

# 地方“立法性文件”的识别标准与防范机制\*

李克杰

(山东政法学院法学院,山东济南 250014)

**摘要** :党的十八届四中全会决定宣示:“禁止地方制发带有立法性质的文件”。要切实落实这一禁令,前提是正确判断地方文件是否“带有立法性质”。这就要求我们认真研究地方“立法性文件”的内涵和特征,准确把握识别标准,完善防范机制。制定主体的官方性、文件形式的有限性、行为规范的创制性、适用范围的明确性和适用对象的普遍性,是认定地方文件“带有立法性质”缺一不可的五个标准。健全以扩大公众参与制度、激活改变撤销制度、完善备案审查制度和建立法律规范冲突报告制度为主要内容的防范机制,可以有效防止地方制发立法性文件。

**关键词** 地方文件;立法性质;识别标准;防范机制

中图分类号:DF2 文献标识码:A 文章编号:1005-9512(2015)05-0055-13

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2015.05.006

党的十八届四中全会决定提出,明确立法权力边界,从体制机制和工作程序上有效防止部门利益和地方保护主义法律化。为实现这一重要法治目标,决定坚定地宣示“禁止地方制发带有立法性质的文件”。而要落实这一措施,不仅要求我们全面准确地认识和理解中央这一禁令的宏旨和深含的意义,还要求我们深入探讨和正确把握这一禁令的法律内涵和所禁对象的识别标准,并建立切实可行的发现、制止此类文件的防范机制。具体来说,就是要弄清:何谓“带有立法性质的文件”?制发“立法性文件”与立法有何不同?地方立法与制发“立法性文件”的区别在哪里?哪些地方文件属于禁止之列?用什么标准识别它?以怎样的机制防止它的发布?显而易见,只有准确而全面地回答了这些问题,才能将“禁止地方制发带有立法性质的文件”这一禁令落到实处,有效防止部门利益和地方保护主义法律化,从而为推进依法治国营造良好的地方环境。

## 一、立法与“立法性质”:一般解释与中国语境

“概念乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具。没有限定严格的专门概念,我们便不能清楚地和理性地思考法律问题。”<sup>①</sup>要全面理解和严格落实上述中央禁令,首先必须弄清“带有立法

作者简介:李克杰,山东政法学院法学院副教授,山东省社会稳定研究中心研究员。

\* 本文为作者主持的教育部人文社会科学研究规划基金项目“中国‘基本法律’的体系化和科学化研究”(项目批准号:13YJ A820023)与山东省法学会重大课题“法治山东建设指标体系研究”(项目编号:SLSL[2014]D2)的阶段性成果。

① [美]E·博登海默《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第504页。

性质的文件”的内涵,尤其要厘清其中的关键用词“立法性质”的准确含义,而这则须以科学严谨的“立法”概念为基础。

### (一)立法的内涵分析

何谓立法?正如“还没有一个统一的、得到整个法学界认可的法的概念”<sup>②</sup>一样,法学界至今也没有就立法的概念达成共识,形成一个统一的、让整个智识共同体都接受的概念。这一方面是因为立法的概念界定受制于它的创制对象——法的涵义,法至今没有形成普遍认可的概念,立法也就不可能形成相应的概念;另一方面则是因为不同时期和不同国家的法学家对包含立法权在内的国家权力的结构、性质及相互关系存在迥异的认识和阐释,也必然影响对立法内涵的认知和概括。还有,就是一些国家在法律形式、法律产生和发展道路上的异质性形成了与他国完全不同的传统和现状,也严重影响人们对立法含义的认识。再加之方法论上的差异(比如结构主义的或功能主义的),更使得立法概念纷繁复杂、百家争鸣。

在西方,尽管古希腊、古罗马思想家都将“立法”作为其学说的重要内容,如亚里士多德在《政治学》一书中使用“立法”一词就达 130 多次,<sup>③</sup>但现代意义上的立法与“立法机关”一道,都“与权力分立理论有着极为密切的联系”。<sup>④</sup>因而,比较有代表性的几个立法概念,都是从三权分立理论出发的。《美国大百科全书》认为:“立法是指国家机关为了规范社会行为,而制定法律规则的活动。通常专用于代议机关制定法律和立法程序的活动。”<sup>⑤</sup>日本末川博编写的《全订法学词典》认为,立法是与行政、司法相对应的概念,从形式意义上讲是指立法机关制定附有法律名称的立法工作;从实质意义上讲,不论法律名称如何,是指制定一般抽象的法规工作。<sup>⑥</sup>《布莱克法律词典》则指出,立法是指与判例法相对应的制定法律或通过议案的行为。<sup>⑦</sup>这三个立法概念都不约而同地强调了立法是立法机关或代议机关制定法律的活动,即便从“实质意义上”(亦即我们通常所讲的“广义上”)阐释“立法”,也严格限定于“立法机关”活动范围内,因为在他们看来,“立法机关存在的真正目的乃是制定新的法律”。<sup>⑧</sup>不过,随着行政权力的不断扩张,西方法学界也出现了更为宽泛的立法概念。俄罗斯法律高等院校专用教材《法与国家的一般理论》指出:“立法是影响社会关系的主要途径和赋予法以法律效力的主要方式”,<sup>⑨</sup>“将法形成为具有普遍性的形式上固定的规定的活动就是立法。”立法的方式包括国家权力机关直接制定法律、国家机关批准在国家以外形成或非国家机关制定的规范、全民公决直接立法三种。<sup>⑩</sup>这一概念中的立法主体已不再限于“立法机关”。

国内学术界对立法一词的解释,更是种类繁多,学者们分别从权力性质、立法主体及立法结果和效力层次等方面进行界定。撇开一些纯粹个人观点不谈,目前较有影响的立法概念主要有以下几种。一是认为,立法是指由特定的国家机关,依据一定的职权和程序,制定、认可、修改、补充、废止、解释和监督法的活动,其目的是产生和变更法这一特定的社会规范。<sup>⑪</sup>二是认为,立法是指特定的国

② [德]魏德士《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社 2005 年版,第 27 页。

③ 杜莉:《亚里士多德的立法思想探源》,《太原师范学院学报(社会科学版)》2008 年第 6 期。

④ [英]哈耶克《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社 2000 年版,第 204 页。

⑤ 张文显主编:《法理学》,法律出版社 2007 年版,第 209 页。

⑥ 刘明利编著:《立法学》,山东大学出版社 2002 年版,第 12-13 页。

⑦ 同上注,刘明利编著书,第 13 页。

⑧ 同前注①, E·博登海默书,第 431 页。

⑨ 该书认为:“法自古以来是历史上自然形成的,它在立法者活动之前,不取决于立法活动。”[俄]B.B.拉扎列夫:《法与国家的一般理论》,王哲等译,法律出版社 1999 年版,第 141 页。

⑩ 同上注, B.B.拉扎列夫书,第 142 页。

⑪ 李步云、汪永清主编:《中国立法的基本理论和制度》,中国法制出版社 1998 年版,第 20 页。

家机关,依据法定的职权和程序,制定、修改、补充、废止和解释法律、法规的活动。广义上的立法,还包括由最高国家立法机关授权其他国家机关制定法规的活动,以及上级立法机关对下级立法机关制定法律、法规进行监督的活动。<sup>⑫</sup>三是认为,立法是指有法的创制权的国家机关或经授权的国家机关在法律规定的职权范围内,依照法定程序,制定、补充、修改和废止法律及其他规范性文件以及认可、解释法律的一项专门性活动。<sup>⑬</sup>四是认为,立法是由特定主体,依据一定职权和程序,运用一定技术,制定、认可和变动法这种特定的社会规范的活动。<sup>⑭</sup>可见,国内关于立法概念的解释,既有从一般意义上展开的,也有针对我国具体情况展开的。学者们在解说我国情况时,往往同时从广义和狭义两个方面界定立法的内涵。<sup>⑮</sup>总体而言,“立法”概念涵盖的范围是极其宽泛的,而且具有十分明显的实证色彩。与国外概念相比,立法主体并不限于立法机关或代议机关,而是所有拥有“立法权”的国家机关,立法的对象范围也不限于“法律”,而是《立法法》确定的法律形式。总之,一切均取决于《立法法》,它怎么规定,立法的概念就怎么概括。

通过以上简要梳理,我们不难发现,无论是国外理论还是国内观点,也无论是广义解释还是狭义界定,尽管各定义之间在内涵外延上多有不同,但所有立法概念均有一些共同点,从中我们可以寻到“最大公约数”。也就是说,现代意义上的立法都具有一些共同特征,主要是:第一,立法必须由立法机关或者其他法定国家机关进行;第二,立法是统治者通过国家机关将自己的意志上升为国家意志的活动;第三,立法必须是依职权进行的活动;第四,立法必须是产生或变更具有普遍约束力的法律规范的活动。无疑,这些特征集中体现了立法的基本属性,同时具备这四个特征的官方活动才能称为“立法”。必须指出的是,立法除了在动词意义上使用外,还经常在名词意义上使用。名词意义上的“立法”指的是上述作为动词的“立法”活动的结果,即国家机关通过立法活动创制出的各种规范性文件(法本身)。如《牛津法律大辞典》就指出,立法“这一词亦指在立法过程中产生的结果,即所制定的法律本身。在这一意义上,相当于制定法”。<sup>⑯</sup>人们在认识和说明法律渊源或社会规范种类时,往往从名词意义上使用“立法”,比如在谈论判例法、民间法、组织规范等法律渊源和社会规范类型时,与此对应的、由国家制定的法律规范就称为“立法”或“国家立法”。

## (二)“立法性质”的含义阐释

按照语法规则,称一事物具有某事物的性质,意指这一事物与作为参照物的事物性质相近,在一些典型特征上具有相似性。但两者的特征不能完全一致或重合,否则它们就成为一个事物,而不能称为“具有某事物的性质”了。具有“立法性质”就是具有立法的属性。如果另一项活动的诸多特征与立法的典型特征相近,那么,我们就可以称这项活动“具有立法性质”。但如果这项活动完全符合立法的特征,那么,我们就只能说这项活动“就是立法”,而不能说它“具有立法性质”。

关键的问题是,至少要符合哪些立法特征,或者最多可以不包含哪些特征,我们才能称某项活动“具有立法性质”呢?这就需要我们进一步探寻立法的核心特征。如果不具备这些核心特征,那某项活动就根本与立法不沾边了。

美国行政法上有立法性规则和解释性规则的区分,依据的是1946年《联邦行政程序法》。<sup>⑰</sup>一般

<sup>⑫</sup> 张春生主编:《中华人民共和国立法法释义》,法律出版社2000年版,第20页。

<sup>⑬</sup> 同前注<sup>⑤</sup>,张文显主编书,第209页。

<sup>⑭</sup> 周旺生:《立法学》(第二版),法律出版社2009年版,第55页。

<sup>⑮</sup> 详细可参见:沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社2001年重排本,第248页;曹海晶:《立法制度比较》,商务印书馆2004年版,第10页;汤唯、毕可志等:《地方立法的民主化与科学化构想》,北京大学出版社2006年重排本,第1页。

<sup>⑯</sup> 《牛津法律大辞典》(The Oxford Companion To Law, by David M.Walker)中文版,光明日报出版社1988年版,第547页。

<sup>⑰</sup> 王名扬:《美国行政法》(下),中国法制出版社1995年版,第1109-1133页。

情况下,一个行政机构只有使用了《联邦行政程序法》第 553 条规定的通告评论程序,才能颁布立法性规则。而要颁布解释性规则,则不需要经过通告评论程序。立法规则如不与制定法的明文规定相冲突,就具有法律的效力和效果,解释性规则仅仅是行政机构对制定法当前解释的一个陈述,它对法院或有说服力,或没有说服力。<sup>⑮</sup>解释性规则与一般性政策声明不适用美国联邦行政程序法,在学理上被统称为非立法性规则。立法性规则和非立法性规则的重要区别之一是它具有程序性。如果非立法性规则在实际运行中具有立法性规则的效果,法院就会宣布该非立法性规则无效,理由是行政机关没有适用正确的制定程序。<sup>⑯</sup>

从现代法治的角度看,立法的上述四个特征中有两个是比较核心的:一是立法必须是为普通社会成员制定具有普遍约束力的规范;二是立法必须体现国家意志,以国家名义进行,并最终由国家强制力保证其实现。至于立法的其他两个特征(即由法定国家机关、依照法定的程序制定),即使不同时具备,有时也并不影响活动的立法性质和效果,特别是在传统国家里,可能既没有法定的立法机关,也没有明确的立法程序,但它制定的行为规范依然是法律,具有超强的约束效果。而如果只具有其他两个特征,而不具备上述核心特征,那这项活动就不仅不能称为“立法”,而且也不能称为“带有立法性质”。比如,国家立法机关进行国政调查,这项活动就既符合“由法定国家机关”作出特征,也符合“依照法定程序”作出特征,甚至还符合“体现国家意志”特征,但它却不符合核心特征之一“为社会成员制定具有普遍约束力的规范”。可见,如果一项活动产生了要求社会成员普遍遵守的行为规范,且如果不遵守将引起国家强制,即使这项活动不是由法定的国家机关进行的,甚至也没有严格按照法定程序进行,那么,我们也可以称这项活动为“带有立法性质”的活动,由此形成的包含普遍行为规范的文件就可以称为“带有立法性质”的文件,即“立法性文件”。

### (三)中国当前语境下的“立法”特征和“立法性质”含义

上述关于“立法”和“立法性质”一般意义上的理论阐释,能否直接适用于中国当前语境?严格来说,答案应当是肯定的。然而,事实上却并非如此。也就是说,我们并不能把上述结论简单地套用在党的十八届四中全会决定关于“禁止地方制发带有立法性质的文件”这一重要论断上,不能将其机械地理解为“禁止地方制发对社会成员具有普遍约束力的规范文件”。原因在于,上文所列立法概念及由概念归纳的立法特征,都是大而化之的内容,范围过大,界限模糊,并未揭示立法的“最本质”或“最核心”特征,而且与中国现状也不符,无法以此为标准来识别“立法性文件”。因而,必须根据我国当前的立法体制和法律形式特点进行深入探讨,得出更为准确的结论。

表面上看,国内法学界对“立法”概念的阐释比较精准,既有广义又有狭义,还有一般意义。其实,深入分析后会给人一种内涵不清、范围不明的强烈感受,至少从概念中不能一目了然。尤其是立法的外延更是让人一头雾水,边际难辨。毫无疑问,这是由我国立法实践中的态度暧昧、模棱两可、标准不一、范围不明造成的。

在当今中国,哪些活动是立法(动词意义上的),哪些规范性文件属于立法(名词意义上的),是没有明确、统一标准的。理论上没有立法性规范与非立法性规范分类,《立法法》对此也态度暧昧,规定模糊。从法律形式上看,法律、法规、规章及其他规范性文件都属于广义法的范畴。那么,广义的立法就应当被界定为国家机关依法制定法律、法规、规章及其他规范性文件的活动。但学术界却极少有人从这个意义上界定立法。除了它严重混淆不同性质的国家权力外,其主要原因还在于,依照我国《宪法》和《立法法》的规定,在我国能够称得上“法”、有资格被列入“立法”范围的法律形式,只

<sup>⑮</sup> 参见[美]理查德·皮尔斯:《立法性规则和解释性规则的区别》,宋华琳译,载浙江大学公法与比较法研究所编:《公法研究(第二辑)》,商务印书馆 2004 年版,第 421-449 页。

<sup>⑯</sup> 高秦伟:《美国行政法上的非立法性规则及其启示》,《法商研究》2011 年第 2 期。

包括法律、法规(包括行政法规、军事法规、地方性法规、自治法规)和规章(包括部门规章、地方政府规章、军事规章),而不包括法律、法规、规章之外的其他规范性文件。也就是说,在中国,只有相关国家机关依法制定法律、法规、规章的活动,才能冠以“立法”之名,纳入“立法”范围,制定其他规范性文件的活动,即使它由上述有“立法”权的国家机关制定,也不能称为“立法”。从立法主体看,有权制定法律、法规、规章的国家机关并不是全部国家机关,而是部分层级较高的国家机关。具体来说,它们是全国人大及其常委会、国务院、中央军委、省、自治区、直辖市的人大及其常委会、设区的市、自治州的人大及其常委会、自治地方的人大、国务院各部委以及上述地方人大的同级人民政府。吊诡的是,“立法者”并不这样理解《立法法》和立法概念,他们认为立法仅指有关国家机关制定法律和法规的活动,制定规章不属于立法活动。<sup>①</sup>但无论如何理解,我国立法权的配置是没有明确标准的,既不是按照权力属性,也不是按照央地区别,而是按照“地方的实际需要”来配置的。<sup>②</sup>这就给学界概括“立法”概念带来了困难。要想说清楚,就要容忍立法概念的无限冗长——描述完整就不像概念了,而要想概念简洁,那就得容忍模糊表达——内涵不清外延不明起不到定义的作用。于是,就出现了中国法学界特有的立法概念的广义狭义之分,以及广义概念中普遍出现的“特定国家机关”或“法定国家机关”等模糊且纯实证性的描述。事实上,学界流行的“广义的立法”概念也不是真正的、逻辑意义上的广义,而是根据我国《宪法》和《立法法》规定量身打造的、仅与“狭义”相对的“广义”,准确讲应属“中义”概念。要全面理解立法概念,或者需要在头脑中多转几个弯,或者需要多费口舌予以解释。关键问题是,连“立法”概念都模糊不清的话,所谓“带有立法性质”就更让人无从理解了。

尽管《立法法》内部看起来还有不少矛盾和不融贯之处,但2015年对《立法法》的修改也给我们提供了归纳总结“立法”核心标志的思路和依据,能帮助我们认清“带有立法性质”的含义。如果把以我国法律、法规、规章作为定义对象的立法概念称为“形式意义上”的立法概念,那么,沿着新路径定义的立法概念就应该称为“实质意义上”的立法概念。因为这是一条以立法权大小,特别是以有无新规则创制权这一实质性权力的有无为线索和标准的定义路径,以此来定义立法将展示其完全不同的另一面,更能揭示立法的本质。

立法是对权利资源、权力资源以及其他有关社会利益,进行法定制度性配置和调控的专门活动。<sup>③</sup>立法的一个重要特征是它“指向未来,并通过制定一个新规则去改变现状,而这个规则将在日后被适用于那些受其权力管辖的所有或部分对象”。<sup>④</sup>也就是说,立法的本质特征是它能够创制新规则,为社会成员设定权利边界和增减义务内容。从这个角度看,我国《宪法》、《立法法》虽然明确规定法律、法规和规章都是我国的立法形式,但它们在是否有权创制新规则的问题上却差别巨大。法律可以在不与宪法相抵触的前提下创制任何新规则,赋予、限制或剥夺权利,设定、缩减或豁免义务,甚至还可以把自身权限范围内的立法事项交由其他立法主体制定规则;行政法规虽然由并非立法机关的国务院制定,但它可以根据宪法和法律创制许多新规则,在法律缺位的情况下更是我国立法的主力;地方性法规则可以根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不与宪法、法律、行政法规相抵触(设区的市、自治州的地方性法规还不得与本省、自治区的地方性法规相抵触,新增设区的市的立法范围仅限于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项)的前提下创制部分新规则,<sup>⑤</sup>对于地

<sup>①</sup> 同前注<sup>⑫</sup>,张春生主编书,第20页。

<sup>②</sup> 李建国:《关于〈中华人民共和国立法法修正案(草案)〉的说明——2015年3月8日在第十二届全国人民代表大会第三次会议上》,《人民日报》2015年3月9日,第4版。

<sup>③</sup> 同前注<sup>⑭</sup>,周旺生书,第49页。

<sup>④</sup> 同前注<sup>①</sup>,E·博登海默书,第432页。

<sup>⑤</sup> 《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》第31条,《人民日报》2015年3月16日,第2版。

方性事务和未制定法律、行政法规的事项,也有较大的配置和调控权利义务空间;自治法规则享有对法律和行政法规的变通权,其创制新规则的空间也是很大的。唯独规章,虽然也被《宪法》和《立法法》明确列入我国立法形式目录,但原则上却无权创制新规则,不能为社会成员设定全新权利义务。此次《立法法》修正案明确规定:“部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。没有法律、行政法规依据,部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范,不得增加本部门的权力、减少本部门的法定职责。”“没有法律、行政法规、地方性法规依据,地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。”<sup>25</sup>其他法律的相关规定也支持和印证了这一点。比如,我国《行政处罚法》规定,规章原则上不得设定行政处罚,部门规章“可以在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定”,<sup>26</sup>地方政府规章“可以在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定”。<sup>27</sup>《行政许可法》规定,部门规章不得设定行政许可,地方政府规章原则上不得设定行政许可。<sup>28</sup>但规章“可以在上位法设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定”,“规章对实施上位法设定的行政许可作出的具体规定,不得增设行政许可;对行政许可条件作出的具体规定,不得增设违反上位法的其他条件”。<sup>29</sup>《行政强制法》规定得更为严格,即行政强制执行由法律设定,法律、法规以外的其他规范性文件不得设定行政强制措施。<sup>30</sup>显而易见,以是否有权创制新规则为标准进行衡量,规章就原则上不能归入“立法”范畴。也许正是在这个意义上,我国《行政诉讼法》规定,人民法院审理行政案件,以法律和行政法规、地方性法规为依据,参照规章。<sup>31</sup>当然,连规章都不能归入实质意义上的“立法”,其他规范性文件就更没资格了。

综合以上分析,我们可以将我国实质意义上的“立法”概念界定为:立法是由法定的国家机关依照法定职权和程序,为社会成员创制具有普遍约束力的新规则的活动。这个定义,既符合中国立法实际,也揭示了立法的本质特征——立法是“为社会成员创制具有普遍约束力、增减公民权利义务新规范的活动”,从而与上述各种形式意义上的立法概念区别开来。有了这个概念,“带有立法性质”将变得有标准、含义清晰和可操作。据此,我们可以将我国“带有立法性质的文件”即“立法性文件”表述为:由立法机关或其它有关机关制定的法律、法规、规章等法律形式之外的,内容包含对社会成员具有普遍约束力、增减公民权利义务内容的文件。其既包括地方立法性文件,也包括中央立法性文件。

## 二、我国地方文件:表现形式与制发现状

明确了“立法性文件”的含义,要切实贯彻落实党的十八届四中全会决定关于“禁止地方制发带有立法性质的文件”禁令,还需深入了解我国地方文件的制发现状,认清表现形式,找出问题所在,既为科学确定识别标准提供认识基础,也凸显执行禁令的必要性和紧迫性。

### (一)我国地方文件的表现形式

<sup>25</sup> 同前注<sup>24</sup>。不过,对于地方政府规章,立法法修正案也开了个口子作为“例外”,规定“应当制定地方性法规但条件尚不成熟的,因行政管理迫切需要,可以先制定地方政府规章。规章实施满两年需要继续实施规章所规定的行政措施的,应当提请本级人民代表大会或者其常务委员会制定地方性法规”。

<sup>26</sup> 《中华人民共和国行政处罚法》第 12 条第 1 款。

<sup>27</sup> 《中华人民共和国行政处罚法》第 13 条第 1 款。

<sup>28</sup> 《中华人民共和国行政许可法》第 15 条第 1 款。

<sup>29</sup> 《中华人民共和国行政许可法》第 16 条第 3 款、第 4 款。

<sup>30</sup> 《中华人民共和国行政强制法》第 10 条。

<sup>31</sup> 《中华人民共和国行政诉讼法》第 63 条。

在现代国家,无论中央还是地方,政权机关在社会治理过程中都需要制发大量的文件。其中既包括规范性文件,也包括非规范性文件。广义上的规范性文件包括作为正式法律渊源的各种法律形式和法律“名录”之外的对社会成员具有普遍约束力的文件。狭义的规范性文件则仅指法律表现形式之外的对社会成员具有普遍约束力的文件。非规范性文件是指国家机关在履职过程中针对特定人特定事而依法制作的法律文件。规范性文件必须具备抽象性(即其所指涉的对象是不特定的人和事)和可重复适用性(即在该文件有效的范围内,可以重复地适用于受该文件约束的对象)两个基本特征。这也是其与非规范性文件的差异所在。

在我国,地方文件也包括地方规范性文件和地方非规范性文件两类。地方规范性文件包括地方性法规、自治法规、地方政府规章等地方形式和地方法形式以外的其他地方性规范文件。需要指出的是,尽管我国《各级人民代表大会常务委员会监督法》对规范性文件采取了广义的概念,将法律形式和非法律形式的规范性文件都纳入规范性文件的范畴,但在政治和社会生活中已经约定俗成的做法是,仅将法律形式以外的规范性文件称为“规范性文件”,在使用上有狭义化趋势,<sup>②</sup>是“红头文件”的一种。这种做法目前已在许多地方有了法规或规章依据,它可以清晰地地区分作为法律形式的规范性文件和非法律形式的规范性文件,一方面凸显法律形式的严肃性和权威性,另一方面也便于对非法律形式的规范性文件增强有针对性的法治监督。但这些分类也有明显缺陷,那就是无法把地方文件中的“立法性文件”凸显出来。因为根据修改后的《立法法》,“非例外”情况下的地方政府规章虽属法律形式,但也应归入“非立法性文件”。这就需要我们引入另一种分类方法,即将规范性文件分为立法性文件和非立法性文件。上文已经提到,它是美国行政法上的一种规则分类方法,但在这里并不仅限于我国的行政法领域,其分类对象包括我国的全部规范性文件,地方文件当然包含其中。它是行使权力的性质和强度为标准进行分类的。一个国家机关行使法定或被授予的立法权,为社会成员创设新权利义务的文件就是立法性文件;若一个国家机关仅仅行使法律执行和解释的权力,只为让法律或立法性规则的内容或实现方式更清楚更具体,为此而制发的文件就是非立法性文件。按照这种分类方法,仅拥有地方性法规制定权的国家机关才能制定地方立法性文件,而且也不能认为该机关制定的所有规范性文件都是立法性文件,因为其中还有一部分属于执行性和实施性的。比如新增地方立法主体制定的地方立法事项之外的规范性文件也不是立法性文件。地方其他各级各类机关制定的规范性文件都是非立法性文件。

至此,我们就可以正确界定地方规范性文件和地方“立法性文件”并明确其表现形式了。所谓地方规范性文件,是指省、自治区、直辖市及其以下地方各级政权机关及相关工作部门,为实施法律、法规、规章或根据实际情况,为履行职权职责,依法制发的涉及公民、法人和其他组织权利和义务的,具有普遍约束力的文件。按照我国立法体制的要求,地方规范性文件均属于具体化和实施性文件,不得为社会成员创制新规范。从这个意义上讲,地方“立法性文件”是地方规范性文件中的一种。不过,从性质上讲,地方“立法性文件”是地方政权机关越权行为的具体表现。无论是整个文件越权,还是一个文件中越权制定了一条或几条新规则,都属此类,不影响对文件的定性。

## (二)我国地方文件的制发现状

从现实情况看,地方规范性文件既有地方人大及其常委会制发的,也有地方各级政府及其工作部门制发的,还有地方司法机关制发的。<sup>③</sup>其名称复杂多样,可多达十数种,具体包括决定、决议、命令、规定、公告、通告、通知、办法、实施细则、意见、会议纪要、解释、批复等。

若从数量上看,我国各级地方政权机关制发的文件简直难计其数,数量十分惊人。目前虽无地方

<sup>②</sup> 黄金荣:《“规范性文件”的法律界定及其效力》,《法学》2014年第7期。

<sup>③</sup> 参见《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》第28条至第33条。

文件的专门统计信息,更无地方规范性文件的具体统计数字,但从一些全国性的统计数字中可以窥见一斑。据新华社报道,群众路线教育实践活动开展以来,全国已压缩各种文件 190.8 万件。按每件文件 1 张 A4 纸保守估算,连起来长度达 566 公里,厚度相当于 50 层摩天大楼。且这仅下降 26.7%,反推一下便知压缩前文件超过 700 万件。按一年 250 个工作日计算,相当于每天发文 5000 件。<sup>④</sup>这其中“贡献”最大的恐怕是地方文件。而在数量庞大的背后,是权力之手的无处不在,是地方政府的公权滥用,文件制定不规范、越权滥权、揽权逐利等问题严重。有媒体剖析了地方规范性文件的以下五大问题。一是闹剧频出,什么事儿都敢发个文件。比如湖南省双峰县竟以规范性文件形式,“请求”将涉嫌收购 25 根象牙的犯罪嫌疑人李定胜取保候审,理由是“如果不放人,会影响企业发展”。二是部门争权,文件开道,企业叫苦连连。四川省公安厅治安管理总队原副总队长李荣飏,掌握民用爆炸事务监管大权,9 次以公安厅治安管理总队名义发文确定民用爆炸物品仓库设计、技术安全防范、安全评价单位,帮助企业销售民爆产品,大搞权钱交易,大肆敛财。<sup>⑤</sup>三是规范性文件成土政策,上级政策在落实过程中走样变形。如目前很多工业园区为了加大招商引资力度,常常通过发“红头文件”的方式,将“先租地后征地”、“先建后补办证”等明显有违法律的操作模式在实际中大为推广。四是文件过多过滥,致使公信力和执行力大打折扣。五是违法的规范性文件无追责。<sup>⑥</sup>“带有立法性质的文件”往往隐藏在这些由众多政权机关制发的名称繁杂的地方规范性文件之中。问题的核心是一些地方文件擅自改变或变通了法律法规的规定,实际上是越权制发了“立法性文件”。这也再次证明了中央禁令的及时性和紧迫性,凸显了中央决策的正确性。

需要警惕的是,个别机关或部门的非规范性文件有时也夹杂部分规范性内容,要求社会成员普遍遵守。这就提示我们,只要文件中创设了新规则,就应被视为“带有立法性质”的文件。比如曾经在多地出现的“夫妻房产证加名收税”事件,这样的要求或者仅出于某个管理机关的内部文件,或者出于管理机关的某位领导表态,甚至连个正式文件都没有,却给许多人增加了纳税缴费义务。从这个意义上讲,地方“立法性文件”既可表现为地方规范性文件,也可以表现为非规范性文件。因而,我们决不能仅凭文件形式和名称来对是否“立法性文件”作判断,关键要看其内容,以防被表面现象所迷惑。这也是我们认真研究地方“立法性文件”识别标准的原因所在。

### 三、地方“立法性文件”识别标准与防范机制

发现问题、认识问题,是解决问题的前提。明确了地方“立法性文件”的含义和形式,还要厘定科学合理的识别标准,才能及时发现和正确甄别地方“立法性文件”,切实防止此类文件的出台,让党的十八届四中全会决定中对地方文件“禁令”真正落到实处。

#### (一)地方“立法性文件”的识别标准

地方“立法性文件”的识别标准问题,其实就是如何准确区分地方“立法性文件”与地方“非立法性文件”的问题,这关系到能否有效预防、及时发现、及时制止地方制发带有立法性质的文件。这是一个理论阐述简单、实务操作复杂的大难题。

在美国,立法性规则与非立法性规则在理论上的区别十分明确。一部立法性规则基本上是一部行政法律——是对已有新法未完成的法律设计的委任性运作。立法性规则经常规定、修正与废除义

<sup>④</sup> 《全国压缩各种文件 190 万个》,《长江商报》2014 年 11 月 3 日,第 A10 版。

<sup>⑤</sup> 《拿红头文件敛财,3 年贪了 1500 万》,《京华时报》2015 年 1 月 29 日,第 21 版。

<sup>⑥</sup> 朱薇:《严肃性去哪儿了?“红头文件”多“怪事”》,http://news.xinhuanet.com/politics/2014-10/10/c\_1112772499.htm,2015 年 3 月 9 日访问。



务、权利或豁免。相反,非立法性规则不是运用委任性的法律设定权力,只是对公众、行政机关的职员与决定者提供指南,因而就不是行政法律。但在实践中划清两者的界限却十分困难。因为任何一种规则对公众的实际影响都是相同的,两种规则都在经常地解释法律中的语言的含义,许多规则的法律效力很难典型地归类于立法性规则或非立法性规则。<sup>⑤</sup>具体来说就是,在实践中我们很难判断一项规则究竟是在解释法律还是在扩展法律。法院和法官们在判决中时常深陷困境。不过,在美国联邦行政程序法颁布以来的半个多世纪里,法院和学界都在努力地寻找适宜的区分立法性规则和非立法性规则的标准。华盛顿特区法院在1993年“美国矿业联合会诉采矿安全与健康管理局案”中提出了让人容易接受的区分两类规则的基本标准。其主要有四个:其一,若无此项规则,行政机关在执法或实施其他行为时就失去了充分的立法性基础;其二,行政机关拟解释的立法性规则是否太模糊或者太不确定,以至于不足以支持解释性规则;其三,行政机关是否在明确地运用普遍性的立法权力;其四,此项规则是否有效地修正了先前的一项立法性规则。如果这几个问题的任何一个肯定性答案,我们就说这是一个立法性规则,而不是一个解释性规则。<sup>⑥</sup>

尽管我国没有立法性规则与解释性规则的区分,但上述判断标准还是有较高的借鉴价值的。当然,也有必要提出适合我国具体情况的地方“立法性文件”识别标准。根据我国《宪法》、《立法法》及其他相关法律的规定,从建设协调统一的中国特色社会主义法治体系的本质要求出发,结合十八届四中全会决定中该“禁令”的具体语境,参照美国立法性规则的判断标准,对地方“立法性文件”,笔者提出以下几个识别标准。

第一,制发主体的官方性。文件必须由官方制发,即或者由地方国家机关制发,或者由法律、法规、规章授权的其他地方组织依授权制发。地方国家机关既包括地方人大及其常设机构,也包括地方政府及其工作部门,还包括地方司法机关。如果文件不是由这些地方国家机关或者授权的组织即官方制发,而是由企事业单位或者其他社会组织等民间机构和组织制发的,那就不属于“禁令”中的“带有立法性质”的地方文件。但在这方面应当切实防止出现“二政府”现象。另外,依照我国相关规定,各类领导小组、指挥部、联席会议等临时性行政机构、议事协调机构及其办公室、行政机关的内设机构不得制发规范性文件。

第二,文件形式的有限性。“禁令”中所指的地方文件首先不包括地方法规和规章,一般情况下也不包括官方机构制发的非规范性文件。不是地方官方制定的所有文件,而是地方法形式以外的规范性文件,具体包括人大机关制定的决议、决定、法规解释,政府机关作出的决定、命令、规章解释及其他规范性文件,司法机关(法院、检察院)发布的规范性文件。这些地方机关制定的不涉及公民、法人或者其他组织权利义务和所属工作人员身份得失的内部管理规范、会议纪要、请示报告、工作制度以及表彰奖励、人事任免、对具体事项作出处理决定等文件,不属于“禁令”所禁范围。需要指出的是,认定一个文件是否“带有立法性质”也不能仅看形式和名称,应着重考察其具体内容,以防个别机关故意回避法定的备案审查程序。

第三,行为规范的创制性。它是指地方文件在上位法规定的权利义务之外,为公民创制了新权利义务。具体表现在:缩减或者剥夺了公民的权利,增加或豁免了公民义务,或者授予少数人特权,增加了本机关(部门)的权力,减少了本机关(部门)的法定职责。这是识别地方文件是否“带有立法性质”的最核心、最具决定性的标准。如果地方文件只在上位法规定的范围内具体规定公民行使权利履行义务的条件、方式,就不属于创制新规则,因而也就不是地方“立法性文件”。2007年3月初,福建省

<sup>⑤</sup> 参见[美]迈克尔·阿斯姆:《非立法性规则制定与规制改革》,高秦伟译,载浙江大学公法与比较法研究所编:《公法研究(第五辑)》,商务印书馆2007年版,第363-412页。

<sup>⑥</sup> 同前注<sup>⑤</sup>,理查德·皮尔斯文。

平和县以县政府办公室名义出台了一则关于严格控制初中生辍学的通知,要求乡镇、村和教育、劳动、工商、公安、民政、土地等部门对未取得初中毕业证书的青少年不得开具劳务证明,不给予办理劳务证、结婚证、驾驶证等,在福利补助、宅基地审批、营业执照发放等事项中严格审查青少年及其父母或者其他法定监护人落实义务教育情况。<sup>③</sup>这是以政府规范性文件的形式限制公民行使权利的案例,福建省平和县政府办公室制发的通知就是典型的“带有立法性质”的地方文件。

第四,适用范围的明确性。这是指文件所规范和调整的行为主体要么是公民、法人或其他组织,要么是与本机关或部门有隶属关系的人员,适用范围具有明确性。也就是说,“带有立法性质”的地方文件既可以表现为约束普通社会成员的规范性文件,也可以表现为约束本系统、本部门工作人员的规章制度。这符合党的十八届四中全会决定的精神,因为决定不仅明确要求“把所有规范性文件纳入备案审查范围”,更重要的是在描述“禁令”时使用了“文件”而不是“规范性文件”,禁止制发的显然包括外部规范性文件,也包括内部规范性文件即规章制度(这在实践中不被列入“规范性文件”)。这符合依法治国“不留死角”的治国理念和基本精神。2003年8月7日,嘉禾县委、县政府办联合下发“嘉办字[2003]136号文”,要求党政机关和企事业单位工作人员,做好珠泉商贸城拆迁对象中自己亲属的“四包”工作。不能认真落实者,将实行“两停”处理:暂停原单位工作、停发工资。<sup>④</sup>文件实行10个月,有160多名公职人员受牵连,有的被调离甚至开除。<sup>⑤</sup>显然,嘉禾县的这个文件就是内外兼治的文件,具有外部规范性文件和内部规章制度的双重属性。

第五,适用对象的普遍性。它指文件对适用对象具有普遍约束力,且能够反复适用。这一特征使此类文件与行政机关的工作报告、请示、信函、许可证、决定书、判决书、任命书等仅针对特定人或特定事项的非规范性文件区别开来。适用对象的普遍性,是识别地方文件是否“带有立法性质”的一个关键性标准。如果某一文件不具有普遍性,那它也就不可能为社会成员创制新规范,因而也就不可能成为“带有立法性质”的地方文件,当然也就不属于上述“禁令”范围。一份判决书即使有极为严重的错误,甚至颠倒黑白,枉杀无辜(比如“呼格案”死刑判决书),那么它也仅使案件当事人的权利义务受损,不影响普通公众的合法利益,因此它不是“带有立法性质”的文件。

必须明确,上述五项识别标准必须同时具备,才能认定某个地方文件“带有立法性质”。其中,第1、2、4、5项为形式标准,第3项为内容或实质标准。五项标准中缺少任何一项,都不能以认定“带有立法性质”,但第3项标准具有优先适用的资格,因为如果不符合这项标准,就可以直接排除其“带有立法性质”,也就用不着再逐一套用其他标准了。而如果符合第3项标准,那就要继续使用其他标准逐一评判,直到五项标准全部符合,才能得出认定结论。

## (二)地方“立法性文件”的防范机制

有了标准,就等于有了度量的尺子和判断的依据,但不等于问题得到了解决。具体来说,就是有了地方“立法性文件”的识别标准,只意味着可以依据此标准衡量地方文件,从中甄别出哪些是“立法性文件”,具备了避免制发此类文件的可能性,但并不意味着就实现了“禁令”目标。因而,还必须设计一套完整、系统、协调、有效的防范机制,以确保审查程序得到启动,识别标准得到运用,判断结论得到落实。比如,如何启动审查程序、由谁来进行具体识别、如何保障公众参与、认定后如何处理,特别是如何最大限度地防患于未然,或在公布实施后的最短时间发现问题,都需要一系列制度机制制作保障。决不能认为有了识别标准就万事大吉,严格执行和落实才能让地方“立法性文件”尽现原形。

<sup>③</sup> 沈汝发、张国俊:《“没有毕业证不办结婚证”被迫废止》,《中国青年报》2007年4月7日,第1版。

<sup>④</sup> 罗昌平:《湖南嘉禾县拆迁引发一对姐妹同日离婚》,《新京报》2004年5月8日。

<sup>⑤</sup> 罗昌平:《湖南嘉禾拆迁事件追踪:160多名公职人员受牵连》,《新京报》2004年5月15日。

为了维护法治的统一和协调,保证规范性文件的合法性和合理性,我国现行法律中已经设计建立了多项重要制度,在实践中也已发挥了重要作用,收到了较好效果。它们主要包括:改变撤销制度、备案审查制度、复议诉讼制度、审查建议制度和拒绝执行制度。这些制度虽然不是专门针对地方“立法性文件”设计的,但地方“立法性文件”是地方越权制发规范性文件中的一个具体表现,防止地方制发“立法性文件”也是这些制度的一个重要目标和任务,完全可以为落实“禁令”服务。

改变撤销制度,是我国宪法、立法法、监督法和相关组织法规定的立法监督制度的重要内容。为了维护宪法法律权威,保证上位法的“尊位”地位,确保法治的统一,我国宪法法律和法规规定,县级以上地方各级人民代表大会常务委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、决定和本级人民政府发布的不适当的决定、命令,县级以上的地方各级人民政府有权改变或者撤销所属各工作部门的不适当的命令、指示和下级人民政府的不适当的决定、命令。这是一种“自上而下”的立法监督制度,信息来源不限,启动方式不限,既可能是备案审查的结果,也可能是公民上书举报的结果,还可以是监督机关主动发现的结果。

备案审查制度,是我国法定的下位阶法接受上级机关或法制机构监督审查的重要制度。备案审查制度是分类分级规定的。地方人大及其常委会的规范性文件向上一级人大常委会备案,县级以上人民政府发布的规范性文件在向同级人大常委会备案的同时,还要向上级人民政府备案,县级以上人民政府工作部门制定的规范性文件除了报上一级主管部门备案外,还要报同级人民政府备案。接受备案的机关或部门对报送备案的规范性文件进行审查。发现存在“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”等问题的,有权依法改变或撤销报备的规范性文件,或者监督修改存在问题的内容,纠正错误。

复议诉讼制度,具体指行政复议和行政诉讼制度。我国《行政复议法》规定,公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为所依据的县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定(不含地方政府规章)或乡、镇人民政府的规定不合法,在对具体行政行为申请行政复议时,可以一并向行政复议机关提出对该规定的审查申请,<sup>⑫</sup>行政复议机关认为作出具体行政行为的依据不合法时应依法处理,或转送有权处理的行政机关依法处理。<sup>⑬</sup>《行政诉讼法》规定,公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件(不含规章)不合法,在对行政行为提起诉讼时,可以一并请求对该规范性文件进行审查,<sup>⑭</sup>人民法院经审查认为本法第五十三条规定的规范性文件不合法的,不作为认定行政行为合法的依据,并向制定机关提出处理建议。<sup>⑮</sup>这些规定都包含了对地方规范性文件的审查要求,如发现地方制发的规范性文件“带有立法性质”,就可以依法启动处理或建议启动处理程序。

审查建议制度,是指在上述备案审查、复议诉讼“一并提请审查”的同时,国家机关、社会团体、企业事业单位和其他组织以及公民认为规范性文件不合法的,可以向制定机关或者本级人大常委会、人民政府法制机构提出书面审查申请,由接受申请机关受理、处理并及时告知处理结果的社会监督制度。这是对规范性文件加强民主监督的重要途径,提出审查申请者不限于利害关系人或案件当事人,而是所有社会成员,是保证人人参与监督的制度。

拒绝执行制度,指当规范性文件制定程序存在法定瑕疵时,社会成员有权拒绝执行的制度。这是当下行政规范性文件监督机制中设置的一项制度,不过,它不是我国宪法法律设置的,而是部分省的

<sup>⑫</sup> 《中华人民共和国行政复议法》第7条。

<sup>⑬</sup> 《中华人民共和国行政复议法》第27条。

<sup>⑭</sup> 《中华人民共和国行政诉讼法》第53条。

<sup>⑮</sup> 《中华人民共和国行政诉讼法》第64条。

地方政府规章设置的。如《河北省规范性文件制定规定》第 23 条规定:“未经登记、编号、公布的规范性文件不得作为行政管理的依据,公民、法人或者其他组织可以拒绝执行。黑龙江省和云南省的相关规章也有类似的规定。”

从形式上看,我国已对地方规范性文件的制定构建起比较严密的监督制度体系,理论上完全能够做到及时发现、纠正和处理地方规范性文件的违法问题。然而,现实却不令人满意。究其原因,无非两点。一是制度的可操作性和执行效果不佳,达不到预期目的,二是制度体系还存在漏洞和不衔接之处,给一些规避审查的行为留下可乘之机。改变撤销制度长期以来处于休眠状态,该制度几乎形同虚设,这是有目共睹的。备案审查制度近几年来有所强化,阻止了大量不合法的规范性文件,成绩显著。但毕竟规范性文件数量庞大,涉及专业领域广泛,备案审查部门力量有限,难以应对巨大的审查任务,加之制度刚性差,备不备案一个样,审查不审查也没有“硬指标”,<sup>④6</sup>还有规范性文件的许多问题只有在实施过程中才能全面显现出来,因而现有的备案审查制度也无法将违法的规范性文件一一筛查出来。复议诉讼制度主要依赖于个案,取决于案件当事人的附带申请,覆盖面窄,即使在审查中发现规范性文件的问题,到最终纠正也需要一个较长过程。特别是行政诉讼过程中,人民法院对法律法规规章和规范性文件有选择适用权,<sup>④7</sup>可能会对弃之不用的规范性文件置之不理,影响对有问题规范性文件的纠正。审查建议制度,则完全取决于社会成员的法治意识、法律素养和社会责任感,取决于指出的问题是否准确到位,更取决于受理建议机构的对待态度,因而效果可能并不理想。至于拒绝执行制度,虽然颇具民主精神,能够弥补权力制约机制之不足,但它一无理论基础,二无宪法法律依据,遭到了学者的强烈质疑,<sup>④8</sup>其科学合理性和可行性都堪忧。

要严格落实“禁令”,有效防止地方制发立法性文件,既需要重整现有制度,也需要增设新制度。总体思路是,在加强和健全处理机制的同时,建立并强化发现、提交和反馈机制,以充分发挥防范作用。具体表现在以下几个方面。

一是从顶层设计上,应当明确区分立法性文件和非立法性文件。本可以利用这次修改《立法法》的良好契机,从基本法律层面进一步明确法律形式与同一立法机关制定的其他规范性文件的法律地位和效力是否相同,从根本上解决相关法律文件效力上的混乱,将“禁止地方制发带有立法性质的文件”从纲领性要求转化为国家法律。这应是“明确权力边界”的内在要求和必然延伸,但很遗憾这次《立法法》修改并未涉及这一点。

二是坚持“立法公开”,扩大公众民主参与。没有全面的信息公开,民众和政府信息不对称,是不可能真正的公民参与的。<sup>④9</sup>在地方规范性文件的起草讨论阶段就最大限度地向社会公开,让公众广泛参与,通过举行听证会、论证会、专家座谈会、草案公开征求意见等多种形式,让广大群众知晓、讨论,特别是让那些规范性文件的潜在影响对象参与进来,听取他们的意见和想法,评估他们的得失,甚至可以通过模拟评估的方式预测规范性文件的未来效果。提高制定过程的民主化,改变长期以来的闭门造车乃至我行我素做法,将有助于及时发现规范性文件中的“立法性”内容,及早清除。

三是激活改变撤销制度。有权机关要敢于改变或撤销符合改变撤销条件的下级政府和工作部门的规范性文件,彻底终止这项重要制度的休眠状态。这既展示制度刚性,也体现法律权威,更重要的是向有关机关传递强烈信号,任何时候都不得越权制发文件,以增强相关机关在这方面的自律性和自觉性。如果一如既往,有权机关态度暧昧,不敢出手,或者“只做不说”,甘当幕后英雄,让法律制度

<sup>④6</sup> 陈丽平:《韩晓武委员提出:健全规范性文件备案审查制》,《法制日报》2014年9月26日,第3版。

<sup>④7</sup> 参见周汉华:《规范性文件在〈行政诉讼法〉修改中的定位》,《法学》2014年第8期。

<sup>④8</sup> 参见柳砚涛:《我国行政规范性文件设定权之检讨——以当下制度设计文本为分析对象》,《政治与法律》2014年第4期。

<sup>④9</sup> 刘莘、金成波:《参与式行政:一种新型的行政法制模式》,《江淮论坛》2013年第6期。

继续休眠下去,有关机关就无法清楚地知道制定文件的边界在哪,触犯底线有什么后果,仍会继续“任性”下去,随意制发“立法性文件”。

四是完善备案审查制度。要彻底改变“备而不查”的现象,接受备案机关无法自我完成全部审查任务的情况下,可以通过购买服务的方式,委托有关专业机构或专家进行审查。同时向社会公开审查情况,接受群众监督,这既是对制发机关的监督,也是对审查机构或专家的监督,还是对社会各界的普法宣传和教育,更是为改变或撤销制度的推行提供坚实基础。这次《立法法》修正案明确规定全国人大有关机构“应当”对公民立法审查建议进行反馈并可以向社会公开的制度,<sup>50</sup>既倒逼有关机构认真行使审查权,也为地方立法机关认真对待公民审查建议树立了榜样。

五是建立法律规范冲突报告制度。从立法监督的逻辑进程看,有效的备案审查制度是实现改变撤销制度的前提和基础,没有良好的备案审查工作,改变撤销制度就无法被充分激活。而运行良好的备案审查制度又有赖于切实可行的发现、提交机制来保证。也就是说,要有明确的审查方向和目标,而不是漫无目的地大海捞针。这就要求在全社会建立法律规范冲突报告制度,全体社会成员在学法用法过程中发现和遇到的法律规范冲突问题,都可以随时报告专门的接受机构,接受机构则建立专门的网站把公众报告的法律规范冲突问题(哪怕只是疑问)向全社会公开发布,职能部门、专家学者和法律职业人员都可以对法律规范冲突问题进行证实或证伪。经论证确实存在规范冲突或其他问题的,交由原制定机关启动修改或废止程序,或者交由备案审查机关改变或撤销。通过专家论证或社会讨论认定不存在问题的,则由职能机关公开澄清。还可以同时实行有奖报告和论证制度,进行正向激励。这符合立法过程开放化和民主化的发展方向,也可以最大限度地调动公众监督立法的积极性,从而有效地保证法治的统一和协调。

(责任编辑:姚 魏)

<sup>50</sup> 同前注<sup>24</sup>。