过的《监督法》对此予以了确认——该法第五章为“规

① 国务院的《法规规章备案条例》在名称上为何用的是“备案”而非前一年委员长会议颁布的《备案审查工作程序》中的“备案审查”，这是否意味着报送国务院的文件只备案不审查？从其内容来看并非如此，如第10条规定了实质性审查：“国务院法制机构对报送国务院备案的法规、规章，就下列事项进行审查：（一）是否超越权限；（二）下位法是否违反上位法的规定；（三）地方性法规与部门规章之间或者不同规章之间对同一事项的规定不一致，是否应当改变或者撤销一方的或者双方的规定；（四）规章的规定是否适当；（五）是否违背法定程序。”在此，国务院对省级人大及其常委会的地方性法规不仅有备案权，而且有实质性的审查权，这似乎缺乏宪法和立法法的依据。当然，关于审查后的处理，国务院并没有完整的裁决权，《法规规章备案条例》第12条规定：“经审查，地方性法规同行政法规相抵触的，由国务院提请全国人民代表大会常务委员会处理。”第13条规定：“地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致的，由国务院法制机构提出处理意见，报国务院依照立法法第八十六条第一款第（二）项的规定处理。”

② 第2条规定了何为法规，何为规章，“本条例所称法规，是指省、自治区、直辖市和较大的市的人民代表大会及其常务委员会依照法定职权和程序制定的地方性法规，经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会依照法定职权和程序制定的经济特区法规，以及自治州、自治县的人民代表大会依照法定职权和程序制定的自治条例和单行条例。”“本条例所称规章，包括部门规章和地方政府规章。部门规章，是指国务院各部、各委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构（以下简称国务院部门）根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的职权范围内依照《规章制定程序条例》制定的规章。地方政府规章，是指省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规，依照《规章制定程序条例》制定的规章。”

③ 第6条第2款为：“报送法规备案，按照全国人民代表大会常务委员会关于法规备案的有关规定执行”，“有关规定”应是指，2000年的《备案审查工作程序》（但该文件由委员长会议制定，并不能视为人大常委会的文件），其中第3条规定：“行政法规由国务院办公厅负责报送；地方性法规，自治州、自治县制定的自治条例和单行条例，由各省、自治区、直辖市人大常委会办公厅负责报送；经济特区根据授权制定的法规由制定机关办公厅（室）负责报送。”第4条规定：“法规备案内容包括：备案报告，国务院令或者公告，有关修改、废止或者批准的决定，法规文本、说明及审议结果报告等有关文件，装订成册，一式十份。”

④ 第6条第3款即“报送规章备案，应当提交备案报告、规章文本和说明，并按照规定格式装订成册，一式十份。”

⑤ 在实际的备案工作中，较为常见的差错是：“有的地方立法机关将其通过的关于某项人事任免的决定当作地方性法规报全国人大常委会或有关的备案机关备案，有的还将其通过的关于地方政府工作报告的决定或者是关于召开某个会议的决定当作地方性法规报全国人大常委会或有关的备案机关备案，这些做法都是不规范的。”^{[3](P176)}

⑥ 关于委员长会议的性质，根据宪法第68条第2款规定，是处理全国人大常委会重要“日常工作”的机构，因此其发布文件的法律效力是令人怀疑的。

范性文件的备案审查”，其中第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。”对“备案、审查和撤销”做出了逻辑上的先后排列，^①三者均属于人大及其常委会监督权的范畴。其中主要包括两组关系：一是“备案和审查”之间的关系，二是“审查与撤销”之间的关系。备案的目的是为了审查，“是为了加强对立法的监督管理，以便于备案机关在必要时进行审查，消除法规之间的冲突；备案还是为了备案机关全面了解地方和部门的立法情况和执法情况；同时还有利于加强对下级立法工作的指导”^[6]。“备案应当与审查相联系，没有审查的备案往往使立法监督流于形式。”^[7]一个制度往往由多种行为构成，备案和审查是备案制度中最重要的两个环节，将“备案”与“审查”连在一起，强调的是二者关系密切，难以分割。同时审查又是备案与撤销之间的纽带，备案并不直接和撤销发生联系，而是一定要通过审查这个中间环节，“撤销”是审查的可能结果，有撤销权的地方就应当有审查权，审查是撤销的前提，没有审查就撤销是不可思议的，但审查并不必然（只是可能）带来撤销的后果。当然，如果审查从来不导致撤销也令人不免对审查的功能发生怀疑。

二、关于“审查”

（一）审查之意

按字典解释，“审查”即“检查核对是否正确、妥当”^{[2](P1125)}，对规范性文件的审查就是对这些文件的检查核对。而检查要有依据，核对应有标准，是否正确、妥当需要有规范性的统一要求。由于备案已经内含了形式要件的审查，因此此处的审查应是专指对规范性文件的实质性审查，它

显然已经是一种权力而不仅仅是一种程序，是对上报文件内容的全面检查核对。

实质性审查有合法性审查与合理性审查之分。如我国《立法法》第87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八十八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。”这些改变或者撤销的规定显然都以审查为前提，其中第四项是合理性审查，其余皆为合法性审查。《立法法》第63条第2款还专门规定了对市级地方性法规的批准权以合法性审查为前提：“省、自治区的人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规，应当对其合法性进行审查，同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的，应当在四个月内予以批准。”^②《监督法》第30条规定了对有关决议、决定、命令的三条审查标准，即是否（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；（二）同法律、法规规定相抵触；（三）有其他不适当的情形。笔者认为，其中前两项属于合法性审查，后一项属于合理性审查。但《监督法》第30条的用语是“认为有下列不适当的情形之一的，有权予以撤销”，即认为三项都属于“不适当”，这样一来第（三）项“其他不适当的情形”就成为“兜底性条款”，“是指除了前述规定的两种撤销情形以外的其他应当予以撤销的情形。”^[9]笔者认为，第（一）、（二）项是明显的合法性问题，第（三）项应是对前两项的转换（由合法性审查到合理性审查）。将三者都划归为“不适当”或许说明立法

① 虽然全国人大常委会制定的《监督法》在法律位阶上低于人大制定的《立法法》，但在《立法法》对备案与审查关系规定不甚清楚的情况下，对《监督法》的这种明确规定是应当予以尊重的，可以将其看作对《立法法》关于备案与审查关系的补充和发展。

② “省级人大常委会审议批准较大的市报请批准的地方性法规，原则上应当只对其合法性进行审查，只要其不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区地方性法规相抵触，就应当予以批准。对较大的市通过的地方性法规是否符合该市具体情况和实际需要以及立法形式、立法技术等是否适当，原则上应当尊重较大的市的规定和选择。对这些问题的不同意见，尽量争取由省级人大常委会专门机构在较大的市正式通过法规之前解决，在法规通过后报请批准时，省级人大常委会则不必逐条逐句逐字地审议，不必事无巨细地‘详审细报’。”^[8]

者采用的是广义的合理性审查概念（即合理性审查包括合法性审查，不合法是不合理的一种），也不排除立法者疏漏的可能（否定合法性审查与合理性审查的区别）。^①

（二）审查后的“建议修改权”

审查总是应当有一个结果，包括认可或不认可。按我国目前的有关制度，不认可时备案方有建议对方修改权、直接修改权和撤销权。其中“直接修改权”和“撤销权”在宪法上有明确规定（“直接修改权”表现为“改变权”），如宪法第62条第（十一）项规定，全国人大有权“改变或者撤销”全国人大常委会不适当的决定；第67条第（七）项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；第67条第（八）项规定全国人大常委会有权“撤销”省、自治区、直辖市国家权力机关制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规和决议等等。《立法法》第88条也详细规定了“撤销权”和“改变或者撤销权”的主体、对象及范围。但“建议对方修改权”在宪法中没有规定，《立法法》第88条也未涉及，它最初表现为《立法法》第91条第1款的“提出意见权”：“全国人民代表大会专门委员会在审查中认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的，可以向制定机关提出书面审查意见；也可以由法律委员会与有关的专门委员会召开联合审查会议，要求制定机关到会说明情况，再向制定机关提出书面审查意见。制定机关应当在两个月内研究提出是否修改的意见，并向全国人民代表大会法律委员会和有关的专门委员会反馈。”这种“对外”向制定机关的“提出意见权”不同于“对内”向委员长会议提出的“提出撤销议案权”，^②是《立法法》第91条首创的一种柔性纠错

机制。

“提出意见权”的主体是人大的专门委员会。专门委员会在性质上应是议会的“内部机构”，各国议会中的专门委员会一般都只能听取汇报、了解情况、调查研究，或限于审议有关议案并在议会内部提出报告，即使有对外的职能也只限于要求被调查方提供材料、强制证人作证等程序性权力。^③在我国，专门委员会也是人大及其常委会的辅助性机关，并不是权力机关，根据宪法第70条第2款的规定，“各专门委员会在全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会领导下，研究、审议和拟订有关议案。”《地方组织法》第30条第2款也规定：“各专门委员会在本级人民代表大会及其常务委员会领导下，研究、审议和拟订有关议案；对属于本级人民代表大会及其常务委员会职权范围内同本委员会有关的问题，进行调查研究，提出建议。”关于什么是“研究、审议和拟订”，1982年的《全国人大组织法》第37条第2款做了较为具体的规定：“各专门委员会的工作如下：（一）审议全国人民代表大会主席团或者全国人民代表大会常务委员会交付的议案；（二）向全国人民代表大会主席团或者全国人民代表大会常务委员会提出属于全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会职权范围内同本委员会有关的议案；（三）审议全国人民代表大会常务委员会交付的被认为同宪法、法律相抵触的国务院的行政法规、决定和命令，国务院各部、各委员会的命令、指示和规章，省、自治区、直辖市的人民代表大会和它的常务委员会的地方性法规和决议，以及省、自治区、直辖市的人民政府的决定、命令和规章，提出报告；（四）审议全国人民代表大会主席团或者全国人民代表大会常务委员会交付的质询案，听取受质询机关对质询案的答复，

① 关于合法性标准和合理性标准，可参看蔡定剑著：《中国人民代表大会制度》，法律出版社2003年版，第383-387页。“一般认为，不适当就是不合理、不公平。以下几种情况可以视为不适当：（一）要求公民、法人和其他组织执行的标准或者遵守的措施明显脱离实际的；（二）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；（三）赋予国家机关的权力与要求与其承担的义务明显不平衡的；（四）对某种行为的处罚与该行为所应承担的责任明显不平衡的。”^{[3]（P174）}上述观点都认可合理性审查与合法性审查的区别，而不认为合理性审查包括合法性审查。

② 《立法法》第91条第1款规定：“全国人民代表大会法律委员会和有关的专门委员会审查认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触而制定机关不予修改的，可以向委员长会议提出书面审查意见和予以撤销的议案，由委员长会议决定是否提请常务委员会会议审议决定。”

③ 有关介绍可参看周伟著：《各国立法机关委员会制度比较研究》，山东人民出版社2005年版，第599-617页。

必要的时候向全国人民代表大会主席团或者全国人民代表大会常务委员会提出报告；（五）对属于全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会职权范围内同本委员会有关的问题，进行调查研究，提出建议。”^① 这些职能规定表明专门委员会的功能应是对内的，如第（二）、（四）项明确规定其议案、报告是向人大主席团或人大常委会提交的；第（一）、（三）项的审议权中，其审议的议案是人大主席团或人大常委会交付其审议的，因此审议的结果（如“提出报告”）也应向人大主席团或人大常委会提交；^② 第（五）项的“调查研究，提出建议”权并未提及向谁提出建议，从该条文的前四项内容都具有对内性来看，第（五）项的“提出建议”也应是对大会主席团或常委会提出的。所以，2000年的《立法法》第91条规定的“提出意见权”是对1982年的《全国人大组织法》第37条第2款中的第（五）项规范（提出建议权）的扩大解释，即将《全国人大组织法》规定专门委员会只有“对内”提出建议权，扩大解释为也可以有“对外”提出建议权，或者说将《全国人大组织法》没有明确专门委员会的提出建议权是“对内”还是“对外”明确解释为可以“对外”。

2005年委员长会议修订后的《法规备案审查工作程序》第9条规定：“法律委员会研究认为法规同宪法或者法律相抵触的，可以与制定机关进行沟通协商，提出意见。”第11条规定专门委员会审查后，“认为法规同宪法或者法律相抵触的，由法律委员会报秘书长，经秘书长同意，由有关专门委员会向制定机关提出书面审查意见，建议制定机关自行修改或者废止该法规”。在此进一步细化了《立法法》的“提出意见权”，明确了专门

委员会有建议“制定机关自行修改或者废止”的权力（经秘书长同意——在此细化过程中加强了秘书长的地位）。《法规备案审查工作程序》实际上将“纠正程序”分为三个步骤：一是由专门委员会与制定机关进行沟通协商；二是由专门委员会提出书面审查意见，“要求制定机关纠正”；三是经过上述工作，制定机关仍不纠正的，通过常委会审议决定，撤销同宪法或者法律相抵触的法规。^[10]可见我国人大的专门委员会不仅有对外的“沟通协商”权（这是2005年修订后的《法规备案审查工作程序》新增加的），还有向对方“提出纠正的书面要求”权。先协商，协商不成再提出要求，仍不被接受时才行使撤销权，这是一种典型的中国特色，委婉含蓄，给对方留面子，先礼后兵。值得注意的是，前两项（协商权、建议修改权）的主体是专门委员会，后一项（撤销权）的主体是常委会，二者的权力性质完全不同。虽然专门委员会的建议权在实践中效果并不理想，^③被审查方对其建议的不理睬可能与专门委员会的意见分量不够有关，也可能与整个人大在国家权力中的实际地位偏低有关，如现实中不论是“撤销权”还是“改变权”都几乎没有行使过，^④但这是另一个问题。笔者担心的是，专门委员会对外行使的建议权、要求权是否会将其变成半权力机关或准权力机关。从《立法法》第91条规定的“向制定机关提出书面审查意见”，到《法规备案审查工作程序》第11条明确规定“建议制定机关自行修改或者废止该法规”，人大专门委员会的权力在逐步扩大，它扮演了代表常委会行使部分“处置权”的角色，这或许是现实的需要（便于实际操作），有利于提高人大监督权的效率，但也可能是对常委会职权的一种僭越。

① 这五项内容在《地方组织法》中没有规定，但一般认为地方人大专门委员会的“研究、审议和拟订”功能应与之类似。

② 其中第（三）项被《立法法》第91条规定的“提出撤销议案权”进一步细化，在此细化中加强了委员长会议的地位。应当指出的是，《立法法》针对的是提出撤销规范性法律文件，而《全国人大组织法》第37条第2款第（三）项所指除了规范性法律文件外，还包括非规范性法律文件，如决定、命令、指示、决议等。

③ “《立法法》施行前，全国人大各专门委员会在审查报备的地方性法规的过程中，曾经对近百件地方性法规提出了审查意见，认为其部分内容与宪法或法律相抵触。这些审查意见都送交了相关的制定机关，但由于当时缺乏对审查意见如何处理的强制性法律规定，督办工作也不够有力，所以只有少部分地方人大对审查意见做了答复，仍有不少涉嫌违宪或违法的地方性法规未做修改。”^[11]

④ “每年经全国人大有关机构具文指出抵触的（法规）约有二三十件，但迄今为止尚无一例通过备案程序被撤销。”^[8]（P23-24）

(三) 审查后的“撤销权”和“改变或者撤销权”

“改变或者撤销权”显然大于“撤销权”：后者只能“撤销”不能“改变”，即只能废除之不能修改之，可以否定之但不能自己再造之；前者既可以“改变”也可以“撤销”，既可以废除（否定）也可以修改（自己直接规定）。而“改变”和“撤销”的区别在于，“改变”针对的“只是规范性文件的部分条款”，“撤销”针对的是“整个规范性文件”，^{[3](P172)}“改变”是部分否定，“撤销”是全面否定，因此“撤销”比“改变”严厉。

从《立法法》第88条的规定来看，改变或者撤销法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章的权限是：（一）全国人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定的不适当的法律，有权撤销全国人民代表大会常务委员会批准的违背宪法和本法第六十六条第二款规定的自治条例和单行条例；（二）全国人民代表大会常务委会有权撤销同宪法和法律相抵触的行政法规，有权撤销同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规，有权撤销省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准的违背宪法和本法第六十六条第二款规定的自治条例和单行条例；（三）国务院有权改变或者撤销不适当的部门规章和地方政府规章；（四）省、自治区、直辖市的人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定和批准的不适当的地方性法规；（五）地方人民代表大会常务委会有权撤销本级人民政府制定的不适当的规章；（六）省、自治区的人民政府有权改变或者撤销下一级人民政府制定的不适当的规章；（七）授权机关有权撤销被授权机关制定的超越授权范围或者违背授权目的的法规，必要时可以撤销授权。其中第（一）项中的第二类以及第（二）、（五）、（七）项为“撤销权”，其余为“改变或者撤销权”。2004年的《地方组织法》第8条规定县级以上地方各级人大有权“改变或者撤销”本级人大常委会不适当的决议，有权“撤销”本级政府不适当的决定和命令；第44条规定县级以上人大常委会有权“撤销”下一级人大及其常委会不适当的决议，“撤销”本级政府不适当的决定和命

令。2006年的《监督法》第30条只规定了撤销权：“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：……”从这些法律规定中可以看出，“撤销权”适用于同级人大和政府间、人大内部的上下级之间以及自治关系、授权关系之间，表明彼此是相对松散的权力关系；“改变或者撤销权”则适用于人大及其常委会之间、政府的上下级之间，表明彼此是较为紧密的权力关系。

有关地方人大及其常委会（不涉及政府）的“撤销权”、“改变或者撤销权”，笔者认为有四点值得注意。

首先，在权力的主体上，《地方组织法》、《监督法》的规定和《立法法》有所不同。《立法法》第88条第（二）项只规定了“全国人大常委会”有权撤销地方性法规，第（四）项只规定省、自治区、直辖市的“人大”有权改变或者撤销其常委会制定和批准的地方性法规，而《地方组织法》第44条和《监督法》第30条都规定了“地方人大常委会”有权撤销下一级人大及其常委会不适当的决议。乍一看好像是《立法法》第88条漏掉了《地方组织法》第44条和《监督法》第30条共同规定的“地方人大常委会”的撤销权，其实不然。因为后者规定地方人大常委会撤销的对象是下一级人大及其常委会“不适当的决议”，而《立法法》对此未做规定，说明《立法法》认为“不适当的决议”不是规范性法律文件，因此也就不在《立法法》的调整范围之内，《立法法》不必对此加以规定。

其次，在权力的对象上，《地方组织法》的规定前后有较大变化。1979年的《地方组织法》第7条第12项、第28条第6项规定县以上“人大”和“常委会”均有权改变或者撤销下一级人大不适当的决议。而1982年《宪法》第99条第2款规定，县级以上的地方各级人大有权改变或者撤销“本级人大常委会”不适当的决定，第104条规定县级以上人大常委会有权撤销“下一级人大”不适当的决议。两者相比，常委会撤销的

对象相同，都是“下一级人大”不适当的决议，这可以看作是《宪法》对《地方组织法》相关规定的肯定和确认；但人大撤销的对象发生了变化，由有权改变或者撤销“下一级人大”不适当的决议，变成了有权改变或者撤销“本级人大常委会”不适当的决定（“常委会”才有权撤销下一级人大不适当的决议），可见《宪法》对地方人大及其常委会的撤销权做了一定的分工（79年的《地方组织法》没有这种分工）；同时常委会撤销权的形式也发生了变化，由“改变或者撤销”变成了“撤销”，这些变动应该认为是《宪法》对1979年《地方组织法》相关内容的修正。然而，《宪法》颁布6天后新修改的1982年的《地方组织法》出台，其第7条第12项、第28条第6项的规定仍然保留了上述内容（只修改了其他条文）——规定县以上“人大”及其“常委会”有权“改变或者撤销”“下一级人大”不适当的决议，这与宪法的相关条文显

然有矛盾。1986年修正的《地方组织法》第8条第10项与宪法第99条第2款的规定在审查对象的做出机关上衔接上了，即规定县级以上的地方各级人大改变或者撤销对象的做出机关是“本级人大常委会”，但还是有所不同，即依据《宪法》第99条第2款规定，县级以上各级人大改变或者撤销的是本级人大常委会不适当的“决定”，而1986年修正的《地方组织法》第8条第10项规定的仍是县级以上各级人大改变或者撤销本级人大常委会不适当的“决议”；而且其第39条第7项与宪法有明显出入，它规定县级以上的地方各级人大常委会有权撤销下一级人大“及其常委会”不适当的决议，^①从而扩大了县级以上地方人大常委会撤销权的对象（将宪法规定的只能撤销下一级“人大”的决议变成有权撤销下一级“人大及其常委会”的决议）。^②《宪法》和《地方组织法》关于地方人大系统内撤销权的规定见表1。

表1 《宪法》、《地方组织法》关于地方人大系统内撤销权一览表

依据		审查者	纠正方式	被审查者	被审查的文件
1979和1982年 《地方组织法》	7条第12项 7条第12项	县以上人大	改变或撤销	下一级人大	不适当的决议
	28条第6项 28条第6项	县以上人大常委会	改变或撤销	下一级人大	不适当的决议
1982年《宪法》	99条第2项	县以上人大	改变或撤销	本级常委会	不适当的决定
	第104条	县以上常委会	撤销	下一级人大	不适当的决议
1986和 1995及2004年 《地方组织法》	8条第10项 8条第10项 8条第10项	县以上人大	改变或撤销	本级常委会	不适当的决议
	39条第7项 44条第7项 44条第7项	县以上常委会	撤销	下一级人大 及其常委会	不适当的决议

需要说明的是，2000年的《立法法》第88条第（五）项只规定了地方人大常委会有权撤销“本级政府”制定的不适当的规章，没有提及

《宪法》规定的有撤销“下一级人大”决议的权力以及《地方组织法》规定的“撤销下一级地方人大常委会”决议的权力。这再一次说明，《立

① 1995年、2004年对《地方组织法》又有两次修正，但对上述条款内容均没有变动，只是将其由原来的第39条调整至第44条。

② 这种扩权属于法律违反宪法还是通过立法对宪法做出补充？由于1986年对《地方组织法》的修正是全国人大常委会而不是全国人大做出的，根据宪法和法律，全国人大常委会没有通过修改基本法而补充（甚至是修改）宪法的权力，因此笔者建议这种涉嫌补充或修改宪法的规定，在目前体制下由全国人大做出较好。

法法》认为下一级人大及其常委会的“决议”不是地方性法规。地方性法规只有两个层级：一是省级权力机关制定的，其撤销权归全国人大常委会，地方人大常委会无权染指；二是市级权力机关制定的，而它不存在撤销权的问题。市人大及其常委会的地方性法规制定权是1986年《地方组织法》赋予的（所以1982年宪法没有涉及），^①该法在规定市级人大及其常委会“可以制定地方性法规”的同时，还规定需“报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行”，即市级人大制定地方性法规适用的是事先批准程序，而不是事后备案审查程序。^②

再次，在权力的范围上，从横向上看，《宪法》第104条和《地方组织法》第44条第7项以及《监督法》第30条都规定县级以上的地方各级人大常委会有权撤销本级政府不适当的“决定和命令”，《立法法》第88条第（五）项规定地方人大常委会有权撤销本级政府制定的不适当的“规章”。之所以有这种差别，如上所述，并不是《立法法》缩减了地方人大常委会撤销权的范围，而是《立法法》认为政府的“决定和命令”不属于规范性法律文件，因而不在于《立法法》调整范围之内，可见地方人大常委会对同级政府的规范性法律性文件的监督是全面的——不仅监督其“规章”（由《立法法》规定），而且监督其“决定、命令”（由《地方组织法》及《监督法》规定）。从纵向上看，《宪法》第104条规定县以上人大常委会有权撤销“下一级人大”不适当的“决议”，《地方组织法》第44条第7项规定县以上人大常委会有权撤销下一级人大“及其常委会”不适当的“决议”，而《监督法》第

30条规定地方人大常委会有权撤销“下一级人大及其常委会”不适当的“决议”、“决定”，其撤销权在一步步扩大，说明地方人大常委会对下一级权力机关的监督也是全面的，这不仅表现在撤销权的对象上（由撤销下一级“人大”的决议到撤销下一级“人大及其常委会”的决议），还表现在撤销权的范围上（不仅可以撤销其“决议”，还可以撤销其“决定”）。至于决定和决议有何区别，为什么要将撤销的对象由“决议”扩大至“决议、决定”，学术界论述较少，^③有人大的同志认为，决定与决议有相同点：“从内容上看，它们都是人民代表大会及其常务委员会会议审议重要事项或采取重大行动的结果，是对有关事项、工作或问题所做的结论、安排和指令等。”“从性质上看，它们都带有决策性质，并具有一定的强制性，一经公布，必须坚决贯彻执行。”“从程序上看，决议和决定都必须是经过人民代表大会全体代表会议或人民代表大会常务委员会会议认真审议讨论并进行表决，以全体组成人员过半数通过方能生效。”二者也有不同点：“一、形式不同。‘决议’必须是书面的，而‘决定’可以是书面的也可以是口头的，但人民代表大会及其常委会的决定绝大多数是以书面形式公布的。二、权威性不同。‘决议’是人民代表大会及其常委会对某重大事项或问题，通过会议的讨论，经法定人数表决通过形成的结论，它代表了会议的意见。而‘决定’可以是人民代表大会及其常委会会议通过的，也可以是人大常委会主任会议临时动议对某些问题或行动做出的安排。三、内容不同。‘决议’的内容，多是关系本行

① 市级人大及其常委会的立法权“是分两步逐步取得的。第一步是1982年12月的地方组织法修正案规定：‘省会所在地的市和经国务院批准的较大的市的人大常委会可以拟订本市需要的地方性法规草案，提请省、自治区的人民代表大会常务委员会制定’。第二步是1986年12月的地方组织法修正案规定：省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人大及其常委会‘可以制定地方性法规，报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行’。”^{[8](P22)}

② “批准与不批准以及能否施行，其最终决定权在省级人大常委会而不在较大的市人大常委会。因此，较大的市制定地方性法规，实际上可以看作是省级人大及其常委会行使宪法赋予的权力的一种形式，较大的市通过地方性法规报省级人大常委会批准后施行，并未突破现行宪法规定。”^{[8](P23)}正因为此，我国学界对市级地方性法规属于“半立法权”还是“准立法权”存在争议，有关介绍可参看封丽霞著：《中央与地方立法关系法治化研究》，北京大学出版社2008年版，第343页。

③ 在李飞主编的《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法释疑》（法律出版社2008年版）一书中，对该条文进行解释时（第111-114页）也没有谈及。

政区域内全局性、原则性的重要问题、重大事件或活动，具有宏观性和战略指导性，重在统一思想认识，一般从宏观上讲的较多。……而‘决定’的内容，多数涉及某一领域某方面的重要事项和重大活动的决策和安排，比较具体、明确，具有较强的针对性，重在统一行动，安排落实。”^[12]笔者认为，从撤销权的意义上看，决议与决定的相同点比不同点更重要，^①如果一个机关有权撤销另一个机关的决议，应该也有权撤销其决定，反之亦然。因此，县以上各级人大常委会既然有权撤销“下一级人大”的“不适当的决议”，也就应该有权撤销它们的“不适当的决定”。同时县以上各级人大常委会既然有权撤销“下一级人大”的决议，也应该有权撤销“下一级人大常委会”的决议（常委会地位比人大低而不是比人大高），^②由此看来，《地方组织法》第44条第7项和《监督法》第30条的规定在法理上是成立的，问题是，如何在法律规范上进行有效衔接，目前各法律文本上的不同规定是立法疏忽还是有其原因，尚不得知。

最后，在权力行使的理由上，《宪法》第67条第8项和《立法法》第88条第（二）项规定“全国人大常委会”撤销地方性法规时，其理由都

是“同宪法、法律和行政法规相抵触”，即进行的是合法性审查，而《地方组织法》第44条第7项、《监督法》第30条规定的“县级以上地方各级人大常委会”撤销下一级人大及其常委会的决议、决定时，其理由是“不适当”，即进行的是合理性审查。《宪法》第67条第（八）项规定全国人大常委会有权撤销省、自治区、直辖市国家权力机关制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的“地方性法规和决议”，可见全国人大常委会审查的对象既有地方性法规，又有地方权力机关（包括人大及其常委会）制定的决议，但只对其做合法性审查，不做合理性审查，说明中央议会对省级议会的审查留有相当的空间（这是否可以看作是一种准联邦制的色彩）；而地方人大及其常委会审查的只是决议、决定，进行的是合理性审查，其控制力较强，但既然能够做合理性审查，那么当然也就能够做合法性审查（对其不适当的决议都能撤销，对其不合法的决议当然更能撤销），因此地方人大常委会对下一级人大及其常委会的审查是较为严格的。

《宪法》、《地方组织法》、《立法法》、《监督法》关于地方权力机关改变和撤销权的规定见表2。

表2 《宪法》、《地方组织法》、《立法法》、《监督法》关于地方权力机关改变和撤销权的规定

依据	审查者	纠正方式	被审查者	被审查的文件
宪法第99条第2款	县以上人大	改变或撤销	本级常委会	不适当的决定
地方组织法第8条第10项				不适当的决议
立法法第88条第4款	省级人大	改变或撤销	本级常委会	不适当的法规
宪法第104条	县以上人大常委会	撤销	本级政府	不适当的决定、命令
			下一级人大	不适当的决议
立法法第88条第5款	地方人大常委会	撤销	本级政府	不适当的规章
地方组织法第44条第7、8项	县以上人大常委会	撤销	本级政府	不适当的决定、命令
			下一级人大及其常委会	不适当的决议
监督法第30条	县以上人大常委会	撤销	本级政府	不适当的决定、命令
			下一级人大及其常委会	不适当的决议、决定

① 仅仅是从撤销权的意义上看，绝不是说区分二者的不同点在理论上和实践上没有意义。

② 当然也可能做另一种论证，即县以上地方各级人大常委会只有权撤销“下一级人大”的决议，而没有权撤销“下一级人大常委会”的决议，后者只能由同级人大撤销，这说明上级人大常委会对下一级权力机关的干预是有限的——只能审查和撤销下一级权力机关最重要的决议。

三、我国规范性法律文件备案审查制度的特点

笔者认为,我国的规范性法律文件备案审查制度有三个特点。

(一) 备案不影响文件生效

《立法法》第89条规定了有关规范性文件“在公布后”三十日内须备案,说明备案前该文件已经发生法律效力,这是备案与批准的主要区别所在。批准是一种在报请时就审查的权力(批准权),包括对上报文件的形式要件和实质要件的全面审查,审查后可以批准也可以不批准,批准后上报的文件才能生效,如我国自治区制定的自治条例和单行条例,需经全国人大常委会批准才能生效。^①而备案不是“法规、规章生效的条件”,虽然备案并不妨碍备案机关“随时进行审查”,^{[4](P262)}但这种审查在性质上仍然不同于批准权。备案和批准都包括审查,但批准是事前审查,备案是事后审查(很多时候还只是事后可能审查);批准是生效的前提,批准后才能生效,而备案审查是对已经生效的文件进行审查,以决定它今后是否能够继续生效,在此不能把审查等同于审批。

(二) 备案后的审查主要是被动审查

被动审查的一个重要特征是不告不理,备案后如果有国家机关、公民或团体依法控告该文件,备案方则必须或可以对其进行审查,此时备案方对备案的文件拥有实质要件的审查权。那么备案方的审查是否是一种义务?即是否必须审查?这要看有关备案的法律性文件是如何规定的,从我国《立法法》第90条的规定来看,有必须审查和可以审查之分。“国务院、中央军事

委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,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分送有关的专门委员会进行审查、提出意见。”这是必须审查。“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行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,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,送有关的专门委员会进行审查、提出意见。”这是可以审查(可以审查也可以不审查)。在这里,必须审查表现为“要求审查”,可以审查表现为“建议审查”,“要求审查”和“建议审查”是两个不同的概念,“提出审查要求是一种正式的审查启动程序,一旦有权机关提出了审查要求,就要进入正式审查程序。而提出审查建议,能否进行正式审查程序,还要经常委会工作机构进行研究,看是否必要。”^[3]这两种审查都属于不告不理,是典型的被动审查。

(三) 备案方也有权主动进行审查

2005年修订后的《法规备案审查工作程序》增加规定了主动审查,其中第8条规定:“专门委员会认为备案的法规同宪法或者法律相抵触的,可以主动进行审查,会同法制工作委员会提出书面审查意见,依照第十一条的规定处理。”“法制工作委员会认为备案的法规同宪法或者法律相抵触,需要主动进行审查的,可以提出书面建议,报秘书长同意后,送有关专门委员会进行审查。”^②过去我们一直笼统地认为,“我国目前的法规备案审查制度采用的是以被动审查为主,

① 《宪法》第116条规定:“民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例,报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例,报省或者自治区的人民代表大会常务委员会批准后生效,并报全国人民代表大会常务委员会备案。”“批准就意味着要事先、主动地进行审查,而且必须要严格把关,因为这些自治条例和单行条例一旦批准生效,全国人大常委会就无权撤销,只有全国人民代表大会才可以撤销。”^{[11](P31-32)}

② 由于主动审查在《立法法》和《监督法》中没有明确规定,它是由委员长会议在2005年修订的《法规备案审查工作程序》中增加的,因此在形式要件上是有瑕疵的。从实质正义的角度看,人大对备案的法规加强审查是值得肯定的,有利于落实宪法赋予人大的监督权,增强人大的法律地位,进而加强整个国家的法制建设。笔者希望将来能够改由人大常委会颁布《法规备案审查工作程序》,法治应当是实质正义与程序正义的统一,但首先应该符合程序正义。

辅以主动审查的模式。”^[11](P31)但现在这种情况有所改变,“2004年,全国人大备案审查工作机构成立,……从2010年起,对国务院报备的行政法规逐件审查。对于地方性法规,以被动审查为主,有重点地进行主动审查。……2008年对地方新制定、修改的有关监督工作的地方性法规进行了逐件审查”。^[13]可见对行政法规和地方性法规目前已经分别采取了不同的审查方式:对行政法规已经是“逐件审查”,即主动审查;对地方性法规才是“以被动审查为主,辅以主动审查”,后者表现为“有重点地进行主动审查”。^①这些规定表明,我国备案审查制度中有关权力操作的规范在逐步细化。

至于事后审查的“后”是多长时间,目前

法律还没有明确规定。我们可以根据常理来推论:被动审查可能是在备案后马上审查,也可能是在备案后若干年甚至几十年后才审查,具体时间取决于提出审查者的提出时间,法律对此一般无法规定也无需规定;而主动审查如果是“逐件审查”,应该理解为备案后随即开始进行审查,但随即是指备案后的第二天就进行审查,还是备案的当月、或当年进行审查?这些问题应该有相关法律性文件做出规定,即使没有文件的明确规定,也应该有惯例约束。至于“有重点地进行主动审查”,应理解为备案后何时审查由备案方自由裁量,不一定是备案后随即进行审查,其对审查时间的要求不如“逐件审查”严格。

参考文献

- [1] 高洪涛. 法规备案审查室刍议 [EB/OL]. (2010-04-26) [2013-06-30]. <http://club.topsage.com/thread-1274495-1-1.html>.
- [2] 中国社会科学院语言研究所辞典编辑室. 现代汉语词典 [M]. 北京: 商务印书馆, 1979: 54.
- [3] 张春生. 中华人民共和国立法法释义 [M]. 北京: 法律出版社, 2000: 179.
- [4] 陈斯喜. 我国立法控制机制的现状与完善 [M] // 李步云. 立法法研究. 长沙: 湖南人民出版社, 1998: 261.
- [5] 石维斌. 我国法规备案审查的问题与对策 [J]. 人大研究, 2007 (6): 6.
- [6] 李步云, 汪永清. 中国立法的基本理论和制度 [M]. 北京: 中国法制出版社, 1998: 384.
- [7] 周旺生. 立法学 [M]. 北京: 法律出版社, 2000: 443.
- [8] 刘克希. 较大的市制定地方性法规应当经批准 [J]. 现代法学, 2000 (5): 24.
- [9] 李飞. 中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法释疑 [M]. 北京: 法律出版社, 2008: 114.
- [10] 全国人大常委会建立健全法规和司法解释备案审查制度 [EB/OL]. (2005-12-19) [2016-04-08]. http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/jdgz/zhbd/2005-12/19/content_343446.htm.
- [11] 宋锐. 关于全国人大常委会法规备案审查工作的几个问题 [J]. 中国人大, 2004 (3): 32.
- [12] 尚修国. 人大及其常委会决议和决定的异同 [EB/OL]. (2004-07-19) [2016-04-08]. <http://www.people.com.cn/GB/14576/28320/35193/35194/2649534.html>.
- [13] 本书编写组. 规范性文件备案审查制度理论与实务 [M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2011: 19.

(责任编辑: 于文豪 赵建蕊)

① “每年向全国人大常委会报送备案的行政法规和地方性法规多达数百件, 如果要对每件法规逐字逐句地进行全面审查, 从全国人大常委会现有的人力和资源来看, 是根本不可能做到的, 而且也是不经济的。”但区分行政法规和地方性法规并采取不同的审查方式却是可行的, 以2003年为例, 全国人大常委会收到报备案行政法规仅28件, 这是可以逐件审查的, 但收到报备案地方性法规却有497件(其中省级地方性法规285件, 较大市地方性法规152件, 自治州、自治县自治条例3件, 自治州、自治县单行条例29件, 经济特区法规28件), 对其只能进行被动审查, 或者有重点地进行主动审查。引号里的话和有关数据均引自宋锐:《关于全国人大常委会法规备案审查工作的几个问题》,《中国人大》2004年第3期。