



宪
政
论
丛

法规审查与法规评价研究

本书是法学部宪法行政学研究中心的自主课题。法规审查与法规评价是行政法学的重要课题。本书从行政法学的基本理论出发，对法规审查与法规评价的理论基础、制度设计、实施程序、监督机制等问题进行了深入研究。本书的出版，对于推进我国法治建设，提高政府依法行政水平，具有重要的理论意义和实践价值。

A Research on the Review and
Assessment of Regulations

北京大学出版社



姜明安 主编

宪
政
论
丛

北京大学出版社



法规审查与法规评价研究

A Research on the Review and
Assessment of Regulations

本书是司法部国家法治与法学理论研究项目重点课题“法规审查标准及评价系统法”的最终成果。该课题原称“法规”是介于广义法规和狭义法规二者之中的中义法规，不包括法规和地方性法规，但包括规章和规范性文件中的规范性文件。本书共分两大部分，第一部分为第一章，重点研究法规审查，分别讨论法规审查的一般理论和中国法规审查的特殊性，以及大陆代表机关、行政机关和国家机关对法规审查的不同原理。第二章为第二部分，重点研究法规评价，分别讨论法规评价的一般原理和历史沿革，以及法规评价的主体、评价标准、评价方法和评价程序。此外，本书还就如何改进和完善我国法规审查与法规评价制度提出相关的对策建议。

姜明安 主编

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果

图书在版编目(CIP)数据

法规审查与法规评价研究/姜明安主编. —北京:北京大学出版社, 2014. 11
(宪政论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 24994 - 9

I. ①法… II. ①姜… III. ①法规—研究—中国 IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 237361 号

书 名: 法规审查与法规评价研究

著 作 者: 姜明安 主编

责 任 编 辑: 周 菲

标 准 书 号: ISBN 978 - 7 - 301 - 24994 - 9/D · 3694

出 版 发 行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新 浪 微 博: @北京大学出版社

电 子 信 箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 21.5 印张 330 千字

2014 年 11 月第 1 版 2014 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 45.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

绪

论

本书是笔者主持的司法部国家法治与法学理论研究项目重点课题“法规审查标准及其评价系统”的最终成果。其中所称“法规”是介于广义法规和狭义法规二者之中的中义的法规:不包括法律和地方性法规,但包括规章和规章以下的规范性文件。本书之所以选择行政法规、规章和规章以下的规范性文件为研究范围,是因为对此种“法规”审查标准及其评价系统的研究具有重要的理论价值和实际意义:其一,行政法规、规章和规章以下的规范性文件在我国法的体系中具有特殊重要的地位,其数量数倍于法律和地方性法规,是绝大多数公权力行为的直接依据,对公民法人和其他组织的权益具有最直接的和最广泛的影响。规章以下的规范性文件虽然不是我国《立法法》规范的“法”,但在调整各种社会关系中,特别是在较大的市以下的行政管理中,实际具有准法的作用,行政机关的大量具体行政行为是依据规章以下的规范性文件作出的。其二,由于目前我国立法体制和监督机制不完善,行政法规、规章和规章以下的规范性文件,特别是规章以下的规范性文件(俗称“红头文件”),在我国现实生活中存在各种问题,如违法、越权、制定程序不当或内容不合理、不科学、侵权,乃至行政立法者利用行政立法搞地方保护主义、部门保护主义等,此种情况迫切需要建立和完善对法规

的审查、评价机制。而要建立完善此种机制,首先需要对之进行全面、深入的研究。其三,我国《立法法》虽然规定了对法规的审查制度,但这一制度并未能得到有效的运行。至于法规评价制度,目前仅在国务院《全面推进依法行政实施纲要》和部分地方规章及规章以下的规范性文件中有所规定,中央和地方层面均处于探索阶段。为了推动法规审查制度的实际运作和法规评价制度的建立和运行,加强对行政法规和规章审查标准及其评价系统的研究不仅具有必要性,而且具有迫切性。正是出于这种必要性和迫切性的考虑,我们选择“中国法规审查标准及其评价体系”作为本课题组研究的选题,对之展开了近三年时间的深入研究,形成了近三十万字的研究成果。

本书共分八个部分,即八章:第一至四章研究法规审查,重点研究审查标准,同时也研究与审查标准相关的审查主体、审查方式和审查程序问题;第五至八章研究法规评价,分别研究法规评价的主体、评价标准、评价方法和评价程序。下面具体介绍和阐释各章的主要内容与重要观点,包括作者就改进和完善我国相关制度所提出的重要对策和建议:

第一章研究法规审查的一般理论和中国法规审查的特殊性。分别探讨法规审查的概念、性质、特征,法规审查的类型,法规审查中的解释方法,中国法规审查的宪政基础和行政法治基础,中国法规审查的意义和功能。本章的重要观点有五:其一,法规审查与法规裁量有重要关系。行政立法不同于行政执法,政策裁量是其根基,法规审查如果脱离法规裁量,将会严重损害法规的积极功能与作用。其二,对法规审查作违宪审查、违法审查与适当性审查的分类,据此建立法规审查的相适应的标准。其三,中国法规审查的宪政和法治基础是五大原则:基本权利原则、权力分立原则、法律优先原则、法律保留原则、比例原则。其四,法规审查的方法依违宪审查、违法审查与适当性审查的类型不同而不同,其中违法审查的基本方法分别是依法律文本进行审查和依法律原则进行审查。其五,中国法规审查的意义和功能主要体现在三个方面:对行政权力的监督,对公民、法人和其他组织权利的保障,对法制统一的维护。

第二章研究人民代表机关对法规的审查。分别探讨代议机关审查法规的机构设置、审查方式、审查特征和我国人民代表机关对法规审查的历史发展、国外或域外代议机关对法规的审查模式、我国地方人大审查法规的制度

及制度的实际运作。本章的重点内容在于提出了改进和完善我国人大法规审查制度的较系统的对策和建议,主要包括四个方面:其一,对法规审查标准的完善,法规审查标准包括对违宪审查标准、合法性审查标准和适当性审查标准。关于违宪审查标准,本书提出,将我国违宪审查标准体系区分为法规涉及精神自由与法规涉及经济权利两种类型,分别采取两种不同的审查标准,对涉及精神自由的法规采取较为严格的审查标准,而对涉及经济权利的法规则采取较为宽松的审查标准。关于合法性审查,本书提出五项标准:一是制定规范性文件的主体是否合法;二是是否超越法定权限,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;三是规范性文件的内容是否与宪法、法律、法规和上级人民代表大会及其常务委员会决议相抵触;四是制定程序是否合法;五是同级别的规范性文件对同一事项的规范是否一致。关于适当性审查,本书提出,适当审查标准具有很强的抽象性,难于完全从实体上界定,需要更多地从程序方面控制。首先,加强法规审查结果的公开及说明理由制度;其次,借鉴德国听证权之保留的法规审查模式,确保在行政程序中广大受影响的利益群体的参与权;再次,建立法规审查的案例指导制度,从纷繁复杂的法规审查实践中抽象出一般的、普遍的规律,供相同或相类似的法规审查情形参照适用,以形成相对一致的法规审查标准。其二,对法规审查方式的完善。关于法规审查方式的改进和完善,本书提出主要应处理好以下三对关系:一是处理好备案与审查的关系;二是处理好主动审查与被动审查的关系;三是处理好事前审查与事后审查的关系。其三,对法规审查程序的完善。关于审查程序,本课题提出可从四个方面进行完善:一是建立和完善各级人大常委会对法规审查的信息公开以及反馈机制;二是在全国人大之下设立专门委员会,对行政立法进行具体监督;三是完善备案制度,明确备案期限,使之有效地起到监督作用;四是完善法规审查的异议机制。其四,加强法规审查的功效。对此,本书的对策和建议主要有三:一是构建人大对法规审查的信息公开机制;二是完善人大对法规审查的公民参与机制,拓宽公民对法规的民意表达渠道;三是建立专家在法规审查中的意见表达机制,以弥补人大在法规审查中专业性知识的不足。

第三章研究行政机关对法规的审查。分别探讨行政机关审查法规的机

构、审查主体与制定主体的关系、行政机关审查的方式、行政机关审查的主要种类:制定审查、前置审查、备案审查和复议审查等。本章还简介了国外(德国、法国、日本、英国、美国)和我国台湾地区行政机关法规审查的基本情况,并进行了相应分析。本章的重点内容和观点有四:其一,提出了法规制定审查的六项标准:(1)合法性标准。合法性标准既包括实体合法,也包括程序合法。(2)合理性标准。包括必要性、可行性、适当性,所规定的法律措施是否能解决具体问题,同时符合比例原则,不对行政相对人构成过分负担等。(3)协调性标准。指法规与相关立法相协调。(4)科学性标准。包括体现改革精神,符合精简、统一、效能的原则,体现行政机关的职权与责任相统一的原则。(5)立法技术标准。指立法语言明确、内容具体、结构严谨、格式得当等。(6)形式性标准。包括报审的材料是否齐备,是否经过起草部门负责人签署等。其二,提出法规前置审查的范围应限定为三类:(1)涉及对行政相对人履行义务作出规定的文件;(2)对所规定事项依据把握不准或者有异议的文件;(3)涉及行政许可、行政处罚、行政强制等行政执法事项的执行规定文件。其三,主张法规备案审查应尊重地方因地制宜决定自身事务的权利,对于备案审查的标准,对下级地方政府立法的审查强度应小于对本级部门立法的审查强度。其四,提出行政复议中对法规的审查应主要以合法性审查为标准,行政复议中发现的法规合理性问题可以通过备案审查等制度加以解决。

第四章研究司法机关对法规的审查。分别探讨法规审查与司法审查、违宪审查三者的相互关系、影响司法机关法规审查制度的各种体制、机制因素、司法机关法规审查的类型化(依行政行为类型和依行政诉讼类型的分类)。本章重点介绍了美国的司法审查的“双重标准理论”,即根据相应法规是否涉及与民主程序有关的基本权利而确定司法审查强度的理论和“三层密度标准”,即严格审查标准、中度审查标准和合理性基础审查标准,以及德国法规审查的比例原则标准、授权标准、抵触标准、法国法规审查的越权标准、抵触标准等。在此基础上,本章分析了我国司法机关法规审查标准的存在的四个方面的不足与缺陷:其一,过分注重于宪政秩序的维护而对公民权利保障关注不足;其二,在审查标准中缺乏授权标准控制立法秩序;其三,现行审查标准实质为法律适用取舍标准而缺乏认定法规无效或撤销法规的

标准;其四,现行审查标准规范化程度不够,容易导致法规审查权的滥用和误用。根据这些不足与缺陷,本章最后提出了我国司法机关法规审查标准重构的具体方案:以现行的不一致标准和抵触标准为框架,有选择地植入德国的比例原则和美国三层密度标准的合理内核,从而在立足于维护宪政秩序的基础上,不断强化公民权利保障的范围和力度。

第五章研究法规评价的一般原理和历史沿革。分别探讨法规评价系统的概念与特征、我国法规评价系统的发展起步和发展趋势、国外规制影响评价制度的兴起与发展,以及法规评价系统的宪政基础、行政法学理论基础和法经济学基础。本章的重点内容和观点有五:其一,确定法规评价系统概念的五个基本要素,即主体、对象、内容、程序、目的。基于此,将“法规评价系统”界定为“法定评价主体依照一定的标准、方法和程序评估行政法规、行政规章和行政规范性文件的各种影响,从而为决策者修改、废止或维持该法规提供参考依据的制度体系”。其二,将与我国法规评价制度相类似的国外规制影响评估制度的意义和作用概括为四个方面:一是通过比较不同规制方案的成本和收益,为法规制定提供有价值的信息,并合理地分配规制资源,从而改善规制效果,降低规制成本,提升规制质量;二是整合多元的政策目标,为决策者提供关于规制的理性而综合的资讯,协调不同的利益,增加决策的合理性;三是加强规制的透明度和协商性,促进行政民主;四是注重质量控制和监督,强化行政责任。故此,规制影响评估制度成为西方国家提升立法质量的重要工具和决策过程的有效补充。其三,提出我国法规评价系统深厚的宪政资源可从我国宪法文本中规定的参政权、知情权、法制统一原则、国家机关的精简效率原则中发掘。其四,论述了法规评价系统的行政民主化价值,这种价值主要表现在其体现了服务政府、有效政府、透明政府和责任政府的要求。其五,从法经济学的理论探讨了法规评价系统的实施、运作对于解决“规制失灵”的特殊意义,指出法规评价与以往的法规调研、论证、清理等制度不同,其最重要、最关键的特征是重视成本—收益分析方法的运用。

第六章研究法规评价的主体。分别探讨法规评价主体与法规价值主体的关系、法规评价制度目的、政府信息公开对确定法规评价主体的影响作用、法规评价主体的分类,并分别介绍西方国家法规评价的启动主体、实施

主体、参与主体和监督主体,分析我国法规评价主体的现状,探寻我国现行法规评价主体制度中存在的问题和改进完善的对策。本章的重要内容和观点是提出改进和完善我国法规评价主体制度的四点建议:其一,统一规定法规评价启动主体、实施主体及监督主体,规范其各自的权利、义务;其二,确保利害关系人实质参与到法规评价之中,同时加大社会公众参与的力度;其三,鼓励民间咨询机构的发展,最大限度引入专家理性,健全法规评价委托的程序,通过各项制度保证专家地位的独立性;其四,逐步完善政府外监督制约主体,特别是人民代表机关作为监督制约主体的作用,人民代表机关内部应吸收更多的专家专门从事法规评价工作,内部聘请外部专家投入法规评价工作。

第七章研究法规评价的标准与方法。分别回顾、总结我国近年来对法规评价标准、方法的实践与理论探索,介绍、评析国外、域外法规评价的一般标准与方法,探讨构建与完善我国法规评价标准体系、改进、完善我国法规评价方法的途径。本章的重点内容和观点有三:其一,对国外、域外法规评价各项标准的内涵进行了较深度的解析:提出合法性标准主要包括权限合法、程序合法、内容(主要涉及人权保障、平等以及法律责任的设定等)合法;有效性标准主要是对规制产生的影响进行评估,分析规制的成本和收益、成本和效果的关系、规制得到执行和服从的程度、影响的分布等;立法技术合理性标准则包括规制的简化性、协调性、明确性、和灵活性四个方面;其二,设计了我国行政立法评价标准体系图,该体系图标准简明,逻辑关系清晰,且操作性较强,具有较大实践价值;其三,提出了规范与完善我国法规评价方法的三项具体途径:一是将评价方法的选取原则(如原则性与灵活性的统一、定性分析与定量分析相结合等)制度化;二是建立信息整合和共享机制,加快信息化平台建设,建立网络数据资料库,为及时进行沟通、收集和获取各类评价信息提供条件;三是更多地运用到成本—收益分析等定量分析方法,为此,应重视对评价人员进行相关知识的培训,或者引入“外脑”,邀请有关经济学家或统计学家参与法规评价分析的设计与运作。

第八章研究法规评价的程序。分别探讨法规评价程序的性质、价值、分类、法规评价程序的基本原则、制度和主要程序阶段,并介绍和评价西方国家法规评价启动程序、实施程序和终结程序的制度架构和运作情况,揭示我

国法规评价程序的现状、目前存在的主要问题和探索改进、完善的途径。本章的重点内容和观点有四:其一,提出现代法规评价程序是规制改革和规制手段变革的产物,是公共政策发展和改革的产物。其二,将法规评价程序的价值归结为公正、效益和民主。公正要求程序设计应当尽可能使法规评价者处于客观中立的地位,全面收集据以作出评价的信息,不得偏袒利益群体中的任意一方,运用评价标准的时候做到实事求是,不任意剪裁客观事实;效益要求程序的设计应追求更好的解决问题,复杂的问题应当用复杂的程序加以解决,而简单的问题就应当用简单的程序予以解决。程序的设计不应该只有一种,应该配备多种程序供程序的适用者选择;民主要求保障公众参与评价,保障评价过程透明公开,保障公民对评价过程、结果进行有效监督监督。其三,将法规评价程序的基本原则概括为程序法定原则、程序公开原则、程序参与原则和比例原则四项原则。其四,根据我国目前法规评价程序的实践和国外法规评价程序改革的经验,提出了改进和完善我国法规评价程序的六项对策性建议:(1)实现法规评价程序法治化;(2)建立完善的立法前评价程序;(3)设立正式法规评价程序与非正式法规评价程序;(4)明确法规评价启动所针对的客体;(5)加大法规评价程序的公开透明度;(6)通过各种制度的规定保障法规评价结果的质量。

本书是多位学者集体研究的结晶。参与本书写作的学者有中国青年政治学院法学院的讲师伏创宇博士(撰写本书初稿第一、二章)、中国证监会的李国兴博士(撰写本书初稿第三章)、三峡大学法学与公共管理学院讲师潘爱国博士(撰写本书初稿第四章)、中国传媒大学法律系讲师郑宁博士(撰写本书初稿第五、七章)、广东金融学院法律系讲师蒋季雅博士(撰写本书初稿第六、八章)。各位撰稿人在主编设计的编写大纲的基础上,完成了本书初稿的写作。主编对本书全部初稿进行了审阅、加工、修改,最后形成本书。

本书所做的主要工作有三:其一,通过大量调查研究,了解和掌握了中国法规审查和法规评价的基本现状,分析了存在的问题和产生问题的原因,提出了改进的路径和运作方案;其二,通过出国考察、查阅外文书刊资料和网上搜索,获取了国外境外若干有代表性国家和地区的法规审查、法规评价或与之类似的规制分析评价制度的大量资料,并对之进行了梳理、分析,从而总结归纳出了较多可为我国构建、发展、完善法规审查和法规评价制度体

系所借鉴的正面或反面经验;其三,通过总结我国各地法规审查和法规评价,特别是立法后评估的大量鲜活实践经验和借鉴国外、境外相应制度成功运作的做法,提出了构建和完善我国法规审查和法规评价系统的基本目标和途径。

本书的主要学术价值和实践意义有四:其一,初步构建了中国法规审查与法规评价系统的理论模型和概念体系,为学界今后对这一领域开展深入研究奠定了较雄厚的理论基础;其二,收集和梳理了国外、境外法规审查与法规评价制度的大量实践材料与学术成果,可为我国学者进一步开展相应研究提供翔实的资料;其三,丰富了行政法学研究中行政立法的理论,可为今后我国行政法教科书修改填补相应内容,推进行政法学科建设作出贡献;其四,本书一方面吸收、总结了全国许多地方法规审查和法规评价的实践经验,另一方面,反过来又可为我国目前正逐步全面开展的法规审查和法规评价实践提供理论指导,对全国各地建立完善法规审查和法规评价制度,特别是制定有关法规审查和评价的规章、规范性文件起一定的推进和指导作用。

本书有待今后进一步研究和解决的问题有二:其一,在我国体制下,如何构建法规的违宪和违法审查制度,是走以人民代表机关审查为主的模式还是走以司法审查为主的模式;其二,法规审查与法规评价的标准体系应如何确立,审查标准与评价的标准应有什么样的联系与区别。本书对这些问题虽然也作了某些探索,但这种探索还很不深入,有待于未来的进一步研究。

目 录

第一章 中国法规审查标准概述 / 1

第一节 法规审查与法规裁量 / 1

第二节 法规审查的性质和特征 / 11

第三节 中国法规审查的理论基础 / 18

第四节 法规审查中的解释方法 / 25

第五节 中国法规审查的意义和功能 / 32

第二章 人民代表大会对法规的审查 / 37

第一节 概述 / 37

第二节 域外代议机关对法规的审查 / 42

第三节 我国全国人大对法规的审查 / 54

第四节 地方人大对法规的审查 / 65

第五节 我国人大法规审查制度的完善 / 77

第三章 行政机关对法规的审查 / 85

第一节 概述 / 85

第二节	国外、境外行政机关对法规审查情况简介 / 101
第三节	制定审查 / 110
第四节	前置审查 / 118
第五节	行政备案审查 / 125
第六节	行政复议审查 / 137
第四章	司法机关对法规的审查 / 149
第一节	司法机关对法规的审查概述 / 150
第二节	国外司法机关法规审查标准及其借鉴 / 164
第三节	我国司法机关法规审查标准之重构 / 181
第五章	法规评价系统概述 / 200
第一节	法规评价系统的概念与特征 / 200
第二节	法规评价系统的历史发展 / 207
第三节	法规评价系统的理论基础 / 215
第六章	法规评价的主体 / 230
第一节	法规评价主体概述 / 230
第二节	西方国家法规评价主体 / 240
第三节	我国法规评价主体 / 253
第七章	法规评价的标准与方法 / 267
第一节	我国法规评价标准的现状 / 267
第二节	域外法规评价标准评介 / 274
第三节	我国法规评价标准体系的构建与完善 / 282
第四节	我国法规评价方法的现状 / 291
第五节	我国法规评价方法的规范与完善 / 300
第八章	法规评价的程序 / 304
第一节	法规评价程序的性质 / 304

第二节	法规评价程序的价值与分类 / 308
第三节	法规评价程序的基本原则、制度和 程序阶段 / 312
第四节	西方国家法规评价程序评介 / 318
第五节	完善我国法规评价程序的设想与 建议 / 324

第一章 中国法规审查标准概述

第一节 法规审查与法规裁量

一、法规审查的概念

本书所使用的“法规”一词并非法律规范意义上的用语,而是人们日常习惯的用法和在特定学术语境下使用的范畴。在域外,相近的概念有“法规命令”“行政法规”“规章”等。德国法上“法规命令”的概念是指“行政机关发布的法律规范”^①。我国台湾地区“行政程序法”第150条规定:“本法所称法规命令,系指行政机关基于法律授权,对多数不特定人民就一般事项所作抽象之对外发生法律效力之规定。法规命令之内容应明列其法律授权之依据,并不得逾越法律授权之范围与立法精神。”法国《宪法》第37条规定:“凡法律范畴以外之一切其他事项均属行政法规性质。”美国则将所有行政法律规范性文件统称“法规”(即 rules,通常又译“规则”“规章”)。

在我国法律文件和学术用语上,“法规”有广义和狭义之分。广义的“法规”包括法律、法规(行政法规、地方

^① [德] 哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第333页。

性法规、自治条例、单行条例)和规章(部门规章和地方政府规章)。狭义的“法规”则仅指行政法规、地方性法规和民族自治地区的自治条例、单行条例。在《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》中所称“法规”包括国务院制定的行政法规,省、自治区、直辖市和较大的市的人大及其常委会制定的地方性法规,自治州和自治县制定的自治条例和单行条例、经济特区根据授权制定的法规。而《法规规章备案条例》所称“法规”则仅指省、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。本书研究的“法规”既不是广义的法规,也不是狭义的法规,而是仅指行政管理领域的法规,不包括法律和地方性法规、自治条例、单行条例,但包括规章。此外,考虑到行政机关制定的规范性文件(红头文件)在我国行政管理的依据中占了很大的比重,这些规范性文件同样应当成为审查的对象,从而使得这些规范性文件不致违背上位法和侵犯公民的合法权益。行政机关制定的规范性文件虽不是行政立法的范畴,但鉴于其在实践中的重要性,本书也将在研究广义的“法规审查”时作附带探讨。

法规审查的英文表述为“review of legal norm”。有学者认为:“法规审查是指法定的有权机关依据一定程序对法律规范性文件的合法性或合宪性进行审查;其实体的核心内容在于适用不同的审查标准来检验法律规范性文件对基本权利的限制是否正当。从法规审查建制较成熟和实务经验较丰富的西方发达国家来看,审查标准堪称法规审查的关键技术。”^①也有学者认为法规主要包括“行政法规和地方性法规”,法规审查“既可能是违法审查,亦可能是违宪审查”。在我国学理上与此相类似的概念还有“法律规范审查”“立法审查”和“规范审查”等。法律规范审查是指“依据上位法对下级法律规范的审查”^②,其审查对象包括宪法以下的所有法律规范^③。立法审

① 何永红:《美国法规审查的双重标准——法理的反思性重构与借鉴》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2009年第4期,第103页。

② 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 叶海波:《论法规审查机制的完善》,载《厦门特区党校学报》2008年第3期,第39页。

查是指“特定的有权机构对立法活动包括立法过程、立法结果的合宪性、合法性以及合理性进行监督审查的制度”^①。所谓规范审查是指“我国现行法律规定的有权国家机关依法审查(准)法律规范合法性、适当性的活动”^②。

本书所称的“法规审查”,是指有权机关根据上位法和相关的法律原则,按照一定的法律程序,审查行政机关制定的法规(包括规章和其他规范性文件)及其草案的合宪性、合法性和适当性的活动。值得注意的是,法规审查不仅指从宪法、法律的层面上对法规进行审查,同时还包括对法规进行适当性审查,以及在合法性审查的同时解决法律规范冲突的问题。

在探讨法规审查时,首先辨析并厘清法规审查与法规裁量、行政裁量之间的关系具有重要的意义。何谓行政裁量?行政机关处理同一事实要件时可以选择不同的处理方式,构成裁量。^③裁量表现为两种情况:一是行政机关决定是否采取某个法定措施,此谓之决定裁量;二是在各种不同的法定措施中,行政机关根据案件的具体情况选择采用何种措施,此谓之选择裁量。然则,这种通常意义上所讨论的行政裁量仅仅是指行政机关在个案中如何执行和适用法规。行政立法的制定同样存在裁量,但法规裁量与行政裁量迥异,这表现在两者内涵的结构不同。

法规适用的公式



法规制定的公式



由以上图表可以看出,行政机关的法规适用是以法律规范为大前提,以案件事实为小前提,通过判断案件事实是否符合法定事实要件从而得出法律后果;行政机关的法规制定是以法律规范为大前提,以立法事实为小前

① 陈啸:《试论我国的立法审查制度》,吉林大学2004年硕士学位论文,第3页。

② 袁勇:《法律规范冲突的界定问题》, <http://falvshen.fydz.cn/blog/falvshen/index.aspx?blogid=493158>, 2009年8月20日访问。

③ [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第124页。