



上海法学文库

行政基准的法律控制研究

——基于工商总局答复的初步探索

黄伟丰 著

上海人民出版社



上海法学文库

行政基准的法律控制研究

——基于工商总局答复的初步探索

黄伟丰 著

 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政基准的法律控制研究:基于工商总局答复的初步探索/黄伟丰著.—上海:上海人民出版社,2017

(上海法学文库)

ISBN 978-7-208-14315-9

I. ①行… II. ①黄… III. ①行政法-研究-中国
IV. ①D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 027631 号

责任编辑 汪 娜

封面设计 甘晓培

· 上海法学文库 ·

行政基准的法律控制研究

——基于工商总局答复的初步探索

黄伟丰 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 12.5 插页 1 字数 208,000

2017 年 3 月第 1 版 2017 年 3 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-14315-9/D·2981

定价 42.00 元

总 序

编辑出版《上海法学文库》是一项很有意义的工作,它有助于推动上海的法学研究和培育法学新人。近两年,上海市法学会发布了几十项课题,通过招投标的形式让会员承接,在已完成的项目中,有的产生了较好的社会影响,有的还得到了较高层次的奖项。法学会每年还组织一些规模不等的研讨会、报告会,为会员更好地从事教学、科研和法律事务工作搭建交流的平台。上述服务会员、凝聚会员的努力,得到了广大会员的肯定。在2005年年初的理事会和常务理事会上,大家对法学会工作提出了新的要求,希望采取一些措施,有利于多出成果、出好成果;多出人才,尤其是扶持一批有潜质的法学新人。法学会采纳了大家的建议,经酝酿筹备后,《上海法学文库》(以下简称《文库》)正式起步了。

在起步之际,我想就《文库》的编辑理念向大家作以下说明。

作为《文库》,它应当具有包容性。法学学科所有专业的论著,包括论及法律实务中理论问题的专著,都可以纳入《文库》之中;只要坚持宪法确立的各项原则,凡言之有物、言之有据的学术著作,都可以纳入《文库》之中。

作为《文库》,它应当具有学术性。我们希望列入《文库》的著作,理论上应有所创新,即使是实务类的著作也是如此,当然,实务类的著作还应当具有很强的应用价值。为了保证《文库》的质量,我们借鉴了国内已有的做法,采用较严格的评审制度对书稿加以筛选。

作为《文库》,它应当具有连续性。独木不成林,几本书则免称《文库》。我们将着眼于长远,以记录我国法治进程、民主政治建设的轨迹为己任,不断推出能够反映上海法学研究新水平的作品,不断推出上海的作者,特别是青年作者。这项工作如果能够得以持续,若干年后,我们一定会为《文库》积

厚流广而感到万般欣慰。法学会是“铁打的营盘流水的兵”,但愿今天我们所作的决策,因为它的正确,而为后人所沿用。

最近几年,社会科学迎来了又一个春天。国家高度重视社会科学的发展,对社会科学投入大大加强,文化体制改革给出版、发行领域也带来了深刻的变化,学术著作出版难的情况明显缓解,精品学术书稿更是“抢手货”。在这样的背景下,编辑出版《文库》,没有质量意识、市场意识是不行的。我们要为精品学术著作的出版提供方便,也要为有光彩但还略嫌稚嫩又出版无门的作品提供出路,更要防止降低要求,让不符合《文库》标准的作品滥竽充数、“出外快”,那样,最终砸的是《文库》的牌子。

《文库》已经起步了,所有的作者、评审者、编辑、编务和发行人员,以及法学会的同人如果能够齐心协力将它做好,那可是功德无量啊!

沈国明

2005年10月1日

目 录

总序	1
导 论	1
一、选题的缘起	1
二、研究思路	4
三、研究综述	5
四、研究材料说明	13
五、研究框架	14
六、创新与不足	15
第一章 工商总局答复概述	18
第一节 工商总局答复的界定	18
一、工商总局答复的由来	18
二、工商总局答复的形式	21
三、为什么统一称为答复	22
第二节 答复中行政的演变	25
一、改革下的起步:权力本位的惯性(1978年—1989年)	27
二、发展下的扩张:权与职的纠葛(1990年—2001年)	30
三、法治下的规范:执法的回归(2002年至今)	32
第二章 作为行政基准的工商总局答复	36
第一节 工商总局答复实质是行政基准	36
一、行政基准的概念	36
二、答复的多维解读	39
三、不同解读的反思	43
四、基于行政的重构	45
第二节 行政基准法律控制的必要	48
一、行政基准与法治:排斥还是相容	48
二、行政基准的功能定位	51

三、行政基准带来的挑战	54
第三章 行政基准主体与程序控制的完善	57
第一节 行政基准主体的限定	57
一、对制定主体的不同认知	57
二、行政机关基准制定的缘由	60
三、法治之下制定权限的完善	61
第二节 行政基准的公布与公开	64
一、现状与不足	64
二、公布与公开的选择	68
三、结合个案的建议	71
第三节 说明理由制度的确立	72
一、说明理由的不足	73
二、说明理由的必要	75
第四章 行政基准实质控制类型的再造	77
第一节 基准控制类型的实践与延展	77
一、行政基准与裁量基准	77
二、行政裁量的不同理解	79
三、基于过程的类型扩张	82
第二节 实质控制的具体类型	83
一、事实认定基准	83
二、法律要件基准	87
三、涵摄基准	94
四、法律效果基准	98
五、行政程序基准	102
第五章 行政基准实质控制标准的细化	109
第一节 基准控制标准的现状与借鉴	109
一、法规范中的原则标准	109
二、理论上的合法与合理	111
三、域外借鉴与本土实践	112
第二节 基准控制的具体标准	115
一、符合法律目的	115
二、考虑相关因素	120
三、公平标准(形式公正)	122
四、援用比例原则	124

五、保护相对人利益	125
六、程序正义	126
七、无证据规则	128
第六章 行政基准有效监督审查的实现	130
第一节 多元化的监督审查机制	130
一、人大及其常委会监督	130
二、行政监督	132
三、司法审查	136
第二节 监督审查的问题与不足	139
一、人大及其常委会监督的虚置运转	139
二、行政监督的自我局限	141
三、司法谦抑的矫枉过正	143
第三节 司法为中心的制度建构	145
一、司法价值的再现	145
二、审查范围的扩大	149
三、审查方式的区分	152
四、审查强度的选择	155
结 论	159
参考文献	162
附录一	176
附录二	177
附录三	179
附录四	180
附录五	181
附录六	182
附录七	183
附录八	184
后 记	187

导 论

“感觉到了的东西,我们不能立刻理解它,只有理解了的东西才能更深刻地感觉它。”^①

——毛泽东

一、选题的缘起

苏力在《司法过程的性质》前言中指出:“法学的发展至少并不为学院里的学者所专有,不是来自概念、理论的演绎或照搬;相反,法学发展的真正源泉,法律真知的真正来源,必定是法律的实践和社会现实”。^②因此,法律实践对于法律的发展以及法学的研究具有重要的意义。本书所关注的是实践中常见的一种法律文件形式——由行政机关制作的答复。这一类文件通常表现为上级行政机关针对下级行政机关请示或者其他国家机关等单位询问所作出的,与其职能有关的答复性函件,形式包括答复、批复、答复意见等文件类型。实践中较为常见的是在全国范围适用的由国务院部门(包括部委和直属机构)所作的答复(以下简称部门答复)。例如《国家发展改革委办公厅关于对价格欺诈行为定性有关问题的复函》(发改办价监[2014]1555号)、^③《人力资源社会保障部办公厅关于职工基本养老保险关系转移接续有关问题的函》(人社厅函[2013]250号)^④等等。这些答复有的可以从这些部门的网站上能够找到,有的刊登在与部门有关的刊物上、^⑤司法文件选编以及法

① 毛泽东:《实践论》,载《毛泽东选集》(第一卷),人民出版社1991年版,第286页。

② 参见[美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2000年版译者前言。

③ 参见发改委网站政策发布中心的通知栏目,网址:http://www.ndrc.gov.cn/zcfb/zcfbtz/201501/t20150104_659177.html,访问时间:2015年1月31日。

④ 参见人社部网站政策法规栏目,网址:http://www.mohrss.gov.cn/gkml/xxgk/201501/t20150121_149738.htm,访问时间:2015年1月31日。

⑤ 如劳动部《对“关于如何适用〈违反‘中华人民共和国劳动法’行政处罚办法〉第十九条”的答复》刊载在当时劳动部办公厅主办的《劳动内参》1996年第11期;新闻出版署《关于对期刊行政处罚条款进行解释的批复》刊载在中国出版科学研究所主办的《传媒》(原《报刊管理》)2001年第7期。

律法规汇编之中。^①

实践中,立法机关和司法机关也会制作类似的答复,有不少这类文件汇编已出版发行。例如,全国人大常委会法制工作委员会编纂的《法律询问答复汇编》、^②最高人民法院主编的《解读最高人民法院请示与答复》。^③由于国务院部门答复涉及部门众多,数量相当庞杂,集中统一整理汇编的难度较大,因此,几乎找不到对所有部门所作的答复进行完整编撰出版的文献资料。^④

然而,行政部门所作的答复对于行政执法却具有重要的现实意义。如在著名的“赵C”案中,公安部曾专门对江西省公安厅的请示作出答复,明确了姓名登记应使用规范汉字,而当时的法律并未明确作出规定。^⑤这一答复为全国公安部门统一姓名登记提供了事实上的依据。由于对法律条文本身存在不同理解或者法律本身存在空白、漏洞,不同的执法人员对某一问题往往存在不同的认识,容易导致执法上的不一致、不协调。国务院部门答复通常针对实践中的具体执法问题,在效果上能够实现执法的统一。对于具体的行政行为而言,部门答复在此过程中发挥的作用可能比法律法规更为直接。作为基层具体的执法者而言,在具体的执法中可能并不会去过多的关注缺乏具体化和操作性的法律法规,而是更倾向于直接寻找这些行政答复等“法”外的规则。由此可见,这些由行政机关制定的规则实际影响着具体的行政行为实施,成为了“不是法的法”。

之所以“不是法”,主要基于两方面的考虑:一是在现代民主国家中,立法通常指代表民意的国家机关(如议会、人民代表大会)制定的法律。而根据权力分立或者分工的要求,行政机关行使的行政权必须依据立法机关制定的法律。行政机关不应当既是法律的制定者,又是法律的执行者。显然,

① 如《国家工商行政管理局关于新闻媒介刊播广告有关问题的答复》刊登在最高人民法院行政审判庭编辑的《行政审判手册》第十一辑;《关于勤工俭学收益的纳税问题的答复》《关于盲聋哑中、小学教职工工资待遇问题的复函》《关于民办教师工龄计算问题的复函》刊载在国家教育委员会编的《中华人民共和国现行交易法规汇编(1949—1989)》(人民教育出版社1991年版)。

② 参见全国人大常委会法制工作委员会编:《法律询问答复汇编》(第1辑),中国民主法制出版社2001年版。

③ 参见《解读最高人民法院请示与答复》,人民法院出版社2004年版。

④ 法规层级的,国务院相关部门曾对行政法规进行过汇编,如国务院法制局编纂的《中华人民共和国行政法规全书(1979—1992)》,新华出版社1993年版。而对于行政机关的答复,由于涉及的部门和范围较多,实际能找到的往往在法律汇编中选编一部分答复,例如,国务院法制办公室编著的《行政法律全书》。

⑤ 王剑华:《公安部就赵C案作出批复:姓名登记应使用规范汉字》,《法制与经济》2009年第2期。

行政机关的这些答复并不是由代表民意的机关制定,因此,不属于“立法”的范畴。二是根据我国现有的法律规定,也不属于法规范中的“法”。《立法法》是一部关于国家立法制度的重要的基本法律,有利于规范立法活动,健全立法行为。《立法法》规定的调整的立法形式包括法律、行政法规、地方性法规、自治条例和规章等,并未包括行政机关作出的答复。即便是具有规章制定权的国务院部门作出的答复,由于制定程序、具体要求等都与规章的制定不符,因此,并不属于立法法规定的规章,不具有规章的效力。

之所以是“法”,主要也基于两方面的考虑:一是部门答复实际影响着具体的行政行为的行使,成为实施行政行为的规则或依据,是“活着的法”。由于这些答复的内容涉及行政执法中的某一具体事项,因此,基层执法单位在遇到类似问题的时候,就会以此为依据作出具体行政行为。例如,本书前文所讲的“赵C”案中的公安部批复,不仅对该案有指导作用,而且对今后公安部门处理姓名登记事项的行为具有指导作用。二是权威部门的法律汇编也将部门答复作为编辑的对象。国务院法制办编著的《行政法律全书》^①将部门答复单独归入“询问答复”,作为与法律、行政法规及文件、部门规章及文件并列的类别。公安部法制司编著的《公安法规汇编》^②中,公安部批复答复等文件归入“规章及法律解释”一类。国家工商局条法司编的《工商行政管理法规汇编(1990)》将部门答复编入规范性文件,并在前言指出汇编(包括答复)为各级工商行政管理部门的工作提供了依据。

相对于立法和司法,行政活动不仅在体量上十分庞大,而且涉及社会生活的方方面面。因此,部门答复在实践中发挥的作用不仅是实在具体的,而且影响的社会范围较广。毋庸置疑的是,部门答复对于促进行政机关行政行为的统一性具有积极的意义。但是从另一方面讲,我们应当注意到,实际发挥影响的部门答复,并不是法的正式渊源。由于其制定机关本身属于行政机关,出于对行政权滥用的疑虑,这些答复本身的合法性饱受质疑。现实中的部门答复在理论上和实践中引发了诸多亟待解决的法律问题。具体而言,主要包括三方面的内容:一是必要性问题。例如,部门答复这种实践中的制度是如何产生的,产生的原因是什么,为解决实践中的什么问题,在推动法治政府建设和推进依法行政的过程中,行政答复制度是否仍有必要?二是地位或者性质问题。例如,部门答复这种法律形式的法律属性是什么,究竟是隶属于立法行为,还是法律解释行为,抑或是行政机关内部的规则,

① 国务院法制办公室编著:《行政法律全书》,中国法制出版社2007年版。

② 公安部法规司编著:《公安法规汇编》(1987—1990),群众出版社1992年版。

部门答复对行政行为产生效力的基础和范围是什么,并能够作为行政行为合法性的依据?三是如何规范的问题。主要是在依法行政背景下,本身存在哪些不足和问题有待改进,在现有的法律框架内,部门答复可以纳入哪些法律规定进行规范以及如何规范,哪些部门和单位可以对部门答复进行监督审查,监督审查的程序和标准是什么?

部门答复所引发的上述问题,并不仅限于部门答复,而在更大范围内具有一般意义和普遍价值。部门答复是由行政机关制定的规则,通常被归入规范性文件,同时其主要围绕实践中遇到的具体履职问题,与其他规范性文件,特别是单纯自上而下的工作布置或者要求类的规范性文件存在很大不同。理论上和实务中对于由行政机关制定的此类规范性文件的正当性存有较大争议。毕竟在我国《立法法》规定的法律规范框架中,行政机关制定的仅限于法规和规章,并不包含规范性文件。部门答复在理论上有时又被界定为法律解释,但最近《立法法》的修改部分吸收了1981年全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》,只是增加了最高人民法院和最高人民检察院的应用法律解释,并未规定国务院及主管机关有权作出应用法律解释。尽管原来的《立法法》并没有规定行政机关具有规范性文件的制定权,但这并不影响实践中规范性文件的大量存在。可以预见的是,即便修订后的《立法法》并未规定行政机关的法律应用解释,这也不会阻碍实践中行政解释的存在及其实际发挥的作用。对于实践中存在的大量由行政机关制定的一般规则,不仅我们的法律规范没有准确地予以界定,而且理论上也陷入对其法律地位的争论之中。在“法”与“不是法”之间,我们的法律制度并没有找到很好地对其规范 and 控制的解决方案。因此,无论是理论还是立法,都需要重新认识和界定行政机关制定的这类规范性文件,并在此基础上实现对其有效的法律控制。这样的研究不仅具有重要的理论学术价值,而且在改进政府运行方式、促进法治政府建设、推动依法行政等方面具有重要的现实意义。

二、研究思路

本书将工商总局答复这一部门答复作为研究的个案,围绕行政机关为规范或者统一履职行为而制定的一般规则所引发的一系列问题,从行政的视角出发,以行政基准的概念重新构建理论和现实的正当性,重点研究如何实现行政基准的有效法律控制。

这是一个基于实践的研究,必然无法脱离对实践的分析。尽管从研究全面性要求来看,对此的研究就应当尽可能地涵盖所有的实际情况,但是由于行政基准的表现形式多种多样,而且也涉及绝大多数的行政部门,因此,

很难做到全面的覆盖。全面的研究也往往会对细节给予过度的关注,而导致不能集中有限的力量对主要问题进行深入的研究。为此,本研究将部门答复作为行政基准的一种典型形式,并选取其中工商总局答复^①作为具体案例进行剖析研究,从中抽取、归纳、总结行政基准法律控制这一普遍问题,进而提出完善相关制度的建议。

研究不能脱离社会背景,也不能局限于当下的某一个时间点。正如任何一个国家和社会的发展都是具有历史延续性的一样,依法治国之下的法治政府研究也可以通过考察现实中制度的演进来实现。通过把实际运行的制度纳入依法行政的分析框架之中,不是简单的将在计划经济时代行政指令式的习惯做法简单的与必然违背法治原则画等号,而是关注于这些做法在现实演进中对行政权力控制的作用及其在法治化方向上的努力。因此,本书主要考察的时间背景是改革开放以后,从市场经济体制正逐步形成以及推动法治国家建设的历史阶段,也就是说本书的研究重点在于考察改革开放以来相关制度的变迁。这种基于历史和实践的分析研究能够为现实演进中的政府权力所面临的政府机构改革和职能调整提供借鉴和参考建议。

理论和实务上对行政机关制定的答复类规范性文件的研究和观点,通常在立法的框架下展开,与在立法学视角下的立法权限研究具有某种关联和相似性。^②而本书关注到行政机关的答复更多的是行政机关的法律实施行为,因此,基本的思路则从行政的视角进行研究和考察。行政答复实际上是行政机关依职权在法律规定范围内实施的一种特殊行政行为,其规范的对象不同于具体行政行为针对的特定相对人,而主要是不特定的相对人。部门答复依旧是行政执法行为,内容上体现了行政机关在法律规定之下所拥有的行政权力。因此,基于行政过程的视角,可以从部门答复对行政机关实施行政行为过程中对行政权力行使产生的作用 and 影响出发,分析和探讨行政基准的基本定位及其功能与不足,进而研究如何实现有效的法律控制。

三、研究综述

(一) 境内研究综述

目前对行政基准的研究主要围绕其中的裁量基准展开。随着裁量基准

^① 由于国家工商行政管理总局在升格为正部级之前称为国家工商行政管理局,因此,严格意义上讲,同时存在工商总局答复和国家工商局答复两种情况。为了表述方便,如无特别说明,本书所称国家工商总局答复或者工商总局答复包含国家工商局答复。

^② 立法学视角下的立法权,研究的是立法权在不同主体间的分配、以立法权为基础配置立法资源和生成规范,并研究立法权实施的程序和技术保障。参见荆月新:《1947年中央立法权研究》,法律出版社2012年版,第5页。

在浙江金华的初试到全国范围内的兴起,国内学者近年来越来越重视对裁量基准(标准)的研究。王天华老师的《裁量标准基本理论问题刍议》对裁量标准的概念、性质、理论基础、功能和司法审查等基本理论问题进行了探讨;^①朱芒教授的《日本〈行政程序法〉中的裁量基准制度——作为程序正当性保障装置的内在构成》通过介绍日本行政程序法中有关裁量基准制度在内容和过程方面的设置思路、表述方式、相关解释及其形成过程中学界和实务界的有关主张,为通过行政程序法控制行政裁量提供了一个借鉴的角度;^②周佑勇教授围绕裁量基准发表了《裁量基准的正当性问题研究》、《裁量基准的制度定位——以行政自制为视角》、《在软法与硬法之间:裁量基准效力的法理定位》、《裁量基准制定权限的划分》、《裁量基准的技术构造》、《裁量基准司法审查研究》、《裁量基准在中国的本土实践——浙江金华行政处罚裁量基准调查研究》等一系列的研究成果。^③对裁量基准研究的其他学者还有余凌云教授、王锡锌教授、黄学贤教授、章志远教授等。^④无论是实务界还是理论界,通常对裁量基准的理解基本上都与行政处罚中处罚幅度的裁量基准有关。

然而,裁量基准与行政基准又存在很大不同。对于本书所关注的行政基准,笔者进行了尽可能的全面检索,就目前掌握的资料而言,尚未发现直接、专门以“行政基准”为研究对象的研究。对于相关概念,朱芒老师在《日本〈行政程序法〉中的裁量基准制度——作为程序正当性保障装置的内在构成》一文介绍日本行政程序法设立的行政厅作出处分的基准制度,其在学理上称为裁量基准,但在结构上分为审查基准和处分基准。这一裁量基准的认识并不限于处罚中裁罚幅度,显然与我们通常所使用的概念涵盖范围要

① 王天华:《裁量标准基本理论问题刍议》,《浙江学刊》2006年第6期。

② 朱芒:《日本〈行政程序法〉中的裁量制度——作为程序正当性保障装置的内在构成》,《华东政法学院学报》2006年第1期。

③ 周佑勇:《裁量基准的正当性问题研究》,《中国法学》2007年第12期;周佑勇:《裁量基准的制度定位——以行政自制为视角》,《法学家》2011年第8期;周佑勇:《在软法与硬法之间:裁量基准效力的法理定位》,《法学论坛》2009年第7期;周佑勇、熊樟林:《裁量基准制定权限的划分》,《法学杂志》2012年第11期;周佑勇:《在软法与硬法之间:裁量基准效力的法理定位》,《中外法学》2014年第10期;周佑勇:《裁量基准司法审查研究》,《中国法学》2012年第12期;周佑勇、钱卿:《裁量基准在中国的本土实践——浙江金华行政处罚裁量基准调查研究》,《东南大学学报》(哲学社会科学版)2010年第7期。

④ 例如,余凌云:《现代行政法上的指南、手册和裁量基准》,《中国法学》2012年第4期;王锡锌:《自由裁量权基准:技术的创新还是误用》,《法学研究》2008年第5期;黄学贤:《行政裁量基准:理论、实践与出路》,《甘肃行政学院学报》2009年第6期;章志远:《行政裁量基准的兴起与现实课题》,《当代法学》2010年第1期。

广。值得一提的是,2014年宇芳翻译出版了日本学者平岗久的《行政立法与行政基准》。这是目前专门介绍日本行政立法与行政基准的著作,其中对行政基准的语义、制定与公开、司法审查等问题进行了系统的讨论,提出了许多建设性的观点和见解。这些研究成果对于我们在理论上和实践中厘清行政立法、行政基准、规范性文件等相关概念具有积极的参考和借鉴意义。

尽管在学理上有些学者扩大理解的裁量基准概念几乎等同于本书中的行政基准,裁量本身也不仅仅限于合理性的范畴,但是由于我国的实务界和不少学者通常将裁量基准限定于行政处罚领域对处罚裁罚(主要包括是否给予处罚以及给予何种幅度的处罚)方面的基准。因此,为避免与我们通常所使用的概念造成误认和混同,本书研究使用的“行政基准”概念,能够更为准确的概括研究所针对的问题和对象。

作为行政基准的部门答复在实践中是连接行政法规范和行政行为的“桥梁”。没有部门答复,实践中行政法律适用就可能会产生一定的混乱,甚至使得行政法规范难以落到实处。因此,对部门答复的研究具有重要的理论和实践意义,对其的研究理应成为行政法研究的重要课题。但是,部门答复也不是严谨的法学概念,成文法规范也没有明确作出界定。行政法学的专家学者通常并不将其作为单独的研究对象,而多采用附带研究方式。

专家学者主要将部门答复作为行政立法、行政规范性文件、行政规定或者行政解释等法学重要概念的具体表现形式展开研究。行政法学界有观点认为行政立法指行政机关制定的具有普遍约束力的规范性文件的的活动,包括行政法规和规章,也包括非正式的其他规范性文件。^①刘松山教授的《违法行政规范性文件之责任研究》在说明行政规范性文件违法时,列举了司法部批复引发的有关律师执业年龄案件。^②朱芒教授的《论行政规定的性质——从行政规范体系角度的定位》从《行政复议法》中的行政规定处罚,系统论述了行政规定在行政规范体系中的地位问题,其中,在说明审判基准功能时列举了国务院法制办的意见(具有答复性质的函件)。^③吴劲松博士的《行政解释研究——以行政执法与适用为视角》专著,将国家税务总局的批复、国务

① 刘莘认为行政立法仅指行政法规和规章的制定,参见刘莘主编:《行政立法原理与实务》,中国法制出版社2014年版,第1—3页。

② 刘松山:《违法行政规范性文件之责任研究》,中国民主法制出版社2007年版,第31页。

③ 朱芒:《论行政规定的性质——从行政规范体系角度的定位》,《中国法学》2003年第1期。

院法制局的复函、交通部和财政部的函作为其研究行政解释的对象。^①祖燕的博士论文《行政解释论》将实践中国务院及其主管部门等行政机关制作的“部门答复”、“批复”、“复函”等形式的文件归类为行政解释。^②

实务的研究出现了不少专门围绕行政答复或者批复的研究成果,^③主要有:戴欣的硕士论文《部门答复中的行政解释权问题研究——以国家工商局“答复”为例》以工商总局答复作为研究样本,对部门答复中的行政解释问题进行了分析和研究,据此发现其中存在问题及原因,并提出了以行政法治主义为原则、以行政审判监督为主要规制手段的解决问题建议。^④叶翔宇的硕士论文《行政机关批复在行政诉讼中适用问题的研究——以温州某贸易公司商标侵权案为例》从具体的个案出发,围绕行政批复能否作为行政审判适用依据的问题,着重探讨了能够成为行政行为合法性判断标准的行政批复所应当具备的有效要件,并提出行政批复在行政诉讼案件中如何适用和引用的建议。^⑤李宝悦的《部门批复的行政解释权于行政审判中的效力问题研究》选取两则行政审判案例为主要研究对象,在实证分析的基础上,通过对国务院部门批复的性质、功能的界定,梳理其中行政解释的权利来源及其效力依据,从而发现存在的问题,进而提出以行政审判的规范审查作为主要规制手段的解决思路。^⑥

从研究的具体内容来看,理论上对部门答复的讨论主要涉及两个方面:一是部门答复的性质和地位问题;另一个是对部门答复的审查问题。

对于部门答复的性质和地位问题的研究,不同学者从不同的方面提出了不同的观点。从前面专家学者对部门答复的研究概述中,我们可以看到对于部门答复有行政立法、行政规范性文件、行政规定以及行政解释等的不同理解。这些不同的理解,在行政法学的教科书中也有一定的体现。姜明安教授早期的《行政法概论》就将国务院各部委发布的行政规章和各直属机

① 吴劲松:《行政解释研究——以行政执法与适用为视角》,人民出版社2010年版,第42—51页。

② 祖燕:《行政解释论》,中国政法大学2009年博士论文。

③ 这些研究的作者大多来自于行政执法、行政审判等实务部门。例如,戴欣和叶翔宇是工商行政管理执法人员,李宝悦来自天津市北辰区人民法院。

④ 戴欣:《部门答复中的行政解释权问题研究》,华东政法大学2006年硕士论文。

⑤ 叶翔宇:《行政机关批复在行政诉讼中适用问题的研究——以温州某贸易公司商标侵权案为例》,西南政法大学2012年硕士论文。

⑥ 李宝悦:《部门批复的行政解释权于行政审判中的效力问题研究》,全国法院系统第二十二届学术讨论会征文。

构发布的规范性文件作为行政法的主要渊源(法源)之一。^①姜明安教授主编的《行政法与行政诉讼法》进一步将行政法的法源分为制定法法源和非制定法法源,而将国务院部门所作“批复”等归为非制定法法源中具有一般普遍意义的行政解释。^②叶必丰教授的《行政法与行政诉讼法》(第三版)将“答复”、“函”、“意见”等法律文件归为行政规范性文件。^③

对于部门答复监督审查问题的研究主要围绕行政诉讼展开,主要集中在部门答复的可诉性问题和审查标准问题两方面。由于涉及部门答复这一具体问题,专门针对此的理论论证文献资料较少,研究成果主要体现在实务探讨层面。对于对部门答复能否提起行政诉讼,王玲撰写的《浅析行政机关批复的法律效力》认为机关作出的批复行为对外不发生过法律效力,当事人不能对批复提起行政诉讼,但法院可以审查批复的内容。^④而杨涛撰写的《行政批复理应具有可诉性》则针对依据上级行政机关批复行为作出具体行政行为的情况,认为该批复行为直接影响到当事人的合法权益,应将作出该批复的上级机关列为行政诉讼的被告。^⑤对于部门答复的审查标准,梁宇撰写的《试论行政批复在卫生执法中的适用》认为可以从三方面考察其合法性,分别为主体合法(在职权范围内,不越权答复)、内容合法和程序合法。^⑥叶翔宇的硕士论文《行政机关批复在行政诉讼中适用问题的研究——以温州某贸易公司商标侵权案为例》也认为应从主体的合法有效性、内容的合法有效性和程序的合法有效性三方面进行审查。其中,内容合法有效性除了不得与法律、法规、规章抵触外,还要求符合立法本意、不存在随意性等要求。^⑦其他对部门答复审查的研究,也主要围绕主体、内容、程序等方面展开。

应当注意到,不少对部门答复的研究是基于法律解释(行政解释)的视角展开的,而这些研究往往都会着重讨论行政解释的正当性问题,主要围绕谁有权进行解释或者说行政机关进行解释的权力来源问题。戴欣撰写的硕士论文《部门答复中的行政解释权问题研究——以国家工商局“答复”为例》和李宝悦的《部门批复的行政解释权于行政审判中的效力问题研究》都对此

① 姜明安:《行政法概论》,北京大学出版社1986年版,第13—17页。

② 姜明安:《行政法与行政诉讼法》(第三版),北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第55—57页。

③ 叶必丰:《行政法与行政诉讼法》(第三版),武汉大学出版社2008年版,第104页。

④ 王玲:《浅析行政机关批复的法律效力》,《中国医药报》2007年7月7日,第6版。

⑤ 杨涛:《行政批复理应具有可诉性》,《检察日报》2007年8月28日,第3版。

⑥ 梁宇:《试论行政批复在卫生执法中的适用》,《中国卫生法制》2008年第6期。

⑦ 叶翔宇:《行政机关批复在行政诉讼中适用问题的研究——以温州某贸易公司商标侵权案为例》,西南政法大学2012年硕士论文。