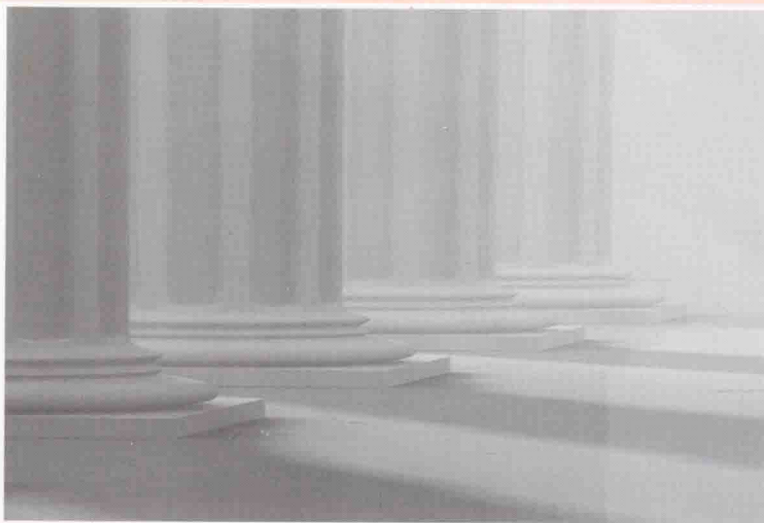


行政立法 原理与实务

XINGZHENGCLIFA
YUANLIYUSHIWU

刘莘 主编



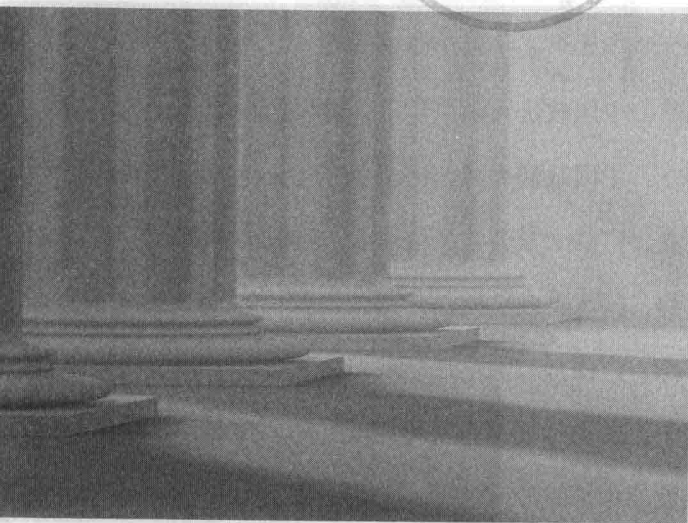
中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

014061774

D922.104
145

行政立法 原理与实务

刘莘 主编



北航

C1748933

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

D922.104
145

图书在版编目 (CIP) 数据

行政立法原理与实务 / 刘莘主编. —北京: 中国法制出版社, 2014. 9

ISBN 978 - 7 - 5093 - 5600 - 5

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 197627 号

责任编辑: 袁笋冰

封面设计: 杨泽江

行政立法原理与实务

XINGZHENG LIFA YUANLI YU SHIWU

主编/刘莘

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2014 年 9 月第 1 版

印张/ 8.75 字数/ 188 千

2014 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5600 - 5

定价: 26.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfsz.com>

编辑部电话: 66066627

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

目 录

第一章 概述	1
第一节 行政立法概念	1
一、行政立法概念界定	1
二、行政立法概念比较	4
三、行政立法的分类	8
第二节 行政立法的沿革	11
第三节 行政立法的效力	16
一、行政法律规范效力等级的概念	16
二、行政法律规范效力等级的特点	17
三、行政法律规范效力等级区别标志	17
研 判	19
第二章 行政立法原则	21
第一节 法制统一原则	24
一、法制统一性原则的含义	25
二、法制统一性原则的具体内容	28
第二节 法律保留原则	31
一、法律保留原则的含义	32
二、法律保留的范围	34
三、法律保留的两种类型及其与行政立法的关系	37
第三节 法律优先原则	47

一、法律优先原则的含义及其与行政立法的关系	48
二、区分法律优先原则与法律保留原则的意义	52
研 判	54
第三章 行政立法的权限范围	64
第一节 行政立法的权限来源	64
一、行政立法权限的宪法依据分析	64
二、《立法法》对行政立法权限的界定	68
三、具体的权限划分	76
第二节 行政立法的范围	84
一、创设性立法的权限范围	85
二、执行性行政立法的范围	94
第三节 授权立法	97
一、概述	97
二、授权立法的产生和发展	100
三、我国授权立法的现状及问题	110
研 判	117
第四章 行政立法的程序	121
第一节 行政立法的过程	122
一、立项	122
二、起草	126
三、听取意见	128
四、审查	129
五、决定	131
六、公布	132
七、备案	134
第二节 行政立法的主要程序	135

一、听取意见程序	136
二、会议讨论程序	149
研 判	152
第五章 行政立法的解释	156
第一节 法律解释与行政解释	156
一、法律解释的概念	156
二、法律解释制度概述	157
三、行政解释的含义	160
四、行政解释的权力渊源	162
第二节 行政解释的原则	164
一、合法性原则	164
二、合理性原则	166
三、遵循立法原意原则	169
四、维护法制统一原则	170
五、实事求是原则	171
六、弥补立法缺陷原则	171
第三节 行政法规的解释	172
一、行政法规解释的概念	172
二、行政法规立法性解释	172
三、行政法规具体应用解释	176
四、行政法规解释的效力	177
五、行政法规解释存在的问题及完善建议	178
第四节 行政规章的解释	180
一、行政规章解释的概念	180
二、行政规章解释权的主体	181
三、行政规章解释的适用范围	181

四、行政规章解释的程序	182
五、行政规章解释的效力	183
六、行政规章解释存在的问题及完善建议	184
研 判	186
第六章 行政立法的效力	188
第一节 行政立法的生效	188
一、行政法规的生效	189
二、规章的生效	192
三、规章的无效	196
第二节 行政立法的效力范围	198
一、行政立法的效力范围概述	198
二、行政立法的时间效力	199
三、行政立法的空间效力	202
四、行政立法的对人效力	203
第三节 行政立法的效力变动	204
一、行政立法效力变动的原因	204
二、行政立法效力变动的法律后果	205
第四节 行政立法的效力位阶	207
一、法的效力位阶概述	207
二、行政立法的效力位阶	210
三、行政立法的效力冲突及化解	212
第五节 行政立法对法院的效力	215
一、行政法规对法院的效力	215
二、规章对法院的效力	216
研 判	220

第七章 行政立法监督	222
第一节 行政立法监督的概述	222
一、行政立法监督的原因	222
二、行政立法监督的分类	227
三、我国行政立法监督的途径	229
第二节 行政立法的审查标准	233
一、实体法的规定	233
二、审查标准的基本概括	235
第三节 行政立法监督审查的域外借鉴	241
一、英国的方法	241
二、法国的方法	247
三、美国的方法	256
研 判	268

第一章 概述

第一节 行政立法概念

一、行政立法概念界定

行政立法概念的使用是区分语境的，在不同的语境下有大小范围不同的含义，见于文字的大致上有四种，叙述如下：

（一）行政立法指行政性法律。如涉及全国人大立法的层面，如党的决议中“加强行政立法”以及人们常说的人民代表大会进行行政立法，就是在这一意义上使用的概念。这一概念是相对于刑事立法、民事立法、经济立法而言的。这里的行政指的是这类法律的内容是行政性的，与指立法主体为行政机关的含义截然相反。

（二）行政立法指制定行政法。即指人民代表大会和行政机关制定行政管理的法律规范的活动，这一概念是从实质内容来界定的，比前一概念的外延宽泛得多。其制定主体包括全国人大和地方各级人大、国务院及拥有规章制定权的主体等，其规范性文件的范围就是我们通常所讲的行政法的渊源，即包括构成行政法渊源的所有法律文件在内。这是在法源意义上使用的含义，与第一种含义的行政立法的区别在于，前者是狭义法律，而后者是广义法律，即所有作为行政法的渊源的法律规范的制定都归于行政立法。这是最宽泛含义的概念。

（三）行政立法指行政机关“立法”。如果说前面两种行政立

法都是用“行政”指称内容的，此种行政立法则是从主体即“立法”活动的实施者来界定行政立法的；前两者是从实质内容界定，后者是从形式外观来定义。即所有行政机关制定的具有普遍约束力的规范文件的活动通称行政立法，包括行政法规和规章的制度，也包括非正式的行政立法形式——其他行政规范性文件的制定。

（四）行政立法指行政法规和规章的制定。即指享有制定行政法规、规章权力的行政主体依法定职权和法定程序制定规范性文件的的活动。这一概念将行政机关制定规范性文件的的活动分为两类：一类是享有行政立法权的行政机关制定行政法规和规章的行为，即行政立法行为；另一类是行政机关包括没有行政立法权的行政机关制定其他行政规范性文件的行为。而此种行政立法概念将其他行政规范性文件排除在行政立法之外。第三种行政立法概念和第四种行政立法概念最接近，都是从立法的制定者是行政机关来界定的，但是第四种行政立法概念的外延最狭。

另外，行政立法大多数情形是指立法活动产生的后果，即指规范文件本身，但在有些情况下，行政立法是指称活动，即制定行政规范文件的的活动。可见，动态使用这一词汇是指行政立法活动，静态使用这一词汇是指活动所产生的后果，即行政规范文件。

本书采用第四种行政立法的概念，这也是目前行政法学研究最常见的概念。需要对这一概念特别强调的是：

第一、行政立法的主体是行政机关。行政立法特指行政机关的立法活动。我国宪法不仅赋予权力机关法律、地方性法规的制定权，而且赋予行政机关行政法规、规章的制定权。行政立法是现代社会行政机关实施行政管理职能的一种重要的活动形式。

第二、行政立法的主体不是所有行政机关，而是享有制定行政法规和规章权力的行政机关。并非所有的行政机关都享有行政立法

权，行政机关的立法权必须依据宪法、法律或者有权机关的授权才能获得，只有法律特别规定的行政机关才享有行政立法权。而且，行政立法主体必须在法定权限范围内进行立法。按照宪法和组织法的规定，行政立法的主体包括以下行政机关：

1. 国务院。按照宪法第 89 条的规定，国务院有权依照职权或单行法的授权制定行政法规，2000 年 7 月 1 日开始实施的《立法法》关于国务院的行政立法权限的规定，与宪法的规定并无二致。

2. 国务院各部门。根据宪法第 90 条和国务院组织法第 10 条的规定，国务院各部委有权制定规章，即部委规章。而根据《立法法》第 71 条第 1 款的规定，国务院“具有行政管理职能的直属机构，可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，制定规章”，由此，部委规章扩大为部门规章。部门规章的制定主体不仅包括部委，还包括国务院具有行政管理职能的直属机构部门。

3. 两类地方政府。根据《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第 60 条和《立法法》第 73 条的规定，省、自治区、直辖市人民政府和较大的市^①的人民政府可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规制定规章。

第三、行政立法以制定规范性文件为其活动特性。“行政”在其实质意义上是指对国家事务进行的组织管理活动，行政的基本方式是指令和命令，而不是制定规范性文件的活动。但正如将“三权分立”奉为神灵的西方国家也不能把三权分得很清楚一样，法院除了审判以外，也会有制定规范的行为；行政机关除了行政管理以

^① 2000 年 7 月 1 日以前，较大市就是指国务院批准的较大市。之后实施的《立法法》将省、自治区、直辖市人民政府所在地的市，经国务院批准的较大的市，经济特区所在地的市统称为“较大的市”。

外，也会有裁决行为和制定规范的行为。行政立法正是适应现代社会对于行政管理的需要而产生的一种准立法活动。

二、行政立法概念比较

（一）行政立法与授权立法

与行政立法最接近的概念莫过于委任立法或授权立法了。如果说我们国家使用行政立法的频率比授权立法高得多的话，那么在英美国家，委任立法或者授权立法的使用频率与我们的行政立法使用频率是相当的，都属于最通行的概念。两者易于混淆，是因为委任立法和授权立法也多为行政机关或政府的立法。但是两者是有区别的。

首先，委任立法或者授权立法都是指立法权限属于议会，议会把立法权委托或授予了其他主体——大多数情形下是授予了政府或者行政机关。立法权限属于议会，意味着宪法第一次分配这种权限。而单行法把立法权授予政府、行政机关是立法权限的转移。但是这种转移不是像宪法分配权力那样具有永久性，是对某一项立法权限的委托。就像雇人打扫卫生一样，不是意味着永远让别人打扫，而是说此次卫生打扫让别人帮忙来做。所以委任立法都是单行法个别授权，这种授权在必要时是要收回的。

由于体制不同、观念不同、历史不同，各国对立法权的第一次分配有所不同。如英国无成文宪法，但传统上是议会至上。所有立法权原则上是归议会的，所以其他主体的立法权都是单行法委任的。由于其委任立法大多是政府、行政机关的立法，将其大部分委任立法称作行政立法是不错的。但是由于毕竟接受授权进行立法的主体还有法院、大学、地方当局^①、其他公务机构等，还是称作委

^① 英国是单一制国家，但是实行地方自治，地方政府实际上也是自治组织，并非下级服从上级的政府系统。

任立法、授权立法更为确切。美国是成文宪法国家，三权分立写入宪法，立法权专属于议会^①。随着社会的发展，全部指望议会立法为社会提供规范是不够的，委任立法或授权立法必然出现。可见，授权立法非常明确的表明了立法权限的归属。

行政立法的称呼，从研究政府、行政机关活动角度而言是有用的。但是它没有明确表达出立法权限的归属来。而且从各国情况看，行政立法的权限，有的就是授权立法，即立法权限源于单行法授予；有的却是宪法规定的，是所谓固有立法权。如法国宪法规定了总统、总理制定条例的权限和情形。我国宪法第89条规定了国务院可以就行政管理事项制定行政法规，这部分直接源于宪法的立法权被称作是固有立法权限，因为它与立法机关的立法权是同时在宪法中出现的，是宪法直接分配的。由此可见，行政立法的称谓后边是需要分析其权限来源的。再如德国基本法第80条、第82条规定了联邦法令，发布法令的必须是联邦政府、联邦部长，但颁布法令须有具体法律的授权。可见，德国基本法并没有概括授权，政府行政机关只能在单行法具体授权的情形下享有立法权。

概括起来说，第一，委任立法主体广泛，可能包含政府行政机关之外的其他主体，如法院、其他公务机构等；而行政立法主体就是政府、行政机关。第二，委任立法的立法权限是宪法以外的法律授权，而行政立法既包括根据宪法享有的“固有立法权”，也包括单行法的个别授权。

（二）行政立法与其他行政规范性文件

如前所述，“大”的行政立法概念是包括行政规范性文件的。

^① 美国是联邦制国家，联邦和州之间还有立法权限的划分，而且原则上联邦享有明确的立法权限，剩余的立法权限统归州议会所享有。当然，从发展看，由于经济上统一市场的建立，联邦的立法权限实际呈现出扩张趋势。

由于都是行政机关制定的，都普遍具有约束力，所以归入“大”行政立法概念是有道理的。但是，当教科书普遍使用的行政立法是在正式行政立法的意义上使用时，我们就需要与其他非正式的“行政立法”，即其他行政规范性文件加以区别了。为什么在行政规范性文件之前有“其他”这个定冠词？这是因为行政法规和规章也是行政规范性文件，行政立法之外的行政规范性文件加上“其他”才周延。

第一，行政法规、规章是宪法、组织法以及宪法性法律《立法法》明确确立其在法律体系中的地位规范文件；是作为正式法源存在的行政立法。而其他行政规范性文件没有这样的法律地位。他们是行政机关工作中产生的执行法律所需要的规范文件，统称为行政规范性文件也是因为法律没有正式给予它们地位和名称。

第二，行政法规、规章是正式的行政立法，而其他行政规范性文件是非正式的“行政立法”。《立法法》、《行政法规制定程序条例》、《规章制定程序条例》对行政法规和规章的权限、制定程序作出了比较详细的规定。行政法规和规章的制定要严格遵循这些法律规定的程序、方式，要经过行政机关核心会议的讨论决定，并以该机关“令”的形式颁布实施。而其他行政规范性文件在制定形式和程序方面随意许多。例如行政法规的名称按照法律规定限于使用条例、规定、办法三种名称，且每种名称都有具体适用的范围。而其他行政规范性文件除了不能使用这三种名称外，可能使用通知、批复等不同名称。行政法规一般要上国务院常务会议或者全体会议讨论决定，而其他行政规范性文件没有这一要求，是由总理或者某一主管副总理，过去甚至国务委员^①批准后就发布实施了。就发布

^① 过去的实践中，国务委员尤其是兼任秘书长的国务委员是可以批准国务院的规范性文件发布的。近年来，一般都是总理或者副总理批准发布。

而言,行政法规要用国务院令的形式颁布,国务院令是统一编号的。而其他行政规范性文件是以行政公文的形式发布的,不是以国务院令的形式颁布。规章也是一样,在使用的名称上、程序上都有一个规定,上该机关的核心会议讨论决定,分别以统一编号的部令、委员会令、政府令的形式颁布。

第三,行政立法层级非常鲜明,而其他行政规范性文件的层级多很多,很多情况下需要“现场”确定其层级效力的高低。行政法规在法律体系中处于仅次于法律的位阶,规章处于法律、法规之下的层级。而行政规范性文件的层级很多。因为行政规范性文件本身就可以大类区别为有行政立法权的主体制定的和没有行政立法权的主体制定的两类。有行政立法权的主体制定的行政规范性文件比其正式立法位阶低半格,如国务院的行政规范性文件比其制定的行政法规低半格。这意味着虽为同一主体制定,但是行政规范性文件不能抵触行政法规,不能用行政规范性文件去修改行政法规。但为什么是低半格呢?因为宪法组织法规定:各级政府及其部门都要服从国务院的指示、命令,甚至国务院的指示、命令还是规章制定的依据。因此,国务院的行政规范性文件比规章肯定要高,行政法规比规章高一格,则国务院的行政规范性文件比规章高半格。所以半格之说是比出来的。

规章也是一样,如交通部的规章比其发布的其他行政规范性文件要高半格,其行政规范性文件不能修改、抵触其规章。但规章制定主体制定的规范性文件,比没有行政立法权的政府或行政机关发布的规范性文件的层级效力要高半格。

没有行政立法权的政府、行政机关远比有行政立法权的政府行政机关多得多。如县级、乡镇政府是没有行政立法权限的,许多政府部门也是没有行政立法权限的,如北京市政府有规章制定权,但

是其所属部门均没有行政立法权限。因此，大量的政府行政机关制定的规范性文件只能归类于“其他行政规范性文件”。而法律和这些规范文件在确定效力层级上是一样的，都是由制定主体的层级决定的，也就是说，层级高的行政机关制定的规范性文件比层级低的行政机关制定的规范性文件在规范层级体系里地位要高。因此，其他行政规范性文件这一称谓下的层次是非常丰富的。

当然，由于《规章制定程序条例》第36条规定：“依法不具有规章制定权的县级以上地方人民政府制定、发布具有普遍约束力的决定、命令，参照本条例规定的程序执行”。这意味着，其他行政规范性文件会在制定程序上越来越规范，越来越向行政立法的制定程序靠拢。但无论如何，分析其他行政规范性文件比分析研究行政立法是一件更复杂的事情。

三、行政立法的分类

根据不同的标准，可以对行政立法作不同的分类，而每一种分类都应该是研究行政立法的一种工具或者框架。

（一）职权立法和授权立法

以对行政立法权的确认方式为标准，行政立法可以分为职权立法和授权立法。

职权立法是指行政机关根据宪法和组织法所赋予的行政立法权进行的行政立法活动。根据宪法和组织法的规定，国务院，国务院各部委，省、自治区、直辖市人民政府和较大的市的人民政府，可以进行职权立法。行政主体通过职权立法所制定的行政法规、规章必须符合法律、法规的规定，不能变通法律、法规的规定。

授权立法是指行政机关根据单行法律、法规或授权决议所授予的立法权而进行的立法。授权立法的根据有两类，即宪法、组织法以外的单行法律、法规和最高国家权力机关专门的授权决议。根据

单行法律、法规所进行的授权立法一般称为普通授权立法；根据最高国家权力机关专门的授权决议所进行授权立法称为特别授权立法。^① 被授权的行政立法主体既可以是职权立法的主体，也可以是本来不具有行政立法权的行政主体。行政主体通过授权立法所制定的行政法规可以修改法律的个别规定，或者对法律的有关规定作出补充；行政主体通过授权立法所制定的规章可以修改行政法规的个别规定或者对行政法规的有关规定作出补充。

职权立法与授权立法在权力的来源、性质、效力等诸多方面有所区别。1. 职权立法来源于宪法，行政机关通过宪法的确认或赋予而获得了立法权；授权立法来源于授权机关的特别授权或委托，授权机关将宪法或法律赋予自己的立法权通过授权或委托给行政机关，让其代理自己进行立法活动。2. 职权立法权由于是由宪法或者法律直接赋予，且往往是随行政机关的产生而产生，因而它属于行政机关固有的权力；授权立法由于它本属于授权机关的权力，只是授权机关将自己的权力交被授权机关行使，因而可看作是行政机关的代理权力。3. 职权立法是行政机关的固有权力，因而其效力等级低于权力机关的立法，与之相抵触的职权立法无效。授权立法的效力有两种情况：若是由上级行政机关授权，其效力等级则与职权立法相同，若是由权力机关授权，其效力等级与权力机关所立之法的效力等级相同。

（二）中央立法和地方立法

以行政立法机关是中央行政机关还是地方行政机关为标准，可以将行政立法分为中央行政立法和地方行政立法。

中央行政立法是指中央行政机关依法制定和发布行政法规和规

^① 参见杨解君等：《依法行政论纲》，中共中央党校出版社1998年版，第62页。