

# 行政规范性文件合法性审核机构法律责任研究

杨 红

(甘肃政法大学 法学院,甘肃 兰州,730070)

**摘 要:**在行政规范性文件合法性审核机构的确定中,国务院发布文件的审核机构、党委和政府共同印发文件的审核机构、司法行政机关内部合法性审核机构的确定等问题值得关注。合法性审核机构承担法律责任的依据,呈现出以国家层面政策性文件为指导,地方各自为政的局面。追责可以通过备案审查、监督检查、外部附带审查、法治督察、异议审查等路径得以实现。提升审核机构的法治能力、辅之以审核管理信息平台建设,因文件类型的不同而区分审核机构的法律责任,这必将对审核机构依法承担责任提供有力保障。

**关键词:**行政规范性文件;合法性;审核机构;法律责任

中图分类号:D922.1

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2020)06-0043-09

作为制定行政规范性文件的必经程序,合法性审核对于保障行政规范性文件的合法有效具有重要意义,合法性审核不同于备案审查、行政复议附带审查、行政诉讼附带审查。这一程序较早的依据见于《规章制定程序条例》的附则部分,该条例规定:“县级以上地方人民政府制定行政规范性文件的程序参照本条例规定的程序执行。”党的十八届三中全会确立了深化改革的总目标,在本次全会的决定中,明确要求完善行政规范性文件合法性审核机制。作为法治政府建设2.0版本的新纲要,《法治政府建设实施纲要(2015—2020年)》要求加强规范性文件的监督管理,合法性审查被作为行政规范性文件制定程序的重要制度得到强调。2018年,国务院先后通过两个文件《国务院办公厅关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》(国办发〔2018〕37号,以下简称“《通知》”)、《国务院办公厅关于全面推行行政规范性文件合法性审核机制的指导意见》(国办发〔2018〕115号,以下简称“《指导意见》”),对行政规范性文件的制定、监督、管理、合法性审核作出了具体的要求。在党中央、国务院对行政规范性文件合法性审核相继提出要求的同时,地方人民政府也都以地方政府规章的形式作出了回应,如《甘肃省行政规范性文件管理办法》《上海市行政规范性文件管理规定》等。综览中央和地方的规定,行政规范性文件合法性审核作为一项程序制度的共识已经形成。但是,合法性审核机构法律责任的担负是审核效果的重要保障,现有规定对审核机构责任的规定总体粗疏简单,多以“对其主要负责人和直接责任人员依法给予行政处分”等方式表述。基于这一背景,本文拟从行政规范性文件合法性审核机构的确定、合法性审核法律责任的负担、责任能力的保障等方面展开研究,希望能够助力行政规范性文件合法性审核机制的完善。

## 一、合法性审核机构的明确

根据《指导意见》的规定,合法性审核机构,是指在各级人民政府及其部门中,具体承担规范性文件合法性审核工作的部门或者机构。行政规范性文件合法性审核机构主要包括两类,即政府审核机构与政府部门的法制机构。确定标准主要取决于行政规范性文件的印发主体,具体可以分为四种情形。一是同级政府审核机构。适用的对象包括以县级以上政府或办公机构名义印发的文件;县级以上政府部门起草,报请本级政府批准,以部门名义印发的文件。二是本部门审核机构。适用的对象包括:起草部门已明确

收稿日期:2020-07-29

作者简介:杨 红(1972—)女,甘肃定西人,甘肃政法大学法学院教授,法学博士。

专门审核机构的、国务院部门制定的规范性文件。三是本部门审核机构或同级政府审核机构。审核对象限于省、自治区、直辖市、设区市政府部门制定的规范性文件。四是专门审核机构或县级(市、区)政府确定的审核机构。审核的行政规范性文件包括:县(市、区)政府部门、乡镇政府、街道办事处制定的行政规范性文件。在国务院关于行政规范性文件合法性审核作出宏观要求的背景下,对照我国相关立法的规定,结合党和国家机构改革实践,对行政规范性文件合法性审核机构的确定需要尽快明晰以下问题。

#### (一)国务院决定、命令的合法性审核机构

国务院2018年印发的《通知》中,对于行政规范性文件的界定,排除了国务院的行政法规、决定、命令以及部门规章和地方政府规章。行政法规和规章的审核可以通过《立法法》《行政法规制定程序条例》《规章制定程序条例》得以规范,如《立法法》第68条、《行政法规制定程序条例》第17条、18条等。但是,《通知》所指的决定、命令的范围如何界定,国务院发布的具有普遍约束力的决定、命令的合法性审核应否排除等问题值得探讨。

发布决定、命令是我国行政机关的一项重要职权,基本依据主要表现在《宪法》和《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。<sup>①</sup>《宪法》和《地方组织法》中规定的“行政措施”“决定”“命令”等都是行政规范性文件的范围。<sup>②</sup>但是,根据《行政诉讼法》第13条的规定,“行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令”排除在行政诉讼的受案范围之外。另外,《最高人民法院关于适用〈行政诉讼法〉的解释》(以下简称“《行诉解释》”)第2条对于何谓具有普遍约束力的决定和命令,作出了具体的解释和说明。<sup>③</sup>据此可见,行政机关发布的决定、命令还有一类是不具有普遍约束力的。例如,《指导意见》排除合法性审核的文件范围也表明了决定、命令的类型划分。<sup>④</sup>在德国行政法中,也有行政规则与法规命令的区分,前者的权力来源为业务领导权、发布指令权,法律效果仅限于内部领域,不设定公民的权利义务,后者需要法律的特别授权。<sup>[1]</sup>从行政规范性文件管理的立法来看,规范的对象一般涉及行政相对人权利义务的具有普遍约束力的决定、命令。<sup>⑤</sup>

综上所述,国务院发布的决定、命令可以分为两大类,其合法性审核机构的确定也应当分类认识:一是面向各省、自治区、直辖市、国务院各部门的通知、意见等。这类文件是对地方政府和国务院部门的宏观要求,并非指向行政相对人的行为规范,行政机关不能依据国务院的文件作出影响行政相对人权利义务的决策,例如《指导意见》。因此,《行政复议法》第7条、《行政诉讼法》第53条规定的附带审查范围都排除了国务院的行政规范性文件。虽然这类行政规范性文件不能附带提起复议审查、司法审查,但是,国务院制定行政规范性文件的依据是宪法、法律、行政法规,合法性审核程序是文件制定的法定程序。国务院发布的行政规范性文件包括“国发”“国办发”等。二是针对特定事项作出的决定、命令。<sup>[2]</sup>这类文件不具有反复适用的效力,主要聚焦特定问题的解决,如2020年6月24日,国务院常务会议作出的“改革完

① 《宪法》第89条规定:“国务院可以规定行政措施,发布决定和命令”;第90条规定:“各部委在本部门权限内,可以发布命令、指示”。《地方组织法》第59条规定:“县级以上地方各级人民政府可以规定行政措施、发布决定和命令”;第61条规定:“乡镇人民政府为了执行本级权力机关和上级行政机关的决定、命令,可以发布决定和命令”。

② 对于行政措施的性质问题,学界有不同的观点。一是行政行为说,参见应松年主编:《行政法学》,人民出版社1993年版,第307页;二是具体行政行为说,参见《中国大百科全书·法学卷》,中国大百科全书出版社1984年版,第671页;三是抽象行政行为说,参见柳砚涛:《质疑“规定行政措施”》,载《行政法学研究》2007年第3期;四是行政规范性文件说,参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2011年版,第265页;五是行政管理手段说,参见蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2006年版,第381页。

③ 《行诉解释》第2条规定:“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规范性文件。”

④ 《指导意见》规定:“行政机关内部执行的管理规范、工作制度、机构编制、会议纪要、工作方案、请示报告及表彰奖惩、人事任免等文件不纳入合法性审核范围。”

⑤ 如《湖南省行政程序规定》第45条规定的“在一定时期内反复适用,具有普遍约束力的行政公文”;《甘肃省行政规范性文件管理办法》第2条规定的“涉及行政管理相对人权利义务、具有普遍约束力的文件”;《江苏省规范性文件制定和备案规定》第3条规定的“涉及公民、法人和其他组织权利义务,并具有普遍约束力的各类文件的总称,包括政府规范性文件和部门规范性文件”;《山东省行政程序规定》第43条规定的“对公民、法人和其他组织具有普遍约束力,可以反复适用的规定、办法、规则等行政公文”;《上海市行政规范性文件管理规定》第2条规定的“涉及公民、法人和其他组织权利义务,具有普遍约束力,在一定期限内可以反复适用的公文”。

善乡村医生和兽医资格制度,为高校相关专业毕业生就业提供便利”的决定。文件的起草一般由各部门组织、部门的审核机构进行初审,然后根据文件的类型报司法部相关局进行审核。<sup>①</sup> 根据《国务院工作规则》第 47 项的规定,对各地区、各部门报送国务院审批的公文,国务院办公厅要切实履行审核把关责任,提出明确办理意见。

### (二) 人民政府与同级党委联合印发文件的合法性审核机构

2018 年 3 月 11 日通过的《宪法修正案》在《宪法》第 1 条第 2 款增加了“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征”,这一规定是继宪法序言对党的领导加以规定之后,党的领导进入宪法正文,党的领导在宪法典中所处位置的不同,具有不同的内涵。正如有的学者所言,“宪法序言与宪法正文的效力有所不同,宪法序言中党的领导的实现主要依靠党的思想路线的号召力以及党组织、党员的先锋模范带头作用。”<sup>[3]</sup> 党的领导明确规定在宪法正文中,这标志着党的行为从此进入宪法法律关系之中。根据《深化党和国家机构改革方案》的规定,组建中央全面依法治国委员会,体现了党中央对法治中国建设的集中统一领导。具体到法治政府建设领域,中共中央办公厅与国务院办公厅联合印发文件日益普遍,如《法治政府建设实施纲要(2015—2020 年)》。地方各级人民政府与同级党委联合印发文件也随之增多,如甘肃省委办公厅、省政府办公厅 2020 年 5 月 5 日印发的《关于推进乡镇街道管理体制整合基层审批服务执法力量的实施方案》。以甘肃省为例,甘肃省司法厅立法三处的首要职能就是负责省政府、省委办公厅发布的规范性文件合法性审查工作。<sup>②</sup> 逐级类推,兰州市司法局设有立法三科,也应承担这一类文件的合法性审查。但是,在甘肃省的其他设区的市一级,行政规范性文件的合法性审核一般由市司法局的备案审查科负责。

### (三) 重组后司法行政机关合法性审核职能机构的明确

重新组建司法部是 2018 年党和国家机构改革的一项重要内容,重组后的司法行政机关整合了政府法制机构的职责,回应了法治发展进程背景下行政机构职能优化的现实需求。重组后的司法行政机关,它不仅作为政府的职能部门,履行相关职责,也肩负着一定的政治使命,具体表现为其设立了依法治国委员会办公室。2019 年 1 月底,司法部举行了以“全面深化司法行政改革”为主题的新闻发布会,发布了《全面深化司法行政改革纲要(2018—2022 年)》(以下简称“《纲要》”)。《纲要》立足于重新组建后的司法部的职责和使命,体现了重新组建后的司法部的新职能、新定位,贯穿了司法部“一个统筹、四大职能”的工作布局,即中央依法治国办统筹协调法治工作,在全面履职的基础之上,充分发挥好行政立法、行政执法、刑事执行、公共法律服务的四大职能。

重组后的司法行政机关已经进入正常运转,但是,立法的衔接、内部机构职能的优化,履职能力的提升等问题尚待解决。就行政规范性文件的合法性审核而言,明确审核机构是当务之急。首先,尽快启动相关立法的修改,确保机构改革与立法之间保持统一。长期以来,政府法制机构肩负着行政复议、行政立法和行政规范性文件合法性审查、执法监督、立法协调等职能,随着政府法制机构并入司法行政机关,相关职能也一并转入,涉及这些领域的立法较多,修法任务繁重。为此,有学者建议,为避免修法范围过大,考虑由全国人大授权国务院制定《司法行政机关组织管理条例》等配套性立法,形成行政组织基本法与部门组织法相衔接的格局,以推动新司法行政机关法律依据的规范化。在《司法行政机关组织管理条例》等配套性立法中明确规定:“新司法行政机关已替代政府法制机构履行职能。”<sup>[4]</sup> 其次,加强政府办公厅(室)对司法行政机关行政规范性文件的审核。根据《国务院工作规则》第 41、47 项等规定,国务院办公厅主要负责国务院会议文件的审核把关,提出明确的办理意见。据此,政府办公厅(室)对同级司法行政机关初

<sup>①</sup> 《国务院工作规则》第 19 项:国务院根据经济社会发展需要,适时向全国人大及其常委会提出法律案,制定、修改或废止行政法规,规定行政措施,发布决定和命令。提请国务院讨论的法律草案和审议的行政法规草案由司法部审查或组织起草,行政法规的解释工作由司法部承办。

<sup>②</sup> <http://sft.gansu.gov.cn/Show/18570>,最后访问时间:2020 年 7 月 4 日。

审后的行政规范性文件再次审核,有利于扭转司法行政机关自己审核自己的中立难题。正如有学者所言,这种做法体现了行政机关之间职权的横向委托关系。<sup>[5]</sup>最后,司法行政机关负责合法性审核的内设机构及其分工的明晰和统一。对照《纲要》“一个统筹、四大职能”的机构设置总要求,查阅各省、自治区、直辖市的司法行政机关官网,对于审核机构的设置存在较大差异。司法部的机关厅局部分,设有四个立法局,分管不同领域的行政法规起草,地方性法规、规章备案审查等职能,其中立法一局的职能中有负责司法部规范性文件审查的规定。对于国务院其他部门报送的行政规范性文件的审核,并没有明确的规定。甘肃省司法厅机构设置部分,分别有立法一处、立法二处、立法三处,立法三处的职能中规定了对省政府、省委办公厅发布的规范性文件的合法性审查。山东省司法厅机构设置下的机关处室部分,与行政规范性文件审核有关的处室列出了立法一处、立法二处、立法三处、备案审查处,但是,每个处室的职能难以查阅。江苏省司法厅的机构职能部分,设有立法一处、立法二处、备案审查处等内设机构,备案审查处办理有关省政府规范性文件和拟由省政府批准的省级部门规范性文件的合法性审查工作。通过上述三省司法厅官网中机构设置的比较,可以看得出在机构设置方面有一定的差异,特别是在承担行政规范性文件合法性审核职能方面,有待更加明晰,进而为更好履职提供机构保障。

## 二、合法性审核机构承担法律责任的依据及实现路径

2018年国务院通过发布《通知》《指导意见》开启了行政规范性文件法治化的新时代。<sup>[6]</sup>从“合法性审查”到“合法性审核”的表述变化,不仅仅是语词的转变,更体现了国家加强行政规范性文件的事前监督,完善合法性审核机制的源头治理、依法治理、系统治理思维。为了保障行政规范性文件合法性审核机构依法履职,明确的法律责任依据和畅通的追责路径是基本保障。

### (一)合法性审核机构承担法律责任的依据

行政规范性文件合法性审核机构法律责任的依据变迁,经历了从地方到中央的规定演变过程,时间节点以2018年12月《指导意见》的发布为界。在《指导意见》发布之前,省级地方政府大多以规章的形式对行政规范性文件的管理作出规范,在法律责任的部分,有的地方规章没有规定合法性审查机构的法律责任,如《江苏省规范性文件制定和备案规定》(2009)只对文件的制定和备案程序作出了规范,没有涉及法律责任的承担问题。有的地方政府规章对审查责任的规定较为简单,如《四川省行政规范性文件管理办法》(2018)第39条的规定。<sup>①</sup>多数地方政府规章对合法性审查机构的责任有所规定,而且规定的内容也相似,如《甘肃省行政规范性文件管理办法》(2015)第44条规定:“政府法制机构未按照本办法规定对规范性文件进行制定审核、备案及审查,有失职行为的,由本级人民政府责令限期改正,给予通报批评。情节严重,造成不良后果的,对其主要负责人和直接责任人员依法给予行政处分。”在《指导意见》发布之后,行政规范性文件合法性审核机构的法律责任有了较为统一的规定。<sup>②</sup>上述地方政府规章、国务院文件中关于审核机构责任的规定,并不能单独作为追究责任的依据,必须依托相关法律的规定,主要涉及到的法律有:《公务员法》第87条、《公职人员政务处分法》第39条、《刑法》第397条等。

### (二)合法性审核机构承担法律责任的实现路径

根据现行的规定,行政规范性文件合法性审核机构负担法律责任的形式主要分为两个方面,一是机构的责任,如《甘肃省行政规范性文件管理办法》第44条规定的“责令限期改正、通报批评”;二是人员的责任,如《陕西省行政规范性文件制定和监督管理办法》(2019)第41条规定的“造成重大不良后果的,对其主要负责人和直接责任人依法给予处分。”就人员承担的责任形式来看,主要有行政处分、政务处分、刑

<sup>①</sup> 《四川省行政规范性文件管理办法》(2018)第39条规定:“备案审查机构违反本办法规定,不履行规范性文件备案审查职责的,由有权机关依法追究责任。”

<sup>②</sup> 《指导意见》规定:“审核机构未严格履行审核职责导致规范性文件违法,造成严重后果的,依纪依法追究有关责任人员的责任。”

事责任等。结合我国现行对于行政规范性文件监督的规定,上述责任的实现,可以通过以下路径得以实现。

一是备案审查。行政规范性文件的备案机关取决于文件的制定主体,相关依据主要有:《监督法》《通知》、地方性法规、地方政府规章等。<sup>①</sup> 根据上述规定,地方人民政府的行政规范性文件报上一级人民政府和同级权力机关备案,地方人民政府部门的行政规范性文件需报本级人民政府备案。垂直管理部门的行政规范性文件报上一级主管部门备案,抄送同级人民政府。备案审查机关的处理方式一般有以下几种情形:准予备案,准予备案并附提请注意的书面审查意见,限期修改、废止的书面审查意见,撤销等。根据备案机关的意见,追溯行政规范性文件制定程序中合法性审核机构的法律责任。

二是行政复议或行政诉讼附带审查。根据《行政复议法》第7条、27条,《行政诉讼法》第53条的规定,除国务院的行政规范性文件外,其他行政规范性文件都可以在行政复议、行政诉讼中请求附带审查,行政复议机关在复议审查中可以对被申请复议的具体行政行为的依据进行审查,对于不合法的依据,复议机关根据权限自行处理或转送有权机关处理。就行政诉讼实践来看,行政规范性文件审查启动的类型主要包括三类。第一,原告起诉时提出。如邹平祥、张翠英上诉兰州市安宁区规划国土资源局土地行政征收一案,上诉人对该行政行为依据的批复、公告不服,要求中止审理,法院认为被告安宁国土局实施的上述行为符合土地管理法和土地管理法实施条例规定的“两公告、一登记”要求,程序合法。<sup>②</sup> 第二,被告举证时提交。如李小靖诉兰州经济技术开发区房地产管理局案,被告提交其依据该《兰州房地产交易中心关于房屋登记和房地产市场管理工作指南》作出行政行为的规范性文件,而本案中,原告只是提出被告适用法律、法规错误,而未要求法院附带审查,但在判决书中法院表述被告依据该规定作出的行政行为是符合法律及规范性文件规定的。<sup>③</sup> 第三,法院主动审查。如马廷圣诉兰州市公安局城关分局案,原告未提出对规范性文件认定的事实不服,但法院在判决书中,通过对《甘肃省公安机关治安管理部门实施治安处罚自由裁量权指导意见》的审查,认为被告以此认定的证据不足。<sup>④</sup> 根据《行诉解释》第149条的规定,审判机关的后续处理途径一般有以下三个方面:一是对于不合法的行政规范性文件不作为审理的依据;二是向制定行政规范性文件的主体提出司法建议;三是向制定主体的本级人民政府、上一级机关、监察机关、备案机关抄送司法建议。复议机关和审判机关对行政规范性文件的直接或间接处理意见,都将会影响到合法性审核机构的责任承担。

三是监督检查。监督检查属于行政监督的范围,包括内部监督和外部监督。这里的监督检查是指内部监督,根据我国行政机关的监督体制,政府的部门受双重领导,政府部门的文件在接受部门内部监督的同时,还要接受同级政府的监督,上级人民政府对下级人民政府的行政规范性文件进行监督。根据《通知》的规定,监督机关检查的内容主要包括:行政规范性文件是否存在减损个人和组织合法权益,违反上位法的规定增加义务等情形;行政规范性文件是否存在降低政府公信力和影响政府社会评价的情形。经检查后,处理的方式表现为:依照党纪和国法追究负有责任的领导干部和直接责任人员的责任,以约谈和专门督导等方式,对问题频发、造成严重后果的地方和部门督促整改,根据问题严重程度决定是否向社会曝光。

四是法治督察。根据《法治政府建设实施纲要(2015—2020年)》的规定,法治政府基本建成是2020年全面建成小康社会的重要目标之一。为了督促和推动法治政府建设责任落实情况,2019年4月,中

① 《甘肃省各级人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查规定》(2009)第3条规定:“本规定所称规范性文件,是指在本行政区域内涉及公民、法人和其他组织权利义务、具有普遍约束力、可以反复适用的下列文件:(一)各级人民代表大会及县级以上人民代表大会常务委员会的决议、决定;(二)省人民政府、较大的市的人民政府制定的规章;(三)县级以上人民政府发布的决定、命令等;(四)其他规范性文件。”

② 参见(2017)甘71行终111号。

③ 参见(2017)甘71行终127号。

④ 参见(2017)甘7101行初70号。

办、国办联合印发了《法治政府建设与责任落实督察工作规定》，中央全面依法治国委员会办公室、地方各级党委法治建设议事协调机构的办事机构作为“督察单位”，督察对象包括地方各级党委履行推进本地区法治建设领导职责、地方各级政府和县级以上政府部门履行推进本地区、本部门法治政府建设主体职责。对于地方政府及其部门的督察内容中就包括了全面推行行政规范性文件合法性审核机制的情况。就责任追究而言，督察单位发现督察对象的行政立法、行政规范性文件存在违反上位法的情形，督察单位应当移送有关单位依纪依法进行责任追究。根据《指导意见》的要求，采用激励与惩戒相结合的方式，行政规范性文件合法性审核作为法治政府建设考评指标，适时进行审核情况通报，激励和表扬先进，对于审核工作问题突出的单位，督察整改，合法性审核造成不良后果的，追究党纪责任和法律责任。

五是异议审查。参照《立法法》第99条赋予个人和组织对行政法规、地方性法规提出审查建议的权利这一立法精神，关于行政规范性文件管理的地方政府规章中也都有类似规定，如《甘肃省行政规范性文件管理办法》第34条、《湖南省行政程序规定》第53条、《上海市行政规范性文件管理规定》第56条等。综合上述规定，公民、法人和其他组织提出审查申请或建议，既可以向行政规范性文件的制定机关提出，也可以向备案审查机构提出，受理机构应当及时处理并向申请人反馈处理结果。根据处理结果，合法性审核机构负有责任的，依法依规追究相关人员的法律责任。甘肃人大网专门设有地方性法规公民建议受理平台，可以考虑将这种平台运用于行政规范性文件的异议审查方面。

### 三、合法性审核机构责任承担的保障

行政规范性文件的合法性审核机构可以分为两大类，一类是制定主体内部的法制机构，另一类是司法行政机关内设专门负责审核的机构。在国家层面全面推进依法治国的任务体系中，法治政府建设任务最重也最为艰巨，为此，审核机构的责任要求也更加严格，如重大行政执法决定法制审核制度的推行、行政规范性文件合法性审核的全面推行和加强等。为了上述制度的顺利运行，也为了规范追责体系，体现监督约束与激励保障并重的组织法理念，提升审核机构的法治能力、辅之以审核管理信息平台建设，以文件类型区分审核机构的责任，必将对于审核机构依法承担责任提供有力保障。

#### (一)提升审核机构的法治能力

在推进国家治理体系和治理能力现代化，实现“两个一百年”奋斗目标的伟大进程中，党和国家机关及其广大公职人员法治能力的提升至关重要。行政规范性文件合法性审核机构肩负着大量行政规范性文件合法与否的前端审核职责，审核人员的法治能力决定着文件的审核质量。在提升审核机构及其人员法治能力方面，应重点关注以下方面。一是招录环节的资质保障。根据中办、国办联合印发的《关于完善国家统一法律职业资格制度的意见》的要求，法律职业资格日益受到政府部门的重视，特别是对于政府部门中肩负执法决定审核、行政复议审理的人员，具备法律职业资格是招录的基本条件。另外，随着国家对行政机关化解争议工作的加强，从事行政调解、行政裁决等职能的人员也应当具备法律职业资格。因此，不论是政府部门的法制机构，还是司法行政机关内部负责行政规范性文件合法性审核的机构，招录审核人员应当以具备法律职业资格为基本条件。二是审核人员能力提升。重点包括政治素质和专业能力，政治素质的提高主要通过政治学习、警示教育、诚信教育等方面进行，可以借助线上平台辅之以集中学习的方式。专业能力的提升可以通过定期学习培训和同行交流等途径进行，特别应重视走出去的方式，拓宽审核人员视野，汲取发达地区审核经验，打造正规化、专业化、职业化的审核人员队伍。三是充分发挥法律顾问的专业优势。根据《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，推进政府法律顾问制度是法治政府建设的重要内容，政府法律顾问的组成人员主要包括：原政府法制机构人员，法学、经济学等领域专家学者、律师等。政府法律顾问发挥作用的领域表现为：行政规范性文件合法性审核、重大行政决策专家论证、疑难复杂案件行政复议等。根据这一要求，近年来地方各级人民政府及其部门已相继完善了法律顾问制度，但是，在法律顾问的作用发挥方面，各地的做法参差不齐，对于法律顾问的权责明晰

方面还不够完善。

### (二) 加快审核管理信息平台建设

随着政府法制机构并入司法行政机关,行政规范性文件合法性审核工作相对集中,审核任务更为繁重。2015年国务院发布了《促进大数据发展行动纲要》,其中对于发挥大数据在社会治理中的重要作用,提出了具体要求。党的十九届四中全会决定特别强调,充分发挥科技支撑在社会治理中的积极作用。《指导意见》对于各地审核管理信息平台的完善也提出了总体要求。<sup>①</sup>但是,查阅各省司法厅官网,合法性审核平台寥寥无几。以备案审查信息化工作起步较早的江苏为例,江苏人大网上能够查看到“规范性文件报备平台”,进入平台后,最新的记录是2020年第一季度报送江苏省人大备案的规范性文件目录,总计20项。在法治督察过程中,应当加强行政规范性文件合法性审核平台建设的检查,尽快落实《指导意见》的要求。

### (三) 因文件类型的不同而区分审核机构的法律责任

对于行政规范性文件合法性审核机构在何种情形下承担法律责任,《指导意见》规定:“审核机构未严格履行审核职责导致规范性文件违法,造成严重后果的,依纪依法追究有关责任人员的责任。”地方政府规章的规定都比较粗疏,多以“违法情节严重,造成不良后果”等表述呈现。目前来看,行政规范性文件合法性审核机构审核问责的信息公开得较少,难以对上述的问责条件具体化。这里以2018年10月最高人民法院公布的9起规范性文件附带审查案例为分析对象,以司法审查的视角来观察行政规范性文件“违法情节严重,造成不良后果”的具体表现形式。因为,根据前文的论述,行政诉讼附带审查也是倒查审核机构法律责任的一个途径。

在公布的9起案例中,除了7、8、9号案例分别因为行政规范性文件与决定无关联、程序性行为不可诉、附带审查的文件不是具体行政行为的依据而对文件没有进行附带审查之外,其余6个案例都进行了附带审查。<sup>②</sup>从审查结果来看,1、3、5号案例中法院最终判决行政规范性文件不合法不作为认定具体行政行为合法的依据。从这3例案件来看,行政规范性文件分别存在限缩上位法的规定、扩大污水处理费的征收范围、违背《妇女权益保障法》的立法精神等情形。2、4、6号案例的处理结果都对行政规范性文件的合法性进行了肯定,分别表现为:认可了行政规范性文件的规定,并未对《治安管理处罚法》第39条的规定作扩大解释;文件的规定与《食品安全法》保障公众食品安全和身体健康的立法目的相一致;文件对于物业服务专职人员的解释和细化与《行政许可法》的规定不冲突。

分析前述案例的判决结果,不难看出,司法机关对行政规范性文件能否作为具体行政行为的依据,因文件是否关涉公共利益而对其要求有所差异。如前所述,1、3、5号案例中,作为具体行政行为依据的文件对行政相对人的利益有减损,并不直接关涉公共利益,对这类文件的法律控制较为严格。2、4、6号案例中,作为具体行政行为依据的文件在对行政相对人作出不利决定的同时,对公共安全具有保障作用,如消防安全、食品安全、优质的物业服务等,对这类文件的合法性要求不限于上位法的字面规定,从有利于公共安全的角度尊重行政机关的规定。

<sup>①</sup> 《指导意见》规定:要积极探索利用信息化手段推进规范性文件合法性审核机制建设,完善合法性审核管理信息平台,制定建设标准,统一格式、文本等各项管理要求,做好与公文管理系统和政务信息公开平台的衔接,实现电子审核一体化和平台互联互通。建立合法性审核台账,对已审核的规范性文件实行动态化、精细化管理。建立合法性审核信息共享机制,充分利用大数据技术和资源,加强对审核数据的统计分析,推动信息共享和整合,切实提高审核实效。

<sup>②</sup> 行政诉讼附带审查规范性文件典型案例(2018年10月30日发布):1.徐云英诉山东省五莲县社会医疗保险事业处不予报销医疗费案;2.方才女诉浙江省淳安县公安局治安管理行政处罚案;3.袁西北诉江西省于都县人民政府物价行政征收案;4.大昌三昶(上海)商贸有限公司诉北京市丰台区食品药品监督管理局行政处罚案;5.郑晓琴诉浙江省温岭市人民政府土地行政批准案;6.上海苏华物业管理有限公司诉上海市住房和城乡建设管理委员会物业服务资质行政许可案;7.孙桂花诉原浙江省环境保护厅环保行政许可案;8.成都金牌天使医疗科技有限责任公司诉四川省成都市科学技术局科技项目资助行政许可案;9.毛爱梅、祝洪兴诉浙江省江山市贺村镇人民政府行政强制及行政赔偿案。



综上,本文认为,行政规范性文件合法性审核责任条件与行政规范性文件的类型有关联。关于行政规范性文件的分类,有学者从制定主体、制定目的、调整对象、法律效果等角度进行划分,以制定目的为标准分为执行性规范、补充性规范、自主性规范;<sup>[7]</sup>有学者从功能主义的视角,以立法对行政规范性文件的的要求程度不同,将行政规范性文件分为执行命令、授权命令、职权命令三种形态。<sup>[8]</sup>上述的自主性规范和职权命令在概念表述中都表明其权限依据来自于宪法和组织法的规定,不需要有其他法律依据,但是,作为行政规范性文件,仍然要求不得与有关的法律、法规、规章相抵触。例如,国务院办公厅于2020年7月21日发布的《关于进一步优化营商环境更好服务市场主体的实施意见》(国办发〔2020〕24号),其中明确要求:“各地要落实属地管理责任,在保障安全卫生、不损害公共利益等条件下,坚持放管结合,合理设定流动摊贩经营场所。”这一文件的出台,具有特定的经济社会背景,受新冠肺炎疫情的影响,全球经济遭遇前所未有的挑战,2020年6月,李克强总理在山东烟台考察时,特别强调了地摊经济的重要性。基于上述文件的规定,地方各级人民政府纷纷发布文件,对于地摊经济放宽规制。<sup>①</sup>但是,不论是国务院的文件还是地方各级人民政府的文件,都要求外摆地摊的运营前提需满足下述条件,即不占用盲道和消防通道、不影响城市交通和环境卫生、不侵害公众和他人利益、不影响污染防治、不毁损绿化和市政设施等。这也就表明放宽地摊经济的相关文件不得与《道路交通安全法》《消防法》《环境保护法》《城市管理执法办法》、地方人民政府制定的城市市容和环境卫生管理规章等立法相抵触。执行性规范性文件的法律控制是最为严格的,不能在上位法规定的范围以外任意增加或减少内容,否则就被认定为不合法。补充性规范性文件在认定时主要审查补充规定有无立法的规定,内容方面应允许行政机关一定的裁量权。

随着社会发展中各类复杂特殊情形的增多,特别是风险社会带来的不确定问题频发,行政机关凭借其解决问题的专业优势日益凸显,因此,肯定和支持行政机关在宪法和组织法规定的范围内,自主制定行政规范性文件,具有较强的现实意义,例如应急管理、房价调控、车辆限行、裁量权控制等领域。这类行政规范性文件的审核责任应考虑行政机关的自主裁量权限,体现对行政的尊让原则。横向比较,国外也有类似情形,如日本行政规则的外部化现象,传统行政规则的效力仅限于行政机关内部,但是,随着社会的发展,行政规则的影响范围也发生了变化,如司法审查中对于校规、营造物规则的审查,行政裁量基准、给付规则、指导纲要等行政机关的行政基准也引起了社会的关注。<sup>[9]</sup>在美国行政法中,法规内容必须合理,合理的前提条件是制定权限在法律范围内、内容不违反宪法和法律的规定。但对于合理的要求,只有当不合理的程度非常严重,表现出专横、武断的性质时,才能成为撤销的理由。<sup>[10]</sup>

合法性审核是具有普遍约束力的行政规范性文件制定的必经程序,这一程序制度的保障在于明确相关主体的法律责任。《指导意见》及地方政府规章中“造成严重后果、不良后果”等模糊表述,难以准确界定审核责任的承担。当前以国家层面政策性文件为指导、地方规章各自为政的规范局面,不利于倒逼审核机构尽职履责。借鉴重大行政决策程序规范的立法路径,总结地方立法的经验,尽快出台统一的行政规范性文件管理法规,结束分散立法局面,有利于行政规范性文件合法性审核制度的法治化。

#### 参考文献:

- [1]哈特穆特·毛雷尔.行政法学总论[M].高家伟,译.北京:法律出版社,2000:607.
- [2]胡晓军.行政性“命令”规范法律分析与探讨[J].法治研究,2014(2):96-101.
- [3]秦前红,陈家勋.党政机构合署合并改革的若干问题研究[J].华东政法大学学报,2018(4):78-87.
- [4]黄学贤,李凌云.政府法制机构与原司法行政机关整合:动因、问题及对策[J].苏州大学学报(法学版),2019(2):57-70.

① 根据兰州市城市管理委员会下发《关于全面做好服务“地摊经济”的通知》,兰州市对“地摊经济”实行“五个放宽”: (1)放宽占道经营。在规定时间内有占道需求的企业、店铺可越门店经营;开辟自产自销农户绿色通道,合理增加设置瓜果便民摊点数量;精细化管理早餐摊点,适当扩大设置区域。(2)放宽流动摊点。在主干道以外的背街小巷、住宅小区周边允许流动摊贩进行规范经营。(3)放宽便民摊点。在住宅小区周边可进行修配锁、修伞、修擦鞋、缝纫织补等便民服务摊点经营。(4)放宽促销活动大型商场在规定的地点内可开展户外临时促销活动。(5)放宽便民市场。在满足周边居民日常需求和居民生活便利的条件下,可在相应区域适当增设便民市场。



- [5]叶必丰.论行政机关间行政管辖权的委托[J].中外法学,2019(1):94-110.
- [6]曹蓂.新时代行政规范性文件的法治之路[J].中国司法,2019(3):40-43.
- [7]周佑勇.行政法原论[M].北京:北京大学出版社,2018:242-243.
- [8]周乐军.行政规范性文件的生成形态及其类型化——基于功能主义的观察[J].法学论坛,2019(3):59-68.
- [9]盐野宏.行政法[M].杨建顺,译.北京:法律出版社,2001:72-76.
- [10]王名扬.美国行政法[M].北京:中国法制出版社,2005:351.

## On Legal Responsibility of Legality Review Agency for Administrative Regulatory Documents

YANG Hong

(Law School, Gansu University of Political Science and Law, Lanzhou 730070, China)

**Abstract:** In the determination of the legality review agency for administrative regulatory documents, how to determine the review agency for documents issued by the State Council, for documents jointly issued by the Party Committee and the government, and for documents within the judicial administrative organs, is a problem worthy of our attention. The basis, on which the legality review agency shoulders the legal responsibility, is guided by the national policy documents but varies in the local governments. Accountability can be achieved through such means as filing and review, supervision and inspection, external incidental review, rule by law, and objection review. The essential ways, including enhancing the review agency's ability to rule by law, supplemented by the construction of a review management information platform, and distinguishing the legal responsibility of the review agency due to different types of documents, will certainly provide a strong guarantee for the review agency to assume legal responsibility according to law.

**Key words:** administrative regulatory documents; legality; review agency; legal responsibility

(责任编辑:董兴佩)