

规范性文件

制定指南

主 编 崔国红

山西出版集团
山西人民出版社

规范性文件

制定指南

主 编 崔国红

副主编 王卫星

吕连连 刘钢柱

傅 平

撰稿人 马春生

李世俊

山西出版集团
山西人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

规范性文件制定指南 / 崔国红主编. — 太原: 山西人民出版社, 2010.5
ISBN 978-7-203-06630-9

I. ①规… II. ①崔… III. ①文件-档案管理 IV.
①G275.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第069448号

规范性文件制定指南

主 编: 崔国红

责任编辑: 蒙莉莉 梁小红

装帧设计: 阳光

出 版 者: 山西出版集团·山西人民出版社

地 址: 太原市建设南路21号

邮 编: 030012

发行营销: 0351-4922220 4955996 4956039

0351-4922127 (传真) 4956038(邮购)

E-mail: sxskcb@163.com 发行部

sxskcb@126.com 总编室

网 址: www.sxskcb.com

经 销 者: 山西出版集团·山西人民出版社

承 印 者: 山西臣功印刷包装有限公司

开 本: 890mm×1240mm 1/32

印 张: 4.5

字 数: 150千字

印 数: 1-3000册

版 次: 2010年5月 第1版

印 次: 2010年5月 第1次印刷

书 号: ISBN 978-7-203-06630-9

定 价: 25.00 元

如有印装质量问题请与本社联系调换

认真落实前置审查制度 严格把好合法性审查关 确保规范性文件合法、统一、有效(代序)

——在 2006 年 8 月 23 日召开的省直部门
法制工作会议上的讲话

山西省政府副秘书长、法制办公室主任 崔国红

2006 年 8 月 18 日,山西省人民政府第 81 次常务会议讨论通过并于 10 月 1 日实施的《山西省行政机关规范性文件制定程序暂行办法》(以下简称《暂行办法》),开启了我省对行政机关规范性文件实行前置审查的新纪元。这部政府规章的公布实施,规范性文件前置审查制度的启动,对加强规范性文件管理,坚持依法决策、科学决策、民主决策,确保政令合法、统一、有效,从源头上防止违法行政,有力推动政府工作规范化、制度化、法治化,加快推进依法行政,已经并必将进一步发挥重要的作用,产生深远的影响。

一、深刻认识建立规范性文件前置审查制度的重要性和迫切性。首先,建立规范性文件前置审查制度是全面落实科学发展观的内在要求。科学发展观的核心是强调以人为本,发展的

目的是为了不断满足人民群众各方面的要求,实现人的全面发展。在人民群众已经基本实现初步小康目标的背景下,对自身权利问题的关注程度日益提升,成为新的不断增长的需求。与此不相适应的是,长期以来,由于国家干预主义和社会本位的理念、计划经济以及传统政治法律文化的影响,政府和部门的规范性文件往往习惯于单纯从行政管理需要出发设定和强化行政权力,漠视和忽视公民、法人和其他组织的权利。正是基于此种认识,《暂行办法》规定:“制定规范性文件,应当体现权利与义务统一的原则,要求公民、法人和其他组织履行义务的,应当规定保障其权利实现的途径。”其次,建立规范性文件前置审查制度是构建社会主义和谐社会的推动因素。构建社会主义和谐社会是我党提出的重要战略思想,是一个涵盖诸多重要领域的系统工程。从法律视角来观察,包括公权与私权的和谐及公权内部的和谐两个层面。在规范性文件中,公权与私权的不和谐表现很多,突出的是违法设定行政处罚,扩展上位法规定的给予行政处罚的行为,罚款数额突破上位法规定的上限,改变行政处罚主体等等。公权之间的不和谐表现也不少。在现行的行政体制下,部门既要服从于本级政府,又要听命于上级主管部门,导致政出多门,甚至相互矛盾。这不但引起政策执行的混乱,产生许多行政纠纷,也影响了党和政府的声誉。实施规范性文件前置审查,可以使本级政府全面掌握、协调、平衡各项政策,实现政府各项公共管理权力的和谐、有序,促进社会主义和谐社会的实现。第三,建立规范性文件前置审查制度是改善我省投资发展环境的迫切要求。为保证“十一五”规划实施,省政府强调要努力改进机关作风,优化政务环境,全面提高政府公信力和执行力。就行政机关制定规范性文件而言,工

作中存在的一个突出问题就是违法设定和实施行政许可。比如,在《中华人民共和国行政许可法》对行政许可的设定权和实施机关已经作出明确规定的情况下,某些部门在规范性文件中仍为本部门设定具有行政许可性质的“审批”、“资质审查”、“批准备案”等权限;有的部门增设行政许可的附加条件,规定申请人必须与某个中介组织签订委托协议书,约请其提供有偿服务,为中介组织收取中介服务费用创造条件;有些部门将某些法定的一级行政许可项目分步实施,规定该审批项目须由其下级部门初审后,再由本部门批准。此外,还存在违法设定行政收费、年检、减免税费等问题。今后,要通过规范性文件前置审查制度切实解决这样的问题。第四,建立规范性文件审查制度是克服目前部门规范性文件备案审查制度缺陷的需要。2003年制定的《山西省规范性文件制定与备案规定》,要求部门规范性文件应当于发布之日起15日内报送省政府备案。实践证明,这种事后备案的监督方式客观上存在着一定缺陷:一是由于是事后报备,不能及时纠正部门规范性文件存在的不合法问题;二是文件一旦生效执行,就可能导致相当部分公民、法人和其他组织的权利义务关系发生改变,经备案审查后发现不合法再撤销,就意味着要恢复原来的权利义务关系,不仅可能引起行政复议、行政诉讼、行政赔偿等法律问题,更为严重的是,会严重影响政府的威信。实践中,政府或政府法制机构即使发现了问题,往往也难以依法撤销或纠正,总是设法维护其有效性,或者简单地采取停止执行的办法解决。对已经造成的损失,往往难以弥补。通过实行规范性文件前置审查,将监督关口前移,使政府法制机构由“消防员”成为“预防员”,不仅纠错、整改的难度大大降低,强化了监督力度,而且可以有效地避免因实

施有违法内容的文件而造成的无法弥补的损失,有利于维护和实现最广大人民群众的利益。

二、准确把握规范性文件前置审查制度的关键环节和主要内容。规范性文件前置审查虽然在《宪法》和《组织法》层面有原则性规定,在《全面推进依法行政实施纲要》中也有同样的要求,但以规章形式推出这项制度,依然是重要的制度性创新,需要准确把握其中的关键环节和主要内容。

一要准确理解规范性文件的科学定义。在借鉴深圳、安徽等省、市经验的基础上,结合我省实际情况,在《暂行办法》中给规范性文件下了如下定义:“本办法所称规范性文件,是指省人民政府及其工作部门,根据法律、法规和其他上位法的规定,在其法定权限内制定的规范行政管理事务,公开发布并反复适用的具有普遍约束力的文件。行政机关制定的内部管理制度,技术操作规程,人事任免决定,对具体事项的通报、通知以及行政处理决定等文件,不适用本办法。”理解这个定义,应当着重把握以下几个特征:第一,制定主体的特定性。制定规范性文件的主体必须是省人民政府及其工作部门,除此而外,如党委机关、权力机关、群团组织、企业等都不能构成本《暂行办法》所称规范性文件的制定主体。第二,规范对象的不特定性。规范性文件规范的对象具有不特定性,不是特定的人或行为,对所规范的对象具有普遍约束力。第三,产生效力的反复性。规范性文件对发生在不同地点和不同时间的行为具有同等的约束力,只要其制定机关不按照有关规定将其废止,该规范性文件就在不间断地发生效力。二要全面认识规范性文件前置审查制度的保障机制。《暂行办法》建立了三个重要的保障机制,即统一审查、统一标准、统一公布。所谓统一审查,就是省人民政府及

其工作部门制定的规范性文件,在决定或者公布之前,由省人民政府法制工作机构统一进行合法性审核或者审查。省人民政府法制机构对规范性文件进行审查,是基于以下考虑:政府法制机构是政府在依法行政方面的参谋、助手和法律顾问;政府法制机构超脱于部门利益,有利于克服政府权力部门化、部门利益法制化的问题。所谓统一标准,就是规定了审查规范性文件的统一尺度。这个标准主要有:是否遵循合法、适当、协调的原则,使规范性文件与法律、法规、规章和上级行政机关的规范性文件不抵触;是否公开征求意见和进行论证;是否经部门法制机构审核等。所谓统一公布,就是省人民政府及其工作部门制定的规范性文件,必须在省人民政府公报和省人民政府法制网站进行公布。公布是制定规范性文件的必经程序,不经公布的规范性文件没有效力。必须在省人民政府公报和省人民政府法制网站公布这一做法,统一了规范性文件的公布渠道,提高了规范性文件公布的权威性和时效性。这一制度从根本上解决了过去规范性文件透明度不够,不为社会所了解;规范性文件公布时间滞后;公布媒体不具有权威性;公布渠道多,不便于其上级行政机关审查、监督等问题。特别是通过集中公布渠道,提升公布平台,为规范性文件前置审查制度的有效实行创造了条件。三要严格把握规范性文件前置审查制度中合法性审查的主要标准。规范性文件审查的主要内容是合法性问题,即规范性文件是否违反法律、行政法规、地方性法规、政府规章和上级规范性文件等规定。具体分为三种情形:一是执行性的行政规范。执行性行政规范可以对行政管理法规或上级行政规范的实施做出具体规定,以便适应实际需要。其审查标准是,不能在行政管理法规或上级行政规范规定的事项之外增加新的内容。

审查应遵循不抵触原则,重点审查是否与上位法规范相矛盾或不一致,是否违背上位法确立的基本原则和精神。二是补充性的行政规范。补充性行政规范,是指以补充法律、法规和规章及上级行政规范为目的而制定的行政规范。其审查标准是,制定补充性行政规范,应有行政管理法规或上级行政规范的明确授权。基于这种授权,在法律原则范围内就行政管理现实需要作出一些补充性规定。三是自主性行政规范。自主性行政规范,是指行政主体为了行政管理的实际需要运用其职权所制定的行政规范。根据《全面推进依法行政实施纲要》中关于合法行政的要求,规范性文件不能设定行政机关的权力、不得设定行政相对人的义务或限制行政相对人的权利。其审查标准是,遵循职权法定原则,重点审查制定机关是否具备《组织法》上的职责权限依据,是否设定了权力。

三、严肃认真做好规范性文件前置审查工作。规范性文件前置审查工作是一项涉及广泛、环节繁多的工作,非政府法制机构可独力为之;也是关乎全局、影响深远的工作,非一般的工作状态可应对挑战,务必发挥整体合力,强化大局意识,切实将这项工作搞好。

第一,要依靠整体合力,努力提升规范性文件审查工作质量。规范性文件前置审查制度的根本目的,是通过这一制度创新,提高规范性文件质量。在这个问题上,我们一些同志可能会想,仅凭法制办就能对省直各部门数量浩繁、领域众多、专业精深的规范性文件把住关口、提高质量吗?产生这样一个认识,是由于没有全面系统地把握规范性文件前置审查的要义。规范性文件前置审查不只是由省政府法制办这样一个关口把关,而是涉及诸多关口,靠诸多关口把关来提高质量。第一道

关口,《暂行办法》规定,起草规范性文件,应当广泛听取社会有关方面的意见。听取意见,可以采取书面征求意见,召开座谈会、论证会、听证会等多种形式进行。起草涉及重大复杂问题的规范性文件,可以邀请有关专家参加,涉及法律问题较多的应当邀请法制机构包括政府和部门法制机构提前介入。这样的规定有助于提高规范性文件科学决策水平,强化对业务技术问题和法律问题的准确把握,提升社会公众对规范性文件的认知程度。第二道关口,《暂行办法》规定,起草规范性文件,涉及省人民政府其他部门的职责,或者与省人民政府其他部门关系紧密的,起草部门应当充分征求其他部门的意见;未与协商或协商不成的,省政府法制机构将予以退回。这样的规定,有助于提高规范性文件的协调性。第三道关口,《暂行办法》规定,部门规范性文件起草完毕、提请部门决定之前,应当由部门法制机构进行审核。这一举措,有助于发挥部门法制机构熟悉各自专门业务和各专门法的作用,依靠广泛分布于几十个厅局的法制机构的工作,切实起到把关的作用。第四道关口,《暂行办法》规定,部门规范性文件,应经部门办公会议讨论通过并由其主要负责人签署后上报省政府。这一规定将改变现在许多行政机关由业务处室拟文、主管领导签发的模式,切实做到让部门和部门主要领导对规范性文件质量负起责任。第五道关口,即最后一道关口,才是政府法制机构的审查把关。政府法制机构审查主要着重审查文件的合法性,对技术性问题不作审查。法制办审查重要规范性文件,可以采取座谈会、论证会等多种形式。我们通过建立省政府规范性文件审查专家库,充分发挥专家学者的作用,不断提高审查质量。我们考虑,在规范性文件前置审查工作中,通过上述五道关口的审查,能够有力提升

省政府部门规范性文件的质量。

第二,要强化大局意识,着力提高规范性文件审查工作水平,从更宽广的视野来推动这项工作。一方面要严格依法行政,准确把握法律、法规和上位法的规定,敢于坚持原则,敢于说“不”。在审查工作中要根据法律、法规规定,认真贯彻国务院《全面推进依法行政实施纲要》,保证各行政主体严格依法行使权力,保障行政管理活动的统一性、连续性和稳定性,提高行政法治化程度。另一方面要清醒认识省情,深入研究在法律、法规授权范围内加快发展的对策措施,善于说“行”。虽然近年来我省各项经济社会事业有了突飞猛进的发展,但仍是欠发达地区,在科学发展观指导下加快发展是我省相当长一段时期的突出主题。我们一定要胸怀这样一个大局,深入研究法律、法规的具体规定和精神实质,准确把握法律、法规的授权范围,而不能片面理解法律、法规规定,阻碍政府效率的发挥,甚至窒息政府体制的生机,从而切实做到“从心所欲不逾矩”,为我省加快发展妥谋善策。我们政府法制工作者,无论身处厅局还是政府,都属于一个共同的职业群体,这一群体共同具有经过系统学习而获得法律理论知识、法律思维方式以及法制工作能力方面的一致性。这一群体的优势在于,具有相当的法学理论功底、娴熟的法律专业知识和经过长期努力而形成的运用程序规则处理问题的能力。我们要充分发挥这一优势,对法律负责,保证规范性文件体现法律意志,与对政府负责,促进各项经济社会事业加快发展统一起来,努力通过我们的工作实现“良法之治”。

规范性文件前置审查工作是建设法治政府的一项基础性工作。“问渠哪得清如许,为有源头活水来”。只有我们切实把

好规范性文件这道关口,将依法规范行政和高效优质行政统一起来,才能营造良好的法制环境,为山西新一轮快速发展奠定良好的基础,提供坚实的保障。我们各级、各部门的政府法制工作者特别是从事规范性文件审查的工作者一定要不负重托,恪尽职守,准确把握法律、法规规定,深入研究我省具体实际,为维护法制统一,促进我省经济社会更好更快发展扎扎实实地做好工作!

目 录

规范性文件的管理	马春生(1)
规范性文件的制定与前置审查	
——解读《山西省行政机关规范性文件制定程序 暂行办法》	李世俊(74)
规范性文件的制定与备案审查	
——解读《山西省规范性文件制定与 备案规定》	李世俊(93)
附:	
山西省行政机关规范性文件制定程序暂行办法 ...	(113)
山西省规范性文件制定与备案规定	(121)
规范性文件审查流程图	(129)
规范性文件和太原、大同市政府规章 备案流程图	(130)
后记	(131)

规范性文件的管理

马春生

规范性文件的管理是一个综合性概念,是对规范性文件实施全方位、多环节、深层次的管理。规范性文件的管理包括对规范性文件的制定、指导、协调、审查、备案、解释、适用、清理、汇编、评估等全过程。规范性文件的管理是随着规范性文件的指导、协调和监督的深化而产生的一个新概念。2004年,青岛市政府率先在全国规范性文件立法中使用了规范性文件管理的概念。加强对规范性文件的全方位管理,提高规范性文件的质量,确保规范性文件合法,是从源头上预防和控制行政违法行为,提高依法行政水平,维护社会主义法制统一的重要保证,是推进依法行政的必然要求。

第一节 规范性文件概述

一、规范性文件的概念

(一)规范性文件的概念

1. 规范性文件的称谓。规范性文件在学术界、立法和司法

实践中,都没有统一的称谓。在立法界,《宪法》、《组织法》称之为“行政措施”、“决定”、“命令”,《行政诉讼法》称之为“决定、命令”(第十二条),《行政处罚法》和《行政许可法》称之为“其他规范性文件”(第十四条和第十七条),《行政复议法》称之为“规定”(第九条),《监督法》称之为“决定、命令”(第三十条)。在司法实践中,1999年最高人民法院在《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》中称之为“行政规范性文件”(第三条)、“其他规范性文件”(第六十二条),在2004年《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》中,又称之为“具体应用解释和其他规范性文件”。规范性文件的概念涉及规范性文件的制定、备案、适用和清理。随着全面推进依法行政的不断深入和建设法治政府进程的加快,规范性文件的概念不断见诸报端和有关文件之中。只有准确理解、掌握其概念,才能更好地做好规范性文件管理的相关工作。

2. 规范性文件的定义。规范性文件分广义、较广义、狭义和较狭义四种。广义的规范性文件既包括行政机关制定的规范性文件,也包括其他国家机关和企业事业单位、社会团体制定的规范性文件,如法律、法规、规章、各种章程和规章制度等。较广义的规范性文件是指国家机关制定的各种具有普遍约束力文件的总称,包括国家权力机关、军事机关、行政机关、审判机关和检察机关制定的具有普遍约束力文件。《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》设专章(第五章)对规范性文件的备案审查作了规定。《监督法》所称的规范性文件即为较广义的规范性文件。狭义的规范性文件是指行政机关抽象行政行为所形成的所有文件,包括行政法规、规章以及具有普遍力的决定、命令等。通常意义上的规范性文件是一个较

狭义的概念。较狭义的规范性文件俗称“红头文件”，因其套红印刷而得名，通常是指行政机关和法律、法规授权的组织在其法定权限内制定的，涉及公民、法人和其他组织的权利、义务，在一定时期内反复适用，具有普遍约束力，除行政法规、规章以外的行政文件。之所以称之为规范性文件，是因为此类行政规范在文字方面比较规范，在制定程序方面比较规范，在规范的内容方面也比较规范。

3. 规范性文件的沿革。规范性文件概念的产生和发展经历了一个由模糊到清晰、由不明确到确定的过程。大致经历了三个阶段：

(1) 1996年3月《行政处罚法》颁布之前称“具有普遍约束力的决定、命令”。如我国宪法第八十九条规定，国务院的第一项职权，就是“根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令”。第一百零七条规定了地方各级人民政府具有“发布决定、命令”之权。《中华人民共和国国务院组织法》第十条规定：“各部、各委员会工作中的方针、政策、计划和重大行政措施，应向国务院请示报告，由国务院决定。根据法律和国务院的决定，主管部委员会可以在本部门的权限内发布命令、指示和规章。”如《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》第五十九条规定的县级以上地方各级人民政府的第一项职权就包括“规定行政措施，发布决定和命令”。第六十一条规定的乡、民族乡、镇的人民政府行使的职权中第一项就是“发布决定和命令”。行政措施的表现形式就是规范性文件。《中华人民共和国行政诉讼法》第十二条第(二)项规定的行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令。《中华人民共和国行政复议法》第七

条所称的“规定”,实际上就是指规范性文件。最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(法释[2000]8号)第三条规定,《行政诉讼法》第十二条第(二)项规定的“具有普遍约束力的决定、命令”,是指“行政机关针对不特定对象发布的能反复适用的行政规范性文件”。

(2)1996年3月《行政处罚法》颁布后到2003年9月28日《国务院关于贯彻实施〈中华人民共和国行政许可法〉的通知》(国发[2004]23号)期间,称“其他规范性文件”或“规范性文件”。如,《行政处罚法》第十四条称“其他规范性文件”。1996年4月15日《国务院关于贯彻实施〈中华人民共和国行政处罚法〉的通知》(国发[1996]13号)开始称“规范性文件”。2000年6月8日,《国务院关于贯彻实施〈中华人民共和国立法法〉的通知》(国发[2000]11号)指出,“各地方、各部门也要依法建立健全规章和规范性文件的备案审查制度,切实解决‘依法打架’问题。”最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(法释[2000]8号)第六十二条第二款规定:“人民法院审理行政案件,可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他规范性文件。”《行政许可法》第十七条称“其他规范性文件”。《国务院关于贯彻实施〈中华人民共和国行政许可法〉的通知》也称“其他规范性文件”。

(3)从2003年12月10日《国务院办公厅关于贯彻实施行政许可法工作安排的通知》(国办发[2003]99号)开始则统一称“规范性文件”。如2004年1月6日,温家宝总理在全国贯彻实施行政许可法工作会议上的讲话中称“规范性文件”。国务院发布的《全面推进依法行政实施纲要》(国发[2004]10号)共有11处使用了规范性文件的概念。至此,一个官方的、约定俗