本版编辑：澹 雅
E-mail：t4@studytimes.cn
Tel：010—62805118

司法改革

司法附带审查让“红头文件”不再任性

□ 程 琥

“红头文件”是社会公众对政府发布的带有红色套印标题和政府公章的规范性文件的俗称，往往代表政府权威、公信和形象，也是地方政府经常采用的一种行政管理方式。毋庸讳言，“红头文件”在发挥行政管理职能作用的同时，由于缺乏有效监督，出现了一些乱象，导致公共利益和公众合法权益受到损害，国家法制统一遭到破坏，甚至一些内容相当“奇葩”、极不严肃的“红头文件”频频出现。违法任性的“红头文件”已经成为全面推进依法治国、建设法治政府的一大障碍，必须高度重视并采取有效措施加以解决。

党中央、国务院历来重视规范性文件制定、备案、审查等工作，曾多次下文专门对此作出规定。2014年11月，全国人大常委会在修改《行政诉讼法》时，明确确立了规范性文件的附带审查制度，这是贯彻中央部署的又一重要步骤。新《行政诉讼法》第53条规定：“公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件不合法，在对行政行为提起诉讼时，可以一并请求对该规范性文件进行审查。前款规定的规范性文件不含规章。”这里的“规范性文件”是指国务院部门和地方人民政府及其部门依照法定权限和规定程序制定并公布的除规章以外的，涉及不特定的公民、法人或者其他组织的权利和义务，在一定时期内反复适用并具有普遍约束力的各类行政文件。

司法附带审查“红头文件”彰显法治精神

把规范性文件纳入司法附带审查范围，意义重大。

有助于把行政权关进制度笼子。实践中，“红头文件”制定较为随意，“红头文件”一旦实施就容易成为一些行政机关违法行政的挡箭牌和借口，容易成为行政机关谋取地方利益和部门利益的“自留地”。人民法院在具体案件审理中，通过附带审查，可以认定“红头文件”是不是合法。对不合法的“红头文件”，人民法院不将其作为认定行政行为合法的依据。同时，作出生效裁判的人民法院应当向规范性文件的制定机关提出处理建议，并可以抄送制定机关的同级人民政府或者上一级行政机关。

有助于维护国家法制统一。“红头文件”的数量远远超过行政法规和规章，且其实际适用效力似乎显得比法律、行政法规、规章还要高，有的政府部门和执法人员甚至只认“红头文件”不认法。实践中，有的行政机关在制定“红头文件”时习惯于搞变通、打折扣，尤其在涉及民生的征地拆迁、公共设施建设等领域，甚至以“红头文件”形式，公然把法律规定搁置一边，使“红头文件”与法律规定明显冲突。这种情况下，“红头文件”一经实施极易引发矛盾纠纷，甚至出现大面积违法。法院对“红头文件”附带审查，事实上就是对“红头文件”与上位法是否合法进行审查，一经审查发现违法“红头文件”就建议制定机关进行处理，从而维护国家法制统一。

有助于保障社会主义市场经济健康发展。社会主义市场经济本质上是法治经济。实践中，有的地方政府利用起草、制定“红头文件”的机会，将某些带有地方保护主义成分的内容规定到“红头文件”中，使之合法化，这种做法与社会主义市场经济是相抵触的，行政机关对市场的不适当干预不利于全国统一大市场的形成。

有助于形成良好政风和工作作风。长期以来，一些行政机关形成了“红头文件”依赖症，以“红头文件”转发“红头文件”，本来法定职责很清楚，可就是要等着“红头文件”开展工作。“红头文件”过多、过滥，还会妨碍依法行政，干扰下级部门的工作秩序，导致有的行政执法效率低、不履责、没实效。法院对“红头文件”附带审查可以倒逼行政机关从源头上规范“红头文件”的制发和清理工作。

治理“红头文件”还须打好法治“组合拳”

在法治轨道上治理“红头文件”须要采取切实有效的措施，形成制度化、常态化的治理机制，真正让“红头文件”不再任性。

增强法治思维和法治观念。长期以来，违法任性的“红头文件”泛滥成灾，根源在于权力恣意，人治思维作祟。实践中，有的领导干部缺少法治思维，既没有依法行政的意识，也不熟悉相关法律规范。因此，常常会出现违法“红头文件”随意指挥现象，这从一个侧面反映一些行政机关的权力缺乏约束。故，治理“红头文件”，首先要抓好领导干部这个“关键少数”。领导干部应自觉提高运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定的能力。各级行政机关要严格控制“红头文件”的制发，杜绝“不发文不研究、不开会不落实”的惰政思想，确保“红头文件”的合法性。

建立规范性文件监督管理制度。目前国务院有关部门以及有关地方政府专门就规范性文件的制定管理出台了规定，这有助于把规范性文件纳入法治化、规范化、常态化监督管理之中。具体而言：一是落实制定审核。“逢文必审”，凡是政府或政府部门发布的规范性文件，未经其法制机构前置审核，不得提交讨论。二是严格备案审查。对于政府及其部门制定的规范性文件，必须按时向有权机关报送备案。政府法制机构要在规定的时限内，进行备案审查，对存在违法问题的文件，要及时通知纠错、限期改正。三是实时跟踪评估。委托第三方社会机构对规范性文件实施情况开展评估，对文件实施和目标实现程度进行科学评价，并将问题和改进意见反馈给制定机关。四是定期组织清理。统一规定规范性文件的有效期限，由制定机关定期对规范性文件进行清理，从而决定规范性文件废止、修改、保留，公布有效文件清单。五是严格责任追究。把规范性文件监管工作纳入依法行政绩效考核，建立违法规范性文件的责任追究和责任倒查机制。

严格执行规范性文件制定程序。规范“红头文件”，除了建立完善的监督管理制度外，还应强化源头治理，严格制定程序，确保“红头文件”质量。一是建立意见收集和反馈机制。强化规范性文件制定中的公众参与、专家论证、风险评估等环节的作用发挥，充分听取各方面意见。二是建立内部集体讨论和民主决策机制。规范性文件制定须经内部集体讨论、民主决策，以保证规范性文件的科学性和质量。三是加强规范性文件的信息公开力度。按照《政府信息公开条例》要求，进一步健全“红头文件”的公开化、社会化机制，保障公众的知情权、参与权、表达权和监督权，未经对外公布不得适用。四是加强专门法治队伍建设。加强对政府机关法制工作的重视程度，配齐、配强法制工作人员，提升合法性审查能力，提升法制部门在行政机关中的地位。同时，建立以政府法制机构人员为主体、吸收专家和律师参加的法律顾问队伍，充分发挥法律顾问在重大决策、规范性文件制定、推进依法行政中的积极作用。

强化行政复议和行政诉讼审查力度。我国规范性文件附带审查制度最早是在《行政复议法》中确立的。《行政复议法》赋予行政复议机关对规范性文件的合法性审查权，使得行政复议机关对规范性文件合法性审查有了法定依据。此次在新《行政诉讼法》中确立规范性文件附带审查制度，实现了对规范性文件附带审查从行政复议向行政诉讼的必要延伸，有利于行政复议和行政诉讼中对规范性文件附带审查的制度衔接。在行政复议和行政诉讼中建立对规范性文件附带审查机制，能够从源头上及时纠正违法行政，对于保护公民、法人和其他组织的合法权益，监督政府依法行政，具有重要意义。今后，无论是行政复议机关还是人民法院都应强化对规范性文件审查力度，让附带审查长出“牙齿”，让附带审查成为“红头文件”的“体检表”和不好迈过的“坎”。



公共行政

行政审批制度改革不能止于“物理反应”

□ 王敬波

党的十八大之后，不断深化的行政审批制度改革取得重要阶段性成果，各级政府全面清理并公开行政审批事项，建立权力清单和责任清单，取消非行政许可审批项目，进一步下放审批权限，这对转变政府职能，强化市场在资源配置中的作用，释放市场和社会的活力产生了积极的作用。但是我们也应该看到，在部分地区和行业的行政审批制度改革中仍然存在以下问题：第一，对行政审批制度改革认识不到位，为了满足上级政府提出的精简审批事项的目标，对审批事项进行“打包”或者“拆分”处理，玩数字游戏。第二，部门各自为政，缺乏协调，有些需要多部门衔接的审批改革出现“链条断裂”。第三，将审批事项“改头换面”为服务事项或者其他事项，明减实不减。第四，将依法和按照管理事项不应下放的审批事项也下放，缺乏有效监管措施。

出现上述问题主要在于，简政放权直接涉及权力和利益调整，有些部门和人员从部门利益出发，采取放大不放小、放责不放权、放虚不放实、放内不放外等做法。从历次改革看，行政审批事项的调整只是“物理反应”，转变政府职能才是“化学反应”。改革不能止于“物理反应”。如果政府职能不转变，只有审批事项的局部调整，难免会重蹈覆辙，陷入“精简、膨胀、再精简、再膨胀”的怪圈。要想产生行政审批制度改革的“化学反应”，还须找准以下突破口。

深化相对集中行政许可制度，从程序集中走向实质集中

2004年实施的《行政许可法》第25条规定：经国务院批准，省、自治区、直辖市人民政府根据精简、统一、效能的原则，可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政许可权。第26条规定：行政许可需要行政机关内设的多个机构办理的，该行政机关应当确定一个机构统一受理行政许可申请，统一送达行政许可决定。行政许可依法由地方人民政府两个以上部门分别实施的，本级人民政府可以确定一个部门受理行政许可申请并转告有关部门分别提出意见后统一办理，或者组织有关部门联合办理、集中办理。该法确立相对集中行政许可权制度，目的在于促使行政权力集约化、统一化、高效化。

但是目前相对集中行政许可权的实践还只是简单的集中办理，并未在权限集中行使上有所突破，距离《行政许可法》提出的精简、统一、效能的目标还很远。各级政府和部门设立的行政服务中心虽然在形式上把有关行政许可事项集中到了一个大厅办理，但总体上没有实现行政许可权限的转移。这种程序集中是低层次的集中，因为审核和决定的实质性许可权并没有集中，“两头受理、多头办理”的格局无助于优化行政许可，也无法提高行政许可效率，只具有符号化的意义。实质集中是更高层次的许可权集中，将分散在不同部门的审批权限进行整合，交由统一的审批机关行使，进而促使审批权限之间相互融合，从根源上减少审批事项。

打造实体综合审批机构，促使行政审批项目的有机整合

按照行业设置的行政管理系统使得绝大多数部门都是“一条龙”管理：从制定规则到执行法律，从管理、审批到监督、处罚，都由一个部门决定；部门自己给自己设定权力，又自己去行使，缺乏有效的监督机制，行政管理中存在很大的随意性。从省到市、县的同一方面的行政主管部门都行使同样的权力，都管同样的事情，在多头许可之外，又形成多层许可、重复许可的问题。真正走向实质集中，需要以行政服务中心为依托，将其转变为具有实质审批权限的机构，破除实体集中的体制障碍，将行政许可的受理、审查、决定、送达等全部权限都集中行使，尤其是审查和决定的权限。

但该模式是对行政职权的大范围调整，牵涉面广，改革的难度大。目前已经在少数地方出现的行政审批局就直接改变了行政许可的实施机关，“一头许可代替多头许可”是真正符合《行政许可法》第25条意义上的相对集中行政许可。该模式下，行政许可权转移至行政审批局，其他机关不再享有行政许可权，其优点在于：避免多头许可造成的社会成本过高；同时行政审批局性质单一，行政效率大幅提升；申请人只面对一个行政许可机关，大大方便当事人。

受制于行政管理条块分割的体制，相对集中行政许可权的实施不可能一蹴而就，在实践中可以采用分步走、渐进性改革、局部先行的路径，将一般的、常规的、日常事务性的、非专业化的行政许可先行整合，利用现有各地已经建立的行政审批中心，将其改造成享有实质性行政许可权力的、统一办理原由各部门分别办理的经常性行政许可事项的许可实施机构。基层政府的许可事项数量少，相对简单，专业性程度不高，更易于实现机关间审批权限的实体集中。在实施中，以便民为中心，实行就近、分散式集中，以镇政府、街道办事处服务中心为平台，采取部门行政机关委托形式，整合审批事项。高层次政府管理的部门多，许可事项差异大，建立统一行使集中许可的机关的难度大，但可以在相关性高的领域实行机关间的集中，在相关性低的领域采取场地集中或者程序集中等形式。

构建信息共享和许可评估等长效机制，固化改革成果

自上世纪90年代开始的行政审批制度改革成效显著，但部门间权限交叉、信息分割等问题正在消减改革的成效，构建行政审批制度改革的长效机制是固化改革成效的重要方式。

首先，破除部门利益，实现信息共享。当前，政府部门基于部门利益的需要而人为造成的部门间信息割裂，阻碍简政放权和服务型政府的深化。公民申请行政许可时，同样的材料需要重复提交，非常不便。这需要彻底打破政府部门垄断信息的格局，建立起部门间信息共享机制，促使跨部门审批事项的流程优化和程序简化。

其次，建立定期评估机制，对不符合市场和社会发展需要的行政许可项目及时清理或者转变管理方式。对于相关部门提出新设或者增设的许可项目，如果涉及公众利益较大的，应听取社会公众意见，并经过专家论证，提高行政许可设置的科学性和合理性。

再次，建立行政许可事项及其监管记录与社会诚信系统的衔接机制。随着社会发展，政府对市场的监管难度不断增加，政府必须改变传统上依靠行政处罚或行政许可的单一监管方式，在不同监管方式之间建立有机衔接机制，例如将违法经营受到行政处罚的状况纳入社会诚信系统，通过分级、限制政府采购资格等方式，发挥不同监管形式的综合效益，促进政府和社会的共同治理。

依法治国

健全宪法解释程序机制须重视“制度存量”

□ 王 旭

党的十八届四中全会明确提出“坚持依法治国首先要坚持依宪治国，坚持依法执政首先要坚持依宪执政”，并指出完善以宪法为核心的社会主义法律体系一个重要举措是“健全宪法解释程序机制”。只有建立具有可操作性的程序机制，宪法解释才能充分发挥对宪法规范含义进行阐明甚至发展宪法的重要作用，我国的宪法也才能真正在全面深化改革的进程中成为社会凝聚共识、定纷止争的最高规范，在全面推进依法治国的实践中始终保持对立法、司法和执法的引领地位。

然而，如何完善宪法解释程序机制并不是一个可以任意发挥的命题，我们必须从既有的宪法、法律文本，包括《宪法》《立法法》《全国人大常委会议事规则》等出发，尊重已经形成的“制度存量”，释放现有文本确立的制度空间，领会其背后的基本逻辑，形成渐进的、良性的制度变迁。在此意义上，宪法解释的基本程序设计应在如下制度框架下进行。

坚持全国人大常委会宪法解释的法定地位

机制的核心在权力，明确有权机关是健全宪法解释程序机制的逻辑起点。《宪法》第67条明确“全国人大常委会是宪法解释的机关”，因此相关的程序机制设计必须围绕全国人大常委会的基本工作程序展开，即在提案审议制的框架内进行。

全国人大常委会之内专司宪法解释的工作机构应该保持人员的独立性和专职性，具体可考虑由四类人、单数构成：第一类是党政机关领导，进行政治决断与考虑；第二类是具有职业声望和良好业绩的法官，可以通过遴选的方式从司法机关选入；第三类是宪法学研究的资深权威专业人士；第四类是具有一定职业年限与良好业绩、口碑的资深律师。

建立严宽适度、多元灵活的启动程序

宪法是国之重器，是共同体生活的根本规范。对宪法提出解释请求，是极其严肃的政治行为，既不能失之过严，让启动成本过高，也不能失之过宽，让程序启动过于频繁。从启动程序的具体内容来看，应包括事由（判断能否提起宪法解释的标准）和方式（由谁、如何提出）两个法律要件。

关于启动事由，《立法法》对于法律解释的启动标准做出了两个基本规定，在此基础上我们可以进一步提出宪法解释启动事由的如下标准。第一，宪法规范的含义不明确且已经影响到宪法实施，例如《宪法》第9条规定的“自然资源的国家所有”是否等于“全民所有”，具体的权能有哪些，界限又在哪里。第二，社会变迁导致须要对宪法规范的含义做进一步说明或发展。例如《宪法》第10条规定“城市土地属于国家所有”，但何谓“城市”，今天城镇化背景下的“城市”与三十年前显然不一样。第三，紧急状态或过渡状态下须通过解释维护宪法秩序的情况。

如何设计启动方式也需要我们回到既有的制度存量。全国人大常委会作为民主议事机关，其工作的基本逻辑是提案-审议制。《立法法》《全国人大常委会议事规则》都规定了特定的提案主体，应该仍然赋予它们提出宪法解释议案的权力，宪法解释本质上也应该通过规范的提案方式启动。同时《立法法》就法规、规章的审查，也规定了全国人大常委会之外的五个主体要求启动以及公民、法人和其他组织可以建议启动的程序。这些制度存量可以一并转化为以全国人大常委会为核心的宪法解释启动方式：一方面，委员长会议、各专门委员会、若干名全国人大常委会委员联名，提出专门的议案，针对事关改革发展与稳定的重大事项进行主动的宪法解释。另一方面，国务院、中央军委、最高人民法院、最高人民检察院、省级人大常委会也可以根据需要按照特定标准，向全国人大常委会提出宪法解释请求。尤其须要指出的是，虽然“两高”不具有宪法解释权，但应该重视它们通过个案中的转送程序将普通案件审理中产生的宪法解释需求反馈到全国人大常委会。宪法解释与法律解释最大的一个相同之处就在于“事实的相关性”，只有在具体个案中才能产生最大的解释需求。同时，对于建议启动程序，公民、法人或其他组织向全国人大常委会提出审查建议必须满足“穷尽相关法律救济”和“与自身有法律上的利害关系”标准。

新修订的《立法法》第101条规定：“全国人民代表大会有关的专门委员会和常务委员会工作机构应当按照规定要求，将审查、研究情况向提出审查建议的国家机关、社会团体、企业事业组织以及公民反馈，并可以向社会公开。”这显然明确了一种“回应型法治”的基本模式，根据此制度逻辑，宪法解释的启动意见或建议也可以向提出主体乃至社会进行反馈、公开，确保宪法实施建立在最广泛共识基础之上。

建立以审慎论证为核心的审议和通过程序

宪法解释权作为一种特殊的制宪权存在形态，是对宪法整体框架和秩序的根本调整。全国人大常委会对宪法解释草案的提出、审议、表决和通过都应该建立在审慎论证的基础上，要充分体现出“法治是一种理由之治，而不仅是一种规则之治”的现代思考。为此，不能缺少如下三项程序安排。

解释意见书和理由书的撰写。宪法解释草案的通过应该类似修改宪法的要求，以全国人大常委会全体委员委员会三分之二多数通过。但在这个过程中不仅仅要体现“多数人意志”，更要体现真正的公共理性，使得解释方案符合宪法的根本正义精神和政治共同体的共同善。为此，在这个过程中要撰写解释意见书和理由书，并可保留个人不同意见，该决议最终应以全国人大常委会的名义发布。

言辞规则的使用。民主政治离不开言辞规则，以听证、陈述理由、听取意见、辩论为特征的言辞规则应充分运用到对宪法解释草案的审议之中。宪法规范具有高度的抽象性，是对国家政治、经济、文化、社会生活中最重大、根本利益的确定或调整，因此对其解释不可能不产生分歧，在这种情况下应通过言辞规则的使用，让各种观点充分碰撞，激浊扬清，保证最终解释方案的公共性和正义性。

协商沟通规则的使用。《宪法》序言最后自然段规定各个国家机关都负有维护宪法秩序的职责，在具体形成宪法解释草案与决议过程中，应建立全国人大常委会与其他国家机关之间充分协商、沟通、论证的机制，以真正实现宪法解释所要求的共识。