

法规规范司法审查 理论与实务

崔文俊 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

天津市2012年度哲学社会科学规划项《人民法院的法规范审查权问题研究》
的最终成果（项目编码：TJFX12-014）。

法规范司法审查 理论与实务

崔文俊 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法规规范司法审查理论与实务 / 崔文俊著. -- 北京 : 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1638 - 7

I. ①法… II. ①崔… III. ①司法制度—法律规范—研究—中国 IV. ①D926.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 282458 号

法规规范司法审查理论与实务

FAGUIFAN SIFA SHENCHA LILUN YU SHIWU

崔文俊 著

责任编辑 徐蕊

装帧设计 贾丹丹

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任印制 沙磊

编辑统筹 法律教育出版分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 13.75

字数 240 千

版本 2018 年 10 月第 1 版

印次 2018 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335

上海分公司/021-62071639/1636

西安分公司/029-85330678

深圳分公司/0755-83072995



书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1638 - 7

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章 人民法院法规范审查权概述	(1)
第一节 法规范审查概述	(1)
第二节 人民法院的法规范审查权概述	(15)
第二章 法规范司法审查的依据	(24)
第一节 宪法	(24)
第二节 法律	(41)
第三节 补充的审查依据	(49)
第三章 法规范司法审查的对象	(55)
第一节 行政法规	(55)
第二节 地方性法规	(76)
第三节 经济特区法规	(87)
第四节 自治条例和单行条例的可审查性	(105)
第五节 司法解释	(117)
第六节 规章	(122)
第七节 其他规范性文件	(125)
第四章 法规范司法审查的程序	(127)
第一节 法规范司法审查程序的启动	(127)
第二节 法规范司法审查的强度与标准	(133)
第三节 法规范司法审查后的判断与选择适用	(149)
第四节 法规范司法审查中疑难问题的处理机制	(164)
第五节 人民法院对法律违反宪法问题的处理	(180)
第六节 法规范司法审查的效力与法规范审查协作机制的建立	(188)
第五章 制定《法规范司法审查法》的展望	(193)
参考文献	(209)

第一章 人民法院法规范审查权概述

第一节 法规范审查概述

一、法规范与法源的概念

法规范审查与法律规范(以下简称法规范)及法律渊源(以下简称法源)具有密切的关系。要阐明法规范审查的意义,首先必须明确法规范与法源的概念。

关于法规范和法源的概念,在学说上有不同见解。本书所指的法规范,是指由国家制定或者认可的、体现国家意志的、以权利和义务为主要内容的、由国家强制力保障实施的具有普遍约束力的规定。本书所指的法源,仅限于正式法源,是指法规范的表现形式。法规范必须经由法源始能表现,而法源中所表现的规定即为法规范。^{〔1〕}

在我国传统的法学理论中,法源一般包括宪法、法律、法规(包括行政法规、地方性法规、经济特区法规、自治条例和单行条例)、规章(包括部门规章和地方政府规章)、国际条约、全国人大常委会作出的法律解释、司法解释(指最高人民法院、最高人民检察院作出的具体应用法律的解释)。相应地,这些规范性文件中的规定属于法规范。至于国家行政机关(既包括依法具有行政法规、规章制定权的行政机关,又包括依法不具有行政法规、规章制定权的行政机关)制定的除行政法规、规章以外的规范性文件、依法不具有地方法规制定权的地方人大及其常委会制定的规范性文件^{〔2〕},长期以来我国多数学者并不认可它们的法源地位;相应地,这些规范性文件中的规定的法规范属性通

〔1〕 陈敏:《行政法总论》(第5版),新学林出版有限公司2007年版,第60页。

〔2〕 这里的“地方法规”,包括地方性法规、经济特区法规、自治条例和单行条例。

常亦不能获得认可。对这些规范性文件中的规定,有的学者干脆称它们为“规范”^[1],有的学者考虑到它们虽非法规范,但又具有法规范的特征和作用,遂称它们为“准法规范”^[2]。

在审判实践中,法源的范围是一个重要的问题。《最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》(法[2004]96号)对法源的范围作了规定。该文件在承认法律、全国人大常委会的法律解释、行政法规、国务院或者国务院授权的部门公布的行政法规解释、地方性法规、自治条例和单行条例、规章以及规章制定机关作出的规章解释的法源地位的同时,又明确指出“有关部门为指导法律执行或者实施行政措施而作出的具体应用解释和制定的其他规范性文件”(主要指“国务院部门以及省、市、自治区和较大的市的人民政府或其主管部门对于具体应用法律、法规或规章作出的解释”和“县级以上人民政府及其主管部门制定发布的具有普遍约束力的决定、命令或其他规范性文件”),“不是正式的法律渊源,对人民法院不具有法律规范意义上的拘束力”。此外,根据最高人民法院的有关规定及其精神,宪法及全国人大常委会的宪法解释、国际条约、经济特区法规、军事法规和军事规章^[3]当然具有法源地位;至于依法不具有地方法规制定权的地方人大及其常委会制定的规范性文件则不具有法源地位。

在我国,理论与实务界否认一些规范性文件的法源地位,主要是因为它们的制定主体地位较低,并且制定程序也不够正式、严格。这个理由显然有些牵强。若以制定主体的地位作为标准,既然承认了行政法规、规章的法源地位,又如何能够否认依法具有行政法规、规章制定权的行政机关制定的其他具有普遍约束力的规范性文件的法源地位?若以制定程序作为标准,规章制定机关解释规章的程序通常并不比其制定其他具有普遍约束力的规范性文件的程序更加正式、严格^[4],又如何能够承认规章制定机关作出的规章解释的法源地位,而否认其制定的其他具有普遍约束力的规范性文件的法源地位?更为

[1] 陈云生:《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118页。

[2] 袁勇:《我国规范审查权的构成结构及其运行机制》,载《河南师范大学学报》(哲学社会科学版)2012年第1期。

[3] 军事法规和军事规章只在武装力量内部实施,理论与实务界关注较少,但并未否认它们的法源地位。

[4] 《规章制定程序条例》第36条规定:“依法不具有规章制定权的县级以上地方人民政府制定、发布具有普遍约束力的决定、命令,参照本条例规定的程序执行。”根据“举轻明重”的解释规则,依法具有规章制定权的地方人民政府制定、发布具有普遍约束力的决定、命令,更是应当参照《规章制定程序条例》规定的程序执行。

重要的是,无论是国家行政机关制定的除行政法规、规章以外的规范性文件,还是依法不具有地方法规制定权的地方人大及其常委会制定的规范性文件,都是有关国家机关制定的、以国家强制力保证其实施的、具有普遍约束力的规范的集合体。这些规范性文件及其所作的规定,完全符合法源及法规范的性质和特点。其实,规范性文件的制定主体地位较低,只是意味着其效力等级较低;规范性文件的制定程序不够严格,只是意味着其立法质量可能较低。以某一规范性文件的制定主体地位较低或者其制定程序不够严格为由,否认其法源地位及其所作规定的法规范属性,并不符合法规范及法源理论。从实践来看,那些效力等级较低、制定程序不够严格的规范性文件同法律、法规、规章一样发挥着对国家和社会生活的调整作用,如果不承认其法源地位,是行不通的^[1]。

在笔者看来,所有国家机关制定的、由国家强制力保障实施的、具有普遍约束力的规范性文件,都具有法源地位;相应地,这些规范性文件中的规定,也都具有法规范属性。

二、法规范审查的概念

关于法规范审查的概念,人们的认识不尽一致。有学者认为,法规范审查是指有权国家机关依据上位法规范对下位法规范进行审查的活动^[2];也有学者认为,法规范审查是指有权机关审查法规范或者准法规范的合法性与适当性的制度^[3]。

本书所称的“法规范审查”,是指有权国家机关依据特定的上位法规范对特定的下位法规范的合法性或者适当性进行审查的制度。法规范审查制度在我国宪法、法律上已有明文依据,在理论与实践中也越来越受到重视。为准确理解法规范审查的概念,可以从以下几个方面着手:

(1)法规范审查的主体具有多元性。除了宪法以外,一切规范性文件皆有违反上位法的可能性。为了确保法规范审查的有效进行,就需要明确法规范审查的主体。依法享有改变或者撤销特定规范性文件权限的国家机关,当然有权对该规范性文件进行审查。依法不享有改变或者撤销特定规范性文件权限的国家机关,若其对该规范性文件并无服从之义务,那么其在适用法律作出裁决或者决定时,原则上有权对该规范性文件进行附带审查,以确保其适用

[1] 吴鹏:《中国行政法法源理论及其重构》,载《云南大学学报》(法学版)2006年第2期。

[2] 翁岳生:《论法官之法规范审查权》(上),载《月旦法学杂志》1995年第8期;张千帆:《建立中国的法律规范审查制度——兼对修宪理论的一点探讨》,载《战略与管理》2004年第2期。

[3] 袁勇:《我国规范审查权的构成结构及其运行机制》,载《河南师范大学学报》(哲学社会科学版)2012年第1期。

的法规范系合法有效的法规范。

(2)对特定的法规范审查主体而言,作为其审查依据的“上位法”以及作为其审查对象的“下位法”都是特定的。“上位法”与“下位法”是相对而言的。在我国,宪法具有最高法律效力;法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章;行政法规的效力高于地方性法规、规章;地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章;省、自治区的人民政府制定的规章的效力高于本行政区域内的设区的市、自治州的人民政府制定的规章。“上位法优于下位法”,故一切“下位法”均不得与“上位法”相抵触。对特定的法规范审查主体而言,作为其审查依据的“上位法”是其必须服从的法规范,作为其审查对象的“下位法”是其有权审查的法规范,两者在范围上都是可以特定的。法规范审查主体不同,其审查依据和审查对象一般也会有所不同。

(3)法规范审查以合法性审查为原则,以适当性审查为例外。根据审查强度的不同,法规范审查有合法性审查与适当性审查之分。合法性审查是对法规范是否符合宪法、法律、法规等规范性文件的规定进行的审查。这里的合法性审查,包括合宪性审查在内。适当性审查是对通过合法性审查的法规范在内容上是否妥当进行的审查^[1]。显然,适当性审查在强度上要高于合法性审查。凡是对特定规范性文件享有审查权的机关,都可以审查该规范性文件的合法性,但不一定能审查该规范性文件的适当性。一般而言,对特定规范性文件依法享有改变权的审查机关,既有权审查该规范性文件的合法性,又有权审查该规范性文件的适当性;对特定规范性文件依法不享有改变权的审查机关,仅能审查该规范性文件的合法性,不得审查该规范性文件的适当性。

(4)法规范审查机关发现其有权审查的规范性文件违法或者不当的,应当依法作出相应的处理,以维护法制的统一。依法享有改变或者撤销权的审查机关认为有关规范性文件违法或者不当的,可以依法要求制定机关对该规范性文件予以修改或者废止,也可以依法直接改变或者撤销该规范性文件。依法不享有改变或者撤销权的审查机关认为有关规范性文件违法的,可以依法拒绝适用该规范性文件的规定,并可以建议享有改变或者撤销权的国家机关依法进行审查。

三、法规范审查的类型

法规范审查是一个多元化的体系。在研究法规范审查时,有必要对其予以类型化,以便我们准确把握其内涵及运作特点。

[1] 姜明安主编:《法规审查与法规评价研究》,北京大学出版社2014年版,第15页。

(一) 抽象法规范审查与具体法规范审查

根据审查方式的不同,法规范审查可以分为抽象法规范审查和具体法规范审查。

1. 抽象法规范审查

法规范审查,凡不依附于具体案件、直接进行的,即为抽象法规范审查。抽象法规范审查主要有以下特点:(1)审查主体资格受到严格限制。一般而言,只有对相关法规范享有改变或者撤销权限的机关才能对该法规范进行抽象审查。(2)实行全部和全面审查。抽象法规范审查是对特定规范性文件的全部条款进行审查,不仅要审查规范性文件的内容是否违反上位法,还要审查该规范性文件的制定是否超越权限、是否违反法定程序。(3)审查结果具有一般的拘束效力。一般而言,有权国家机关进行抽象法规范审查后,可以依法改变或者撤销该法规范,使其全面、彻底地失去法律效力。因而,抽象法规范审查的结果具有一般的拘束效力。

2. 具体法规范审查

法规范审查,凡必须依附于具体案件、附带进行的,即为具体法规范审查。具体法规范审查主要有以下特点:(1)审查主体资格限制相对比较宽松。具体法规范审查的主体主要是行政机关、司法机关这两类适用法律的机关。一般而言,行政机关、司法机关在适用法规范处理案件时,若其并不受某一法规范的绝对拘束,原则上即应承认其有权对该法规范进行附带审查,以决定能否适用该法规范。(2)实行部分和有限审查。具体法规范审查是为了解决个案的法律适用问题,因此只需要对与案件裁决有关的法规范进行审查,并且通常只审查特定法规范的制定是否超越权限、是否违反上位法即可。(3)审查结果仅有个案的拘束效力。有权国家机关进行具体法规范审查后,认为其所审查的法规范违法的,仅能拒绝将该法规范适用于当前处理的案件,并不能改变或者撤销该法规范。因而,具体法规范审查的结果仅有个案的拘束效力。

(二) 权力机关的法规范审查、行政机关的法规范审查与司法机关的法规范审查

根据审查主体权力属性的不同,可以将法规范审查分为权力机关的法规范审查、行政机关的法规范审查和司法机关的法规范审查三种类型。

1. 权力机关的法规范审查

在我国,权力机关的法规范审查是指各级人大及其常委会进行的法规范

审查^[1]。权力机关进行的法规规范审查为抽象审查。在我国,根据《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)、《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)、《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(以下简称《地方组织法》)、《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》(以下简称《监督法》)等法律的规定,全国人大有权审查全国人大常委会制定的法律,有权审查全国人大常委会作出的宪法解释、法律解释,有权审查全国人大常委会批准的自治条例、单行条例、国际条约、重要协定,有权审查国务院根据其授权制定的行政法规,有权审查经济特区所在地的省、市的人大及其常委会根据其授权制定的经济特区法规;全国人大常委会有权审查国务院依职权制定的行政法规或者其他规范性文件,有权审查国务院根据其授权制定的行政法规,有权审查省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人大及其常委会制定的地方性法规^[2],有权审查省、自治区、直辖市的人大常委会批准的自治条例、单行条例,有权审查最高人民法院、最高人民检察院作出的具体应用法律的解释,有权审查香港、澳门特别行政区立法机关制定的法律;地方人大有权审查本级人大常委会制定或者批准的规范性文件(包括地方性法规、自治条例和单行条例^[3]),有权审查本级人民政府制定的规章或者其他规范性文件;地方人大常委会有权审查本级人民政府制定的规章或者其他规范性文件,有权审查下一级人大及其常委会制定的规范性文件。

此外,根据《宪法》、《立法法》的规定,国际条约和重要协定须报全国人大常委会批准;自治区的自治条例和单行条例须报全国人大常委会批准后生效;自治州、自治县的自治条例和单行条例须报省、自治区、直辖市的人大常委会批准后生效;设区的市、自治州的地方性法规须报省、自治区的人大常委会批准后施行。根据以上规定,全国人大常委会对报请批准的国际条约和重要协定、自治区的自治条例和单行条例有权进行事先审查;省级人大常委会对报请批准的自治州、自治县的自治条例和单行条例、设区的市、自治州的地方性法

[1] 严格说来,国家权力机关仅指全国人大(“最高国家权力机关”)和地方各级人大(“地方国家权力机关”),县级以上各级人大常委会只是同级人大的常设机关。

[2] 《宪法》第67条第8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”。《立法法》第97条第2项进一步规定,全国人大常委会有权撤销同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规。

[3] 《立法法》第97条未明确规定省、自治区、直辖市的人大常委会有权撤销省、自治区、直辖市的人大常委会批准的自治条例、单行条例,但根据《宪法》第99条第2款关于县级以上地方各级人大“有权改变或者撤销本级人民代表大会常务委员会不适当的决定”的规定,省、自治区、直辖市的人大应当有权撤销省、自治区、直辖市的人大常委会作出的批准决定。

规有权进行事先审查。不过,法规范审查应当是指有权国家机关对已经公布的规范性文件进行的审查,对尚未生效的规范性文件进行的事先审查并非真正意义上的“法规范审查”。

关于权力机关法规范审查的对象、处理方式及其理由、法律依据,笔者根据宪法、法律的有关规定,以表格的方式整理如下:

表 1-1 权力机关的法规范审查

审查主体	审查对象	处理方式	处理理由	法律依据
全国人大	全国人大常委会制定的法律	改变或者撤销	“不适当”	《宪法》第 62 条第 11 项; 《立法法》第 97 条第 1 项
	全国人大常委会作出的宪法解释、法律解释	改变或者撤销	“不适当”	《宪法》第 62 条第 11 项
	全国人大常委会批准的自治条例和单行条例	撤销	违背《宪法》和《立法法》第 75 条第 2 款规定	《立法法》第 97 条第 1 项
	全国人大常委会批准的同外国缔结的条约和重要协定	撤销	“不适当”	《宪法》第 62 条第 11 项
	国务院根据全国人大授权制定的行政法规	撤销	“超越授权范围或者违背授权目的”	《立法法》第 97 条第 7 项
	经济特区所在地的省、市的人大及其常委会根据全国人大授权制定的法规	撤销	“超越授权范围或者违背授权目的”	《立法法》第 97 条第 7 项
全国人大常委会	国务院依职权制定的行政法规或者其他规范性文件	撤销	“同宪法和法律相抵触”	《宪法》第 67 条第 7 项
	国务院根据全国人大常委会授权制定的行政法规	撤销	“超越授权范围或者违背授权目的”	《立法法》第 97 条第 7 项
	地方性法规	撤销	“同宪法、法律和行政法规相抵触”	《立法法》第 97 条第 2 项

续表

审查主体	审查对象	处理方式	处理理由	法律依据
全国人大常委会	省、自治区、直辖市的人大常委会批准的自治条例和单行条例	撤销	违背《宪法》和《立法法》第75条第2款规定	《立法法》第97条第2项
	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	撤销	“同法律规定相抵触”	《监督法》第32条
	香港、澳门特别行政区立法机关制定的法律	发回	不符合香港、澳门特别行政区基本法关于中央管理的事务及中央和特别行政区关系的条款	《香港特别行政区基本法》第17条第3款;《澳门特别行政区基本法》第17条第3款
地方人大	本级人大常委会制定或者批准的规范性文件	改变或者撤销	“不适当”	《宪法》第99条第2款;《立法法》第97条第4项
	本级人民政府制定的规范性文件(包括规章)	撤销	“不适当”	《地方组织法》第8条第11项、第9条第9项
地方人大常委会	本级人民政府制定的规范性文件(包括规章)	撤销	“不适当”	《地方组织法》第44条第8项;《立法法》第97条第5项;《监督法》第30条
	下一级人大及其常委会制定的规范性文件	撤销	“不适当”	《地方组织法》第44条第7项;《监督法》第30条

2. 行政机关的法规范审查

行政机关的法规范审查是指各级国家行政机关进行的法规范审查。行政机关对法规范的审查有抽象法规范审查和具体法规范审查之分。

(1) 行政机关的抽象法规范审查。基于行政一体性原则,上级行政机关对下级行政机关有指挥监督的权限。下级行政机关制定的规范性文件违法或

者不当的,上级行政机关有权予以改变或者撤销^[1]。显然,上级行政机关对下级行政机关制定的规范性文件享有审查的权限。我国宪法、法律中已经明确,国务院有权审查国务院各部、各委员会制定的规章或者其他规范性文件,有权审查地方各级国家行政机关制定的规章或者其他规范性文件;地方各级人民政府有权审查所属各工作部门制定的规范性文件,有权审查下级人民政府制定的规章或者其他规范性文件。根据行政一体性原则,上级人民政府的工作部门亦有权审查受其领导的下级人民政府的工作部门制定的规范性文件^[2]。

关于国务院能否对地方性法规、自治州、自治县的自治条例和单行条例、经济特区法规进行抽象审查,是一个值得探讨的问题。《立法法》第102条规定:“其他接受备案的机关对报送备案的地方性法规、自治条例和单行条例、规章的审查程序,按照维护法制统一的原则,由接受备案的机关规定。”本条中所指的“其他接受备案的机关”包括国务院和省、自治区的人民政府。根据《立法法》第98条的规定,需要报国务院备案的是地方性法规、自治州、自治县的自治条例和单行条例、部门规章和地方政府规章、经济特区法规(前提是全国人大授权决定规定的接受备案的机关包括国务院);需要报省、自治区的人民政府备案的是设区的市、自治州的人民政府制定的规章。一些学者认为,根据《立法法》第102条的规定,国务院作为接受备案的机关对报送备案的地方性法规、自治州、自治县的自治条例和单行条例、部门规章和地方政府规章、经济特区法规有权进行审查。国务院为了加强对这些法规、规章的监督,还专门制定了《法规规章备案条例》^[3]。笔者认为,对《立法法》第102条规定的理解,不能孤立地仅从字面含义去理解,应当将其置于整个法律体系中去理解。接受备案的机关对报送备案的规范性文件进行审查,必须以其对该规范性文件享有审查权作为前提。在我国,依据《宪法》的规定及其精神,国务院对于部门规章和地方政府规章享有抽象审查权,但对地方各级人大及其常委会制定的规范性文件并无抽象审查权。《立法法》第99条第1款规定:“国务

[1] 陈敏:《行政法总论》(第5版),新学林出版有限公司2007年版,第109页。

[2] 在我国,只有在法律或者行政法规明确规定下级人民政府工作部门受上级人民政府工作部门领导时,上下级人民政府工作部门之间的关系才是上下级行政机关之间的关系。参见乔晓阳、张春生主编:《〈中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法〉释义及问题解答》(第2版),中国民主法制出版社2006年版,第112~113页。

[3] 该行政法规系依据2015年修改前的《立法法》第92条的规定(其内容同修改后的《立法法》第102条)制定的。

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。”这一规定进一步表明:国务院对地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区法规没有抽象审查权^[1]。如果我们根据《立法法》第102条的规定得出国务院可以审查地方性法规、自治条例和单行条例的结论,显然不仅违反宪法的规定及其精神,亦与《立法法》第99条第1款的规定相冲突。也就是说,根据《立法法》第102条的规定,国务院并不能取得对报送备案的法规进行抽象审查的权限。《法规规章备案条例》中规定,国务院可以对报送备案的地方性法规、自治州、自治县的自治条例和单行条例、经济特区法规进行抽象审查,其合法性是有疑问的。

关于行政机关进行抽象法规范审查的对象、处理方式及其理由、法律依据,笔者根据宪法、法律的有关规定,以表格的方式整理如下:

表1-2 行政机关的抽象法规范审查

审查主体	审查对象	处理方式	处理理由	法律依据
国务院	国务院各部、各委员会制定的规章或者其他规范性文件	改变或者撤销	“不适当”	《宪法》第89条第13项
	地方各级国家行政机关制定的规章或者其他规范性文件	改变或者撤销	“不适当”	《宪法》第89条第14项; 《立法法》第97条第3项
地方各级人民政府	所属各工作部门制定的规范性文件	改变或者撤销	“不适当”	《宪法》第108条
	下级人民政府制定的规章或者其他规范性文件	改变或者撤销	“不适当”	《宪法》第108条;《立法法》第97条第6项
上级人民政府工作部门	受其领导的下级人民政府工作部门	改变或者撤销	“不适当”	

[1] 曹鸾骁:《我国地方性法规审查机制的宪法学分析》,载《理论界》2010年第3期。

(2)行政机关的具体法规范审查。正确适用合法有效的法规范,是行政行为合法性的要件之一^[1]。行政机关在适用法规范作出行政行为时,必须注意该法规范是否有与宪法、法律或者其他上位法相抵触而不能适用的情形^[2]。不过,行政机关在适用法规范时,并非对任何法规范均可加以审查。不同法源的法规范依其对行政机关约束力的不同,可以分为以下三类^[3]:第一类是“必须服从的规范”,在范围上包括上级国家行政机关制定的规范、对应的本级及其上级国家权力机关制定或者认可的规范;第二类是“可以审查的规范”,主要是指下级国家行政机关制定的规范;第三类是“应当尊重的规范”,在范围上包括不相隶属的行政机关制定的规范、对应的下级国家权力机关制定或者认可的规范。相应地,行政机关在适用法规范作出行政行为时,对于不同法源的法规范的态度亦应当有所不同^[4];对于第一类规范,行政机关由于受到该规范的拘束,对该规范无权加以审查,在发现该规范不合法时,只能以之为先决问题,决定停止行政行为的程序,并提出客观上形成确信该规范不合法的具体理由,依法送请有权机关作出解释或者裁决;对于第二类规范,行政机关既然有权对该规范进行审查,自然不许其放弃审查职责,而应于作出行政行为时附带对该规范进行审查,并在确信该规范不合法或者不当时,有权直接拒绝适用该规范;对于第三类规范,行政机关由于对该规范不合法的问题无权作出处理,故其发现该法规范不合法时,可以以之为先决问题,决定停止行政行为的程序,并提出客观上形成确信该规范不合法的具体理由,依法送请有权机关作出解释或者裁决;同时,由于该行政机关并不受“应当尊重的规范”的拘束,其亦可以附带对该规范进行审查,并在确信该规范不合法时,直接拒绝适用该规范。

目前,行政机关进行具体法规范审查的权限在《行政复议法》上已有明文规定^[5]。

[1] 参见《行政复议法》(2009年修正)第28条、《行政诉讼法》(2014年修正)第69条。

[2] 陈敏:《行政法总论》(第5版),新学林出版有限公司2007年版,第120页。

[3] 崔文俊:《〈行政复议法〉上的“规范”处理制度之重构》,载《法治论丛》2010年第3期。

[4] 同上。

[5] 《行政复议法》(2009年修正)第7条规定:“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下列规定不合法,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:(一)国务院部门的规定;(二)县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定;(三)乡、镇人民政府的规定。前款所列规定不含国务院部、委员会规章和地方人民政府规章。规章的审查依照法律、行政法规办理。”第27条规定:“行政复议机关在对被申请人作出的具体行政行为进行审查时,认为其依据不合法,本机关有权处理的,应当在三十日内依法处理;无权处理的,应当在七日内按照法定程序转送有权处理的国家机关依法处理。处理期间,中止对具体行政行为的审查。”

3. 司法机关的法规范审查

司法机关的法规范审查是指各级司法机关进行的法规范审查。司法机关的法规范审查,主要是指人民法院在审理民事、行政、刑事案件时,为解决案件的法律适用问题,对相关法规范附带进行的审查。司法机关的法规范审查,属于具体法规范审查。在我国,人民法院的法规范审查并不像权力机关、行政机关的法规范审查那样有宪法上的明文依据,一些学者甚至否认人民法院享有法规范审查权。在2014年《行政诉讼法》修改之前,在我国的法律中并无人民法院享有法规范审查权的明文规定。1989年制定的《行政诉讼法》第53条第1款规定,人民法院审理案件,参照规章。理论与实务界普遍认为,这一规定在实际上赋予了人民法院在审理行政案件时附带审查规章的权限^{〔1〕}。从审判实践来看,人民法院在审理案件时不仅有附带审查规章的情况,附带审查地方性法规的情形也时有发生,甚至有对行政法规附带进行审查的。2014年修正的《行政诉讼法》第53条、第64条中明确规定,人民法院在审理案件时,对国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规章以外的规范性文件享有审查的权力。这是我国法律中第一次明确规定,人民法院在审理案件时有权附带审查特定的法规范。

(三) 法规范的违宪审查与法规范的违法审查

根据审查依据的不同,法规范审查可以分为法规范的违宪审查与法规范的违法审查。

1. 法规范的违宪审查

法规范的违宪审查,是指对宪法之下的法规范是否违反宪法进行的审查。这里所指的违反宪法,包括违反宪法的规定、原则和精神。^{〔2〕}宪法是我国的根本法,具有最高的法律效力,一切法律、法规、规章等规范性文件都不得同宪法相抵触。为了维护宪法的权威,必须建立法规范的违宪审查制度。法规范的违宪审查,不仅包括法律的违宪审查,即对法律是否违反宪法的审查,亦包括法律之下法规范的违宪审查,即对法律之下的法规范是否违反宪法的审查。

(1) 法律的违宪审查。在我国,法律既包括最高国家权力机关——全国人大制定的法规范,又包括它的常设机关——全国人大常委会制定的法规范。相应地,法律的违宪审查,既应当包括对全国人大制定的法律是否违宪进行的

〔1〕 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第3版),北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第575页。

〔2〕 胡锦涛、韩大元:《中国宪法》(第2版),法律出版社2007年版,第144页。

审查,又应当包括对全国人大常委会制定的法律是否违宪进行的审查。对于全国人大常委会制定的法律是否违反宪法,考虑到全国人大常委会的地位,只有全国人大才有权进行审查。至于全国人大制定的法律,亦存在违反宪法的可能。但是,考虑到全国人大所具有的至高无上地位,除了全国人大自己以外,其他任何国家机关均无权对其制定的法律加以审查。不过,由全国人大自己审查自己制定的法律是否违反宪法,有违“任何人不能做自己案件的法官”的法治原则,很难期待这种审查能够发挥作用。因此,在我国,就法律的违宪审查而言,尚存在着难以克服的障碍。

(2)法律之下的法规范的违宪审查。在我国,国家行政机关、审判机关、检察机关都必须服从法律,因此,对于法律是否违反宪法,这些国家机关均无权加以审查。但是,法律之下的法规范对于这些国家机关并非全部具有绝对拘束力^[1],因而,不能排除这些国家机关享有审查某些法律之下的法规范是否违反宪法的权力。凡是对某法律之下的法规范享有审查权的国家机关,当然享有审查该法规范是否违反宪法的权力。因为,法规范审查就是要审查特定的法规范是否违反上位法规范,而宪法在任何情况下都是绝对的上位法规范。不过,只有对法律之下的法规范享有改变或者撤销权限的国家机关才能彻底废弃违宪的法规范,而不享有改变或者撤销权限的国家机关仅能在适用法规范处理具体案件时对该法规范进行附带审查,并且对经审查结果为违宪的法规范,也仅能拒绝适用,而不得将其予以废弃^[2]。

2. 法规范的违法审查

法规范的违法审查,是相对于法规范的违宪审查而言的,是指对法律之下的规范是否违反法律进行的审查。凡是对某法律之下的法规范享有审查权的国家机关,当然享有审查该法规范是否违反法律的权力。同样地,只有对该法规范享有改变或者撤销权限的国家机关才能彻底废弃违法的法规范,而不享有改变或者撤销权限的国家机关仅能在适用法规范处理具体案件时对该法规范进行附带审查,并且对经审查结果为违法的法规范,仅能拒绝适用,不得将其予以废弃。

法规范的违宪审查与违法审查尽管在审查依据和审查范围上有所不同,但两者之间具有非常密切的关系。对法律之下的法规范享有审查权的机关,

[1] 当一个国家机关必须服从某规范性文件时,该规范性文件对该国家机关即具有绝对拘束力。参见萨孟武著,黄俊杰修订:《中国宪法新论》(修订第2版),三民书局股份有限公司2007年版,第406页。

[2] 陈敏:《行政法总论》(第5版),新学林出版有限公司2007年版,第103页。