

王 锴：我国备案审查制度的若干缺陷及其完善 - - 兼与法国的事先审查制相比较 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E7_8E_8B_E3_80_80_E9_94_B4_EF_c122_485945.htm 【摘要】随着《立法法》的出台和2004年5月全国人大常委会法工委法规审查备案室的成立，预示着备案已经从一种程序性的登记制度演变为一种对立法的审查方式，即“备案审查”。但是备案审查制度面临着不少的缺陷：备案机关缺乏审查权；备案审查决定的冲突；备案审查性质的模糊；备案机关缺乏上位法解释权等等。对此，我们可以借鉴法国的事先审查制度来予以完善。 【关键词】备案审查 改变或撤销 上位法解释权 事先审查 备案的原意是备查，即备份在案，以供查考。这种意义上的“备案”与“登记”的性质相同，在我国法律中非常普遍。在立法领域中，现行宪法第100条首次规定，省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规，报全国人民代表大会常务委员会备案。虽然宪法第67条同时规定了全国人大常委会可以撤销省、自治区、直辖市国家权力机关制定的同宪法、法律、行政法规相抵触的地方性法规，即对地方性法规的审查权。但是，仅从字面含义上来，并看不出第100条的“备案”与第67条的“审查”之间有什么必然的联系。 一、从“备案”到“备案审查” 2000年的《立法法》继续将备案制度具体化，专辟第五章“适用与备案”，立法备案的范围不仅包含了宪法所要求的地方性法规，而且还包含了行政法规、规章、自治条例和单行条例以及授权法规。更为重要

的是，《立法法》的规定使得这一制度出现了从原有的“程序性的登记”的范围中脱出，具有了进行“实质性审查”的含义。其第90条、第91条规定，全国人大常委会可以应国务院、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、其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民提请审查的要求或建议，对可能违反宪法和法律的行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例进行审查。同时，其第92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。从这3条来看，显然，允许备案机关对报送备案的立法进行审查。2004年5月，全国人大常委会法制工作委员会成立了法规审查备案室，更加凸现了全国人大常委会将“审查”与“备案”相结合，将该一机制制度化、固定化、经常化的意图。然而，带有审查性质的立法备案制度能否发挥其预期的作用呢？如果仔细分析一下，我们发现，存在着以下四个方面的缺陷。

二、现行备案审查制度的缺陷

（一）备案机关缺乏审查权 立法的审查权，意味着在发现立法违宪或违反上位法的情况下，能够对其进行改变或撤销。否则，所谓的审查就只不过是“怀疑、建议”的代名词，因此，要想建立备案审查制度，就必须同时赋予备案机关可以改变或撤销报送其备案的立法的权力。根据《宪法》和《立法法》，我们可以发现，现行的备案机关中，有些并不享有对备案的立法的改变或撤销权，如此，该备案机关如何对其作出有法律效力的审查决定呢？

- （1）国务院是地方性法规的备案机关，但无权改变或撤销地方性法规；
- （2）省、自治区人大常

委会是较大的市人民政府制定的地方政府规章的备案机关，但无权改变或撤销该地方政府规章；（3）对于授权立法，授权决定规定的机关是其备案机关，而有权撤销的机关是授权机关。（二）备案审查决定的冲突 即使备案机关同时也享有了改变或撤销的权力，但是由于对同一立法的备案机关与有权改变或撤销其的机关之间的多样性，以及对同一立法的备案机关的多样性，都不可避免地带来审查决定之间的冲突。

1、备案审查机关与非备案但享有改变或撤销权的机关之间的冲突。在享有改变或撤销权的机关中，一些属于接受备案机关，另一些并非《立法法》规定的向其备案的机关，并且它们对同一法律文件都享有审查权，那么，这两种审查权如何协调呢？比如，省、自治区、直辖市的人大常委会制定的地方性法规，全国人大常委会有权撤销，本级人大也有权改变或撤销，而全国人大常委会是它的备案机关，那么，就会产生如下的问题：如果全国人大常委会的备案审查结果与本级人大的审查结果不一致怎么办？是依据全国人大常委会的审查决定呢？还是依据本级人大的审查决定？也许有人会说，全国人大常委会在级别上高于本级人大，应当依据全国人大常委会的审查结果，但是，既然本级人大要完全服从全国人大常委会，那么，《立法法》规定本级人大享有改变或撤销权还有什么意义呢？

2、备案审查机关之间的冲突。同一部立法，两个机关都有权备案且审查。比如，地方政府规章需要同时向国务院和本级人大常委会备案，前者可以对其改变或撤销，后者可以对其撤销，那么，同样的问题是，如果两个机关备案审查的结果不一致怎么办？制定机关到底是听谁的呢？如果有人说，国务院的级别高于地方人大常委会，应

当依据国务院的审查结果，那么，还是同样的问题，《立法法》规定本级人大常委会作为备案审查机关还有什么意义？

（三）备案审查性质的模糊 备案审查是主动审查还是被动审查呢？实际上，如果赋予备案以引发审查的功能，那么，这种审查势必就是一种主动审查。但是，从《立法法》第90、91条和《法规规章备案条例》第9条来看，立法者似乎更倾向于采取被动审查的方式。[1]但是，被动审查首先没有囊括所有的备案机关，仅规定了全国人大常委会和国务院作为备案审查机关的情况，除全国人大常委会和国务院之外的其他备案机关时应如何来启动审查呢？其次，没有囊括所有的备案行为，比如，国务院除了是地方性法规、规章的备案机关外，还是自治州、自治县的自治条例和单行条例的备案机关，那么，它对于该自治条例和单行条例应如何来启动审查呢？没有规定。再次，被动审查本身也出现审查机关没有撤销权的情形。比如，对于自治区的自治条例和单行条例来说，有权撤销的是全国人大，而接受被动审查的却是全国人大常委会，这里不禁产生疑问，即使全国人大常委会认为提请人的审查请求或建议合理，应如何审查呢？它是转送全国人大审查吗？可是，既然它无权撤销，《立法法》第91条第2款为何还规定“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”，试问，全国人大常委会都无权撤销，你向它提出予以撤销的议案有什么作用？

（四）备案审查机关不具有“上位法”的解释权 虽然法赋予了备案审查机关改变或者

撤销向其备案的法的权力，但这并不意味着它实际就能行使这种权力，因为我们知道，要对一项立法进行审查，对于审查机关来说，还必须同时具备对上位法的解释权。否则，审查机关不能进行有效的解释，它如何判断某项立法同上位法相抵触？根据我国立法解释的体制，全国人大常委会解释宪法、法律，国务院解释行政法规，省、自治区、直辖市、较大的市的人大常委会有权解释本级地方性法规，省、自治区、直辖市、较大的市的人民政府有权解释其制定的地方政府规章。这种解释权的分散导致了备案机关只能对报送备案的法是否违背其享有解释权的“上位法”进行审查：

（1）对于地方性法规，全国人大常委会只能审查其是否违背宪法和法律，国务院只能审查其是否违背行政法规。（2）对于自治条例和单行条例，根据《立法法》第88条，其不得违背宪法、《民族区域自治法》、违背法律和行政法规的基本原则、有关民族区域自治的专门规定，同样，全国人大常委会解释宪法、《民族区域自治法》法律的基本原则和法律中有关民族区域自治的专门规定，而国务院只能审查其是否违背行政法规的基本原则和行政法规中有关民族区域自治的专门规定。（3）对于部门规章，国务院有权审查其是否违背行政法规，但无法审查其是否违背宪法和法律。（4）对于省、自治区、直辖市政府规章，国务院有权审查其是否违背行政法规，但无法审查其是否违背宪法、法律、地方性法规。本级人大常委会有权审查其是否违背地方性法规，但无法审查其是否违背宪法、行政法规。（5）对于较大的市的政府规章，国务院有权审查其是否违背行政法规，但无法审查其是否违背宪法、法律、地方性法规、省、自治区

政府规章。本级人大常委会有权审查其是否违背较大的市的地方性法规，但无法审查其是否宪法、法律、省、自治区的地方性法规、以及省、自治区政府规章。省、自治区人民政府有权审查其是否违背省、自治区政府规章，但无权审查其是否违背宪法、法律、地方性法规。对此，笔者突然明白，为什么立法者宁愿冒着备案审查机关之间相互冲突的危险，也要把一些法的备案审查权分派给多个机关行使，最根本的原因就在于，这些机关各自都无法掌握完全的上位法解释权，所以，只能“分而治之”，各自管各自领域内的审查内容。

三、完善的思路??法国的事先审查制对我们的启发 如何消除这些缺陷，使我国的备案审查制度真正发挥其应有的作用。笔者认为，还是要回归备案审查的本来面目。在此，法国的事先审查制可能对我们的启发更多一点。法国1958年宪法第61条规定，各项组织法律在颁布之前，议会两院的内部规则在执行之前，均应提交宪法委员会审查，以裁决其是否符合宪法。可见，对于组织法律和议会规则，宪法委员会应进行主动审查。而且这项审查对于被审查的组织法来说是强制性的，因为未经宪法委员会宣布其合宪性，组织法不得颁布。同时，第61条还规定了一种被动审查的方式，各项法律在颁布之前，应由共和国总统、内阁总理或者两院中任何一院的议长提交宪法委员会审查。也就是说，对于组织法之外的其他任何法律，宪法委员会必须应特定提请主体的请求进行审查，而不能进行主动审查。提请主体必须在法律颁布之前向宪法委员会提出审查请求，在法律颁布之后即使发现该法律违反宪法也不得向宪法委员会提出审查请求，宪法委员会也不得再对该法律进行审查。 [2]1974年的宪法修正案对提请

主体进行了修改，增加了60名以上的国民议会议员和60名以上的参议院议员。从而使被动审查的启动更加容易。据统计，1958年至1986年期间，宪法委员会共审查了46件组织法，拒绝通过其中的4件。[3]1958年至1989年共审查了154件法律，其中的违宪比例为1954?1974，77%；1974?1981，28%；1981?1986，50%，1986?1989，65%。[4]比较一下法国的事先审查制度与我国的备案审查制度，虽然法国的事先审查制并无把审查与“备案”联系起来的提法，但实际上就备案对审查的意义来说，不过是让审查机关了解被审查的法律文件的一个前置程序，这个程序可以作为一个正式的登记程序而存在，也可以作为非正式的程序??比如提交而存在，因此，关键的并非备案，而是审查的时间与效果。从我国备案的时间来看，是在法规、规章生效前的30日内，所以，如果称作“备案审查”，那么，审查的时间也应当发生在这个时间段内。而法国的事先审查也发生在法律生效之前，并且审查的结果直接影响到法律是否生效，具有正式的法律效力，这就为这两种制度之间进行比较提供了“共同的平台”。但是，如果仔细比较一下，我国的备案审查与法国的事先审查还存在诸多不同。第一，审查的对象不同。法国的事先审查制度主要是针对组织法、议会规则和议会制定的法律，还包括待批准或通过的国际协定。因此，它主要是一项针对立法机关的合宪性监督制度。而我国的备案审查，诚如前述，主要是针对地方国家权力机关制定的地方性法规、自治条例和单行条例和行政机关制定的行政法规和规章，而对行使国家立法权的最高国家权力机关制定的法律则不进行备案审查，[5]因此，它主要是一项针对地方立法权和行政立法权的合宪性和

合法性审查制度。这种审查对象的差异也反映了两国的制度理念的不同。法国的事先审查制注重对立法机关的合宪性控制，体现了一种对立法机关的“有限的不信任”，这种有限的不信任主要表现在两点：（1）只审查其合宪性，也就是说，只审查其在形式上是否违宪，包括其是否遵循了宪法所规定的立法程序，和是否与宪法条文和原则发生抵触。（2）对于法律的审查采取“不告不理”的被动审查模式，而且这种审查是一次性的，也就是说，只能产生一次怀疑。而我国的备案审查则注重国家立法权对地方立法权和行政立法权的控制，这一方面是由于我国立法主体的分散，下级立法主体较多，另一方面在于我国的国家立法机关属于国家权力机关，具有最高的民意代表性，无法形成对其的不信任，这两种因素结合的结果就只能是对地方立法权和行政立法权的不信任。而且，虽然备案审查中通常都规定了对其合宪性的审查，但实际上，地方立法权和行政立法权在制定的时候首先必须是符合法律，而在法律不可能违宪的情况下，这种合宪性往往是用不上的，所以，备案审查就演变成为国家立法机关??主要是全国人大常委会对地方立法机关和行政立法机关的一种不信任的反映，并且这种不信任是“全面性”的，表现在两点：（1）备案审查不仅审查合法性，而且审查合理性，因为一些审查标准是该项法律文件的是否“适当”，也就是说，对于法律文件自身的不合理，审查机关也有权进行非难。（2）备案审查不一定是被动性的，被动性审查的范围较窄，而且主要是对合法性的审查，其余的则应认为是主动审查。

第二，审查的机关不同。法国进行事先审查的是专门的宪法监督机关，而我国的审查机关则比较混乱，全国人大常委会

、国务院、地方县级以上人大常委会，甚至行政系统内部的任一上级机关都可以审查向自己报送备案的法律文件。与我国相比，法国的这种专门的审查机关的优势是非常明显的：

（1）由单独的专门机关来审查，避免了审查结果的不一致。诚如前述，我国的地方性法规、地方政府规章都要同时报送多个部门进行备案审查，这就难免导致多个审查部门之间的意见发生冲突，由此导致审查机关的权威性受到损害。（2）法国之所以规定由宪法委员会来对法律的合宪性进行审查，这不仅是由于对立法机关自己审查的不信任，也是由于在法国，只有宪法委员会享有宪法的解释权，所以也只有宪法委员会能够有权判断法律是否符合宪法的规定。而反观我国，立法者在设计备案审查制度时，显然没有考虑到解释权对于审查权的重要性，尤其是进行下位法是否符合上位法的审查时，如果该机关缺乏对上位法的解释权，那么，它所进行的审查就缺乏足够的法律效力，因为对于其他的任何机关来说，它也完全可以基于自己对上位法的理解来判断某项下位法是否与之符合，但这种对上位法理解显然并非对上位法的有权解释，而且也随时冒着被有权解释机关的解释所取代的“危险”。第三，审查的程序不同。法国的事先审查制与我国的备案审查制的最大区别在于，其审查的时间，是在被审查法律生效之前，而且也规定了审查机关的审查期限。我国的备案审查制度的审查时间则规定的并不统一，虽然行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区的法规、规章都是在其公布后30日内送交备案，行政法规、规章一般应在公布30日后生效，为审查的效力发挥预留了空间，但地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区的法规何时施行，

则没有规定。同时，对于审查期限，要么过于宽泛，长达5个月之久，要么没有限定，如国务院对规章的审查，导致审查机关往往无法在该法规、规章正式施行前审查完毕。其次，法国的事先审查制规定了针对不同的法律规定了两种审查方式，对于组织法为代表的宪法性法律来说，由于牵涉关系重大，因此由宪法委员会进行主动审查，以保障宪政秩序的统一。对于组织法以外的其他法律，宪法委员会应有权提请主体的审查请求，进行被动审查，这在一定程度上起到了尊重立法机关和减轻审查的压力的作用。我国的备案审查制度虽然也有类似的主动审查与被动审查相结合的设计，[6]但是，（1）并未将这两种审查模式所针对的不同对象进行区分，而是同一种报送备案的法都可能进行主动审查和被动审查，这不仅增加了主动审查和被动审查之间发生冲突的可能性，而且单纯就主动审查来说，其审查数量的庞大常常让审查机关无法承受。根据统计，1995年至1999年，仅就地方性法规一项，全国人大常委会审毕的只占报送的50%左右，其余的都只能积压到下一年。截止1999年，仍有691件地方性法规未审。[7]（2）被动式审查既没有提请时间的限制，也没有审查期限的限制，这就导致被动式审查与备案之间没有什么联系，被动式审查完全成为了一种事后审查。第四，审查的效力不同。法国的事先审查制最终导致法律是否生效，或者导致某一违宪条款被从整个法律文本中删除。而我国的备案审查则在审查的效力上有很大的问题：（1）备案对报送机关并无实质的约束力，实际情况是，很多机关并不将自己制定的法及时报送，有的甚至根本不报送，这就直接影响了后面的审查程序的启动。（2）诚如前述，一些审查机关并无对报送的

法的改变或撤销权，这就使得该机关的审查决定只能是一种建议，或者成为该机关再向有权机关上报的理由。如《法规规章备案条例》第12条规定，国务院审查发现，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。（3）审查机关是否必须作出审查决定也没有相关的限制。在法国，因为宪法委员会的审查直接决定了该法律是否生效，所以，无论违宪与否，宪法委员会都必须在规定期限内作出审查决定。而我国，由于没有审查期限的限制，导致备案审查的结果已经不能对法的生效产生影响，同时，相关的模糊规定导致审查机关在是否作出审查决定上享有较大的裁量权，如《立法法》第90条，对于其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民提出的审查建议，则由于仅仅是一种“可以听取，也可以不听取”的建议，现实的情况是，常委会根本不作出回应。[8] 据此，笔者认为，我国的备案审查制度要想发挥其应有的作用，应当着力在以下几个方面进行完善：第一，将审查的时间提前到法规、规章生效之前。即没有经过审查机关的审查，该法规、规章不得生效。限定审查机关的审查期限为3个月，自被审查的法报送备案之日起计算，报送备案的法将根据审查结果决定是否生效，3个月后如果仍未审查完毕，该法将自行生效。第二，在现有设立专门性的备案审查机关和对法律进行备案审查的可能性不大的情况下，首先，减少备案审查机关，只保留全国人大常委会和国务院。其次，限定审查的范围，只审查合法性，不审查合理性。全国人大常委会负责对行政法规和地方性法规进行审查，看其是否与宪法和法律相抵触。国务院负责审查规章，看其是否符合行政法规。地方政府规章是否符合地

方性法规或者上一级地方政府规章，由地方各级人民政府、地方各级人大及其常委会提请国务院审查。第三，为了减轻备案审查机关的工作压力，区分不同的审查方式。全国人大常委会对行政法规进行主动审查，对地方性法规，则应国务院、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、30名以上全国人大代表的审查请求，进行被动审查。国务院对部门规章进行主动审查，对地方政府规章，则应地方各级人民政府、地方各级人大及其常委会、15名以上地方各级人大代表的审查请求，进行被动审查。第四，事先的备案审查与事后的具体审查相结合。法规、规章生效之后，如果国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为法规、规章有抵触宪法、法律、行政法规以及上位法的情形的，则通过与自己有具体利害关系的诉讼案件，向受理该案的人民法院提起附带性审查的建议，受理该案的人民法院如果认为的确存在抵触情形的，则中止该案的审理，向全国人大常委会或国务院提出审查请求，在合理期限内接到上述机关的审查决定后，继续审理。如果人民法院不认为存在抵触情形的，则拒绝当事人的审查建议并说明理由，直接审理结案。当事人如不服，则可以通过上诉的形式向上级人民法院再次提起附带性审查。如果直至终局裁判之后，仍被人民法院拒绝审查的建议，当事人可以穷尽法律救济为由，直接向全国人大常委会提起审查的请求，但全国人大常委会的审查决定并不能推翻已经生效的判决。由于备案审查往往发生在前，所以应当遵循“后法优于前法”的原则，即如果审查机关作出了肯定性的审查意见，那么，这个意见完全可能在后面的具体审查中被推翻

。如果审查机关作出了否定性的审查意见，由于这个意见会立刻产生改变或撤销的效力，所以，后续的具体审查只能针对改变后或重新制定的新法提出，同时，为了防止无谓的反复，不能再对备案审查中曾经否定了的内容再次否定。

----- [1] 《法规规章备案条例》第9条规定，国务院应国家机关、社会团体、企事业组织、公民的审查建议，对地方性法规是否违背行政法规、规章是否违背法律、行政法规进行审查。 [2] 但是，可以对该法律以后的修正和补充进行审查。 [3] 胡锦涛：《论法国宪法监督体制》，载张庆福主编《宪政论丛》，法律出版社1998年版，第1卷，第257页。 [4] 张千帆：《西方宪政体系》（下），中国政法大学出版社2001年版，第42页。 [5] 虽然《立法法》第88条规定了全国人大可以改变或撤销全国人大常委会制定的不适当的法律，但并未指出这种改变或撤销发生在何时，而且《立法法》也未规定法律应当备案，可见，法律并非备案审查的范围。 [6] 全国人大常委会制定的《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》第8条规定，专门委员会对备案的法规认为需要审查的，可以提出书面报告，经常委会办公厅、法工委研究，报秘书长同意后，进行审查。 [7] 蔡定剑：《中国人民代表大会制度》，法律出版社2003年版，第311页。 [8] 2003年5月，俞江等三位法学博士就国务院于1982年5月12日颁布的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》的合宪性，向全国人大常委会提出了“关于审查《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》的建议书”。最终2003年6月，国务院废止了《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》，代之以《城

市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》，但是，就三位博士的审查建议本身而言，并未见常委会作出任何回应。本文发表于《政法论丛》2006年第2期，中国人民大学复印报刊资料《宪法学、行政法学》2006年第7期全文转载。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com