

陈保中 蔡爱平 等著
郭 艳 阮传胜

TI GAO
XING ZHENG
LI FA ZHI LIANG

提高 行政立法质量

—— 目标与路径

上海大学出版社

中共上海市委党校学术著作出版基金资助出版

提高行政立法质量

——目标与路径

陈保中 蔡爱平 等著
郭 艳 阮传胜

上海大学出版社

· 上海 ·

图书在版编目(CIP)数据

提高行政立法质量——目标与路径/陈保中等著. —上海:上海大学出版社, 2009. 3

ISBN 978-7-81118-304-7

I. 提… II. 陈… III. 行政法-立法-研究-中国
IV. D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 000563 号

责任编辑 许 铭 江振新

封面设计 朱静蔚

技术编辑 金 鑫 章 斐

提高行政立法质量

——目标与路径

陈保中 蔡爱平 等著
郭 艳 阮传胜

上海大学出版社出版发行

(上海市上大路 99 号 邮政编码 200444)

(<http://www.shangdapress.com> 发行热线 66135110)

出版人:姚铁军

*

南京展望文化发展有限公司排版

上海华业装璜印刷厂印刷 各地新华书店经销

开本 890×1240 1/32 印张 7.75 字数 208 000

2009 年 3 月第 1 版 2009 年 3 月第 1 次印刷

印数:1-1 100 册

ISBN 978-7-81118-304-7/D·098 定价:29.00 元

内 容 提 要

本书围绕我国行政立法若干理论和实践问题,着眼于不断提高行政立法质量这一主题,就行政立法主体及权限、行政立法程序、行政立法监督、我国行政立法的发展趋势等基本问题进行了比较全面的分析。着重讨论了我国行政立法中的民主参与制度等问题。在抽象行政行为研究领域,以往研究比较侧重行政法规和行政规章,对政府制定规范性文件的行为关注较少,为此,本书对我国行政法规规章以外的其他行政规范性文件的法律效力、现状、制度完善等进行了比较深入的分析。

目 录

第一章 导 论	1
一、作为制度建设目标的法治政府的内涵	1
二、法治政府与政府制度建设	4
三、从数量扩张到质量提高	6
四、提高制度建设质量	14
第二章 行政立法概说	17
第一节 所谓行政立法	17
第二节 部分国家的行政立法实践	24
第三节 行政立法的性质与特征	31
第四节 行政立法的作用	33
第五节 行政立法的原则	39
第三章 行政立法主体及其权限	42
第一节 行政立法主体和权限分配	42
第二节 西方行政立法权力分配模式	48
第三节 我国行政立法的权限范围与划分	58
第四章 行政立法程序	69
第一节 行政立法程序的价值	69
第二节 行政立法程序的基本原则	71
第三节 我国行政立法程序的历史发展	76
第四节 我国行政立法的基本程序	78
第五节 我国行政立法程序的完善	82

第五章 行政立法中的公众参与	88
第一节 行政立法中的公众参与	88
第二节 公众参与行政立法的形式	96
第三节 完善我国行政立法中的立法听证制度	112
第六章 行政立法监督	121
第一节 行政立法监督	121
第二节 行政立法监督模式	124
第三节 我国行政立法监督现状	128
第四节 完善我国行政立法监督机制	135
第七章 行政法规、规章以外的其他行政规范性文件	141
第一节 行政法规、规章以外的其他行政规范性文件	141
第二节 行政规范性文件的法律效力	149
第三节 行政规范性文件的现状	154
第四节 行政规范性文件制定的制度完善	162
第八章 我国行政立法发展展望	173
第一节 我国行政立法的发展趋势	173
第二节 入世与我国行政立法制度的完善	185
第三节 我国地方行政立法的制度创新与实践	195
第四节 我国地方行政立法发展的新要求	206
附件一 中华人民共和国立法法	209
附件二 行政法规制定程序条例	226
附件三 规章制定程序条例	232
参考文献	239
后记	241

第一章 导 论

政府奉行法治原则,严格依法行政,这不仅是现代政府运作原则和管理模式上的一场深刻而持久的革命,也是国家从人治走向法治的必然选择。在我国,法治政府建设目标的确立,意味着法治追求在政府管理领域开始从宣言转为行动,从外在要求转化为自觉的理念。法治政府建设目标对行政法研究的影响将是全方位的,法治政府建设对政府职能的转变、行政体制改革、行政执法体制和方式改革以及行政立法等都提出了全新的要求。

一、作为制度建设目标的法治政府的内涵

法治,是整个人类社会文明发展的共同成果,代表着人类社会数千年来在政治管理、经济管理和社会管理等方面最具理性的思考与选择。

法治,又是一个历史范畴,是特定国家在特定的经济、政治和文化条件下依据法治规律所创建的现代治国模式,体现着该国人民构建制度文明的创造精神。任何国家的法治,都在一定程度上反映着该国的历史和文化传统。

法治意味着公民的自由、权利的平等与保障,反对政府滥用权力;法治要求有一个有效的政府来维持法律秩序,保障人们充分的社会经济生活条件;法治同时要求政府的行为必须受到法律的约束,政府要守法,要依法行政。

所谓法治政府,简单地说,就是建立在制度化基础上的政府,政府在宪政体制内存在,在法治框架下运作。法治政府强调政府必须

将其定位与运作、用权与责任落实在制度的基石上,政府权力的获得与权力的运作都受法律约束,政府必须在法治体系中确立自己的决策、执行、监督与被监督方式。如果说,人治政府可以理解为是一个“不自由”社会中的“自由”政府的话,那么法治政府,便可以理解为一个相对“自由”社会中的相对“不自由”政府。

首先,法治政府基于宪政背景而存在。

法治政府的实质是宪治政府——政府权力要在宪政体制内存在、运作和接受监督。十七八世纪的欧洲人类文明启蒙大师深刻地阐述了宪政理论,对法治政府的发展起到了巨大的推动作用。英国的洛克、法国的孟德斯鸠和卢梭等宣扬“天赋人权”、“人民主权”、“三权分立”和“法治”等宪政学说,其基本涵义就是法律必须由立法机关制定,司法必须由法院独立执掌,政府必须依法律规定行使职权。这些理论为资产阶级夺取政权后制定和实施宪法,构建法治政府提供了理论基础。资产阶级革命胜利后,为了防止封建复辟和行政专横,按照这些思想家的设想,资产阶级普遍通过建立宪政体制的方式,要求议会通过制定法律来为行政管理提供法律依据,法院则通过司法审查来监督政府行政机关是否依法行政。

在我国,同样要求有一个合理的国家权力结构体系,行政机关与其他机关的权力、各级行政机关之间的权力和职责,都应有一个科学、合理的划分和分工。国家的一切权力属于人民,人民通过人民代表大会以立法或其他合法形式授予政府行政权力,政府受人民的委托行使人民授予的权力,人民授予哪方面的权力以及授予多少权力给政府,政府及其工作人员就应在授权范围内进行活动、行使权力。因此,政府依法行政乃是现代宪政的要求。

其次,政府在法治框架下运作。

法治政府下的政府权力必须按一定规则有序行使。必须强调政府法治,设定“凡法律未允许的,都是禁止的”规则,政府的立法、执法和行政司法活动都必须依法进行;同时,也要求有公正、完善的司法评判系统,这个系统能够依法独立地对行政的合法性作出判断;另

外,政府权力之外的监督权力必须合理存在并有效运作,保证权力主体分工明确,职权清楚,各司其职,各负其责。

换言之,法治政府可以理解为一个相对自由社会中的“不自由”的政府。正如哈耶克所指出的那样,法治条件下“政府在一切行动中都要受到事前规定并宣布的规则的约束——这种规则使得一个人有可能十分肯定地预见到当局在某一种情况下会这样使用它的强制权力,和根据对此的了解计划他自己个人事务”。^①

第三,法治政府与依法行政是两个不尽相同的概念,两者无论在内涵上还是在外延方面都有明显区别。学界有专家认为,依法行政与行政法治、法治政府具有相同的含义。^② 这种观点将依法行政原则作了扩散性解释,直接将其理解成了行政法治和政府法治原则,似可商榷。

依法行政强调的是将政府控制在宪法和法律之下,政府必须依法而行,因此可以理解为形式上的政府法治。法治政府则对政府的法治化运作提出了更全面的要求,它不但要求政府在法律规制下存在和运作,而且也对法律制度本身的质量(包括政府制度建设的质量)提出了严格的要求;它在强调依法行政的同时,更强调现代行政的民主性,强调政府行政的公益目的和维护权利的责任;它强调依照实体法,更强调程序制度的重要性。

因此,法治政府理念在境界和要求上均高于依法行政理念,它高于依法行政、包含依法行政,依法行政可以看成是法治政府下的子概念。

第四,法治政府和“法制政府”在内涵上也不尽相同。“法制政府”所指的是制度体系下存在和运作的政府,强调政府法制建设方面“有法可依”的一面,说明了法制架构存在对法治政府的重要性,但这

^① [英] 弗·哈耶克:《通往奴役之路》,中国社会科学出版社 1997 年版,第 73 页。

^② 应松年主编:《依法行政读本》,人民出版社 2001 年版,第 143 页。

仅仅是法治政府建设一个基本方面、基本条件。法治政府所要求的规则体系并不是一个简单的制度外形,法治政府下的规则体系更强调的是这种规则应该符合法治的价值选择。空有法制架构只能称之为“法制政府”而非“法治政府”。

因此,没有制度体系的支持,法治政府建设固然无从谈起,但仅有制度体系绝不意味着法治政府便“水到渠成”。法治政府首先应该是法制政府,法制政府是法治政府的最低要求,而法治政府一般来说则是法制政府发展的逻辑结果。

二、法治政府与政府制度建设

现代法治政府法律制度下运作,同时在很大程度上承担着制度供给者的责任。它既是法律约束的对象,也在法律框架下为社会、政治、经济、文化提供具体的运行规则。这些法律和规则共同构成了政府运作的制度体系。

1. 法治政府运作需要一个完备的制度体系

法治政府建设离不开科学、合理规则体系的支撑。这个规则体系有自己的多向维度视角:纵向上看,它是一个包括宪法、法律、行政法规以及规章等不同位阶规则的体系;横向上看,它既包括政府组织规范,也包括行政行为规范以及监督方面的制度规范;在内容上,它既有授权规范,更包括控权规范,这个规则体系既约束公民行为,更着力于维护公民权利。

所以,法治政府建设必须有完备的法律体系,这种体系能为评判政府及其行为的合法性提供明确的标准。

2. 这一制度体系应该符合法治的基本价值

毫无疑问,法治政府所要求的规则体系并不是一个简单的制度外形。法治政府与人治政府的根本区别并不在于有没有法律、有多少法律,更重要的是有什么样的法律,这些法律能否很好地担负起维护民主、自由和人权等基本法治价值,是否致力于创造现代政府权力规范、有效运作的制度环境。

具体地说,作为评判政府合法的法律规范本身应当符合现代社会的价值原则,能够充分地反映现代民主精神的精髓:即保障权利(人权)和制约权力。这既是国家法治的重要目标,也是政府法治的重要原则。法治政府要求法律制度必须建立在充分尊重和保障公民的人身自由、人格尊严以及各种民主权利、政治自由和经济权利的基础之上,公民的基本人权不仅应得到法律的确认,而且应该得到法律及时、有效的保护。在保护权利的同时,必须对权力的行使进行有效的制约和监督,法律不仅必须确定权力的归属,更必须确定权力的运行范围。限制和控制规制公共权力,使其合理运行,防止滥用权力,是法治和人治的重要区别。

一言以蔽之,法治政府所依之法,是关注人民主权和公民权利的“良法”体系,正如亚里士多德说的那样:“法治应包括两重含义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该是良好的法律。”^①

3. 提高制度质量

提高这一制度体系的质量,包括政府制定的那一部分制度的质量。法治政府建设,要求政府行政立法,包括行政立法以外制定其他规范性文件的活动不仅符合法治的基本价值,还要符合社会发展的规律和人们的需求,为建设完备的政府运作制度体系服务。

事实上,在我国,大多数行政机关并不具有行政立法权,但是,由于行政管理的需要,几乎所有的行政机关都有必要在法律规定的范围内,建立各种各样的“制度”,作出具有普遍约束力的行政行为,此即所谓的“抽象行政行为”。这样,如何提高政府制度建设质量,控制政府立法、政府规范性文件与上位法律的冲突,尤其是减少政府立法对地方利益和部门利益的不当考虑,是我国法治政府建设面临的一个重要问题。这也是本书写作的背景之一。

^① 亚里士多德:《政治学》,商务印书馆1981年版,第167—168页。

三、从数量扩张到质量提高

“经过多年不懈的努力,以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系基本形成。当代中国的法律体系,部门齐全、层次分明、结构协调、体例科学,主要由七个法律部门和三个不同层级的法律规范构成。七个法律部门是:宪法及宪法相关法,民法商法,行政法,经济法,社会法,刑法,诉讼与非诉讼程序法。三个不同层级的法律规范是:法律,行政法规,地方性法规、自治条例和单行条例。目前,全国人民代表大会及其常务委员会已经制定了 229 件现行有效的法律,涵盖了全部七个法律部门;各法律部门中,对形成中国特色社会主义法律体系起支架作用的基本的法律,以及改革、发展、稳定急需的法律,大多已经制定出来。与法律相配套,国务院制定了近 600 件现行有效的行政法规,地方人民代表大会及其常务委员会制定了 7 000 多件现行有效的地方性法规,民族自治地方的人民代表大会制定了 600 多件现行有效的自治条例和单行条例。国务院有关部门以及省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府还制定了大量规章。”^①

政府制度建设与其他国家立法工作一样,正在经历着一个由数量扩张到质量逐步提高的过程。政府制度建设的重点开始由过去的“数量增加”逐步转变到“质量提高”上来,努力提高制度建设质量成为各级行政机关和大多数立法者的共识,成为对新世纪行政立法和规范性文件制定工作的重要原则要求。

1. 我国行政立法的起步

从中华人民共和国成立到 20 世纪 50 年代中期,是中国行政法制建设孕育与萌芽发展的时期。与中华人民共和国的建立相适应,在这个时期,国家行政法制建设的重点是行政组织法,如《中华人民共和国国务院组织法》、《大行政区人民政府委员会组织通则》等,规定了各级国家行政机关的组织、职权、工作方式和责任。

^① 引自《中国的法治建设》白皮书,国务院新闻办公室,2008 年 2 月。

在这个时期,国家还制定和颁布了大量的行政管理法规,规定国家行政机关对经济、政治、文化等各方面事务以及人、财、物各个领域管理的权限及管理方法,1949年10月至1956年12月,国家共颁布行政管理法规多达829个。^①

在行政法制监督方面,1954年9月,国务院依据《宪法》的有关规定设立监察部。监察部的任务是监督、检查国务院各部门、地方各级国家行政机关、国营企业及其工作人员是否正确执行国务院的决议、命令。除了确定行政监察机关的监督以外,宪法还规定检察机关对行政机关及其工作人员的监督制度。1954年的《宪法》第81条规定:“中华人民共和国最高人民检察院对于国务院所属各部门、地方各级国家机关、国家机关工作人员和公民是否遵守法律,行使检察权。”党的“八大”《中国共产党第八次代表大会关于政治报告的决议》强调:“必须用加强党对于国家机关领导和监督的方法,用加强各级人民代表大会对于各级国家机关的监督的方法,用加强各级国家机关的由上而下和由下而上的监督方法,用加强人民群众和机关中的下级工作人员对于国家机关的批评和监督的方法,来同脱离群众、脱离实际的官僚主义现象作坚持不懈的斗争。”

总之,中华人民共和国成立以后较长一段时期内,我们是重视行政法制建设的,既制定各种行政组织法,为政府实施行政管理确定权限,规定责任;又颁布各种行政管理法规,为政府实施行政管理确定准则、规范、标准、程序;同时设立行政法制监督机构,对政府机关及其工作人员行使职权的行为进行监督。

当然,当时对行政法制的认识并不是很深刻的,所建立的行政法制也并不完善,远没有解决民主的法律化和制度化的问题。因此,在这段时期,我国的行政法制建设处于孕育与萌芽发展时期。

20世纪50年代中期至1978年的两个十年间,是中国行政法制发展缓慢、徘徊、停滞和倒退的时期。其中“文革”十年,更是行政法

^① 参见赵震江主编:《中国法制四十年》,北京大学出版社1990年版,第200页。

制备受摧残的年代。

2. 我国行政立法的恢复与发展

自 1978 年党的十一届三中全会至 1982 年宪法颁布,是中国行政立法再生和走向发展的新时期。

党的十一届三中全会第一次把民主和法制提到了重要的地位,会议《公报》指出:“为了保障人民民主,必须加强社会主义法制,使民主制度化,使这种制度和法律具有稳定性、连续性和极大的权威,做到有法可依,有法必依,执法必严,违法必究。……要忠实于法律和制度,忠实于人民利益,忠实于事实真相;要保证人民在自己的法律面前人人平等,不允许任何人有超于法律之上的特权。”这一段话是我们在民主和法制方面,对过去几十年经验教训,特别是对十年“文革”教训的最深刻的总结。它预示着行政法制在中国大地上重新生长和发展的希望。

重新构建行政法制较困难的工作是需要制定一系列适应新的形势和情况的调整行政社会关系的新的法律、法规,建立各种有关的行政管理制度,使行政管理逐步走向法制化的道路。

1978 年至 1982 年这个时期,行政法制发展中最具有重大意义的事件是 1982 年宪法的颁布。1982 年宪法不仅重新恢复和确认了 50 年代初期和中期创建而在这之后相当长一个时期内中断了的行政法制,而且将之向前大大发展了一步。这主要表现在下述方面:

第一,重新确认和发展了作为行政法制基础的人民主权原则。国家的一切权力属于人民,行政机关由人民代表机关产生,对人民和人民代表机关负责,受人民和人民代表机关监督,人民可依法通过各种途径和形式直接管理国家事务,管理经济和文化事务,管理社会事务。

第二,重新确认和发展了一系列行政法制监督制度。政府成员不得担任人大常委会委员和兼任审判机关与检察机关的职务;行政机关不得干涉人民法院独立行使审判权和人民检察院独立行使检察权;人大常委会监督政府的工作,有权撤销政府制定的同宪法、法律

相抵触的行政法规、规章、决定和命令；人民检察院是国家的法律监督机关，有权对行政机关及其工作人员遵守宪法和法律实行监督。

第三，新规定了工作责任制和效率原则。一切国家机关实行工作责任制。精简机构，对工作人员实行培训和考核制度，不断提高工作质量和工作效率，反对官僚主义。

第四，重新确定了国务院和地方各级人民政府的性质、地位，规定了中央和地方各级人民政府的职权。国务院是最高国家权力机关的执行机关，是最高国家行政机关；地方各级人民政府是地方各级国家权力机关的执行机关，是地方各级国家行政机关。

1978年至1982年是中国发生伟大转折的时期，也是中国行政法制恢复和再生的时期。

3. 我国行政立法的发展与繁荣

1982年新宪法的制定，是我国法制建设一个重要里程碑。1982年至今是中国行政法制进入大步发展的时期。这个时期，中国大地上发生了一系列重大变革——经济的、政治的乃至人们观念的巨大转变。

应该说，经过短短30年的努力，以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系基本形成。在现行宪法基础上，制定并完善了一大批法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例，法律体系日趋完备，国家经济、政治、文化和社会生活的各个方面基本实现了有法可依。^① 政府制度建设也一样，改革开放以来，国务院制定近1000件行政法规，政府规章30000多个。据不完全统计，地方各级行政机关制定的规范性文件多达200多万件。^②

如前所述，从历史来看，我国行政法制建设，总体上是循着“重政策→政策与法并重→行政管理法制化→逐步实现行政法治”这一轨

^① 引自《中国的法治建设》白皮书，国务院新闻办公室，2008年2月。

^② 参见信春鹰主编：《WTO与中国行政法制改革》，社会科学文献出版社2005年版，第211页。

迹而发展的。20世纪80年代以前,中国行政管理基本是以人治和政策为主,从80年代开始,有关行政管理方面的法律,更多地体现了“管理法”(政府管理老百姓的法)的色彩,如《治安管理处罚条例》、《烟草专卖管理法》等等。从80年代末开始,立法观念发生转变,以《行政诉讼法》(1989年4月4日)的出台为契机,《行政复议条例》(行政法规)、《国家赔偿法》、《行政监察法》、《行政复议法》等有关监督行政行为和保障公民合法权益的相关法律、法规陆续公布和实施,从而建立起了一系列监督和救济制度,这些制度主要有行政复议制度、行政诉讼制度、行政赔偿制度、行政监察制度和审计制度等。1993年八届全国人大第一次会议通过的《政府工作报告》正式确定了依法行政的原则;1996年八届全国人大四次会议通过的《关于国民经济和社会发展“九五”计划和2010年远景目标纲要的报告》明确强调“各级政府都要依法管理经济和社会事务,坚决维护国家法律法规和政策的统一性与严肃性,做到有法必依,执法必严,违法必究。”1999年,《国务院关于全面推进依法行政的决定》则进一步强调:“扎扎实实地贯彻依法治国基本方略,全面推进依法行政,从严治政,建设廉洁、勤政、务实、高效政府。”2004年国务院《全面推进依法行政实施纲要》提出要“全面推进依法行政,经过十年左右坚持不懈的努力,基本实现建设法治政府的目标”。

依法行政原则的强调,在立法上也得到了体现,行政立法的宗旨也有所变化。我国出台了一些规范行政机关及其工作人员行为的法律或法规,如《人民警察法》、《行政处罚法》和《国家公务员暂行条例》等。其中,全国人大常委会通过《行政处罚法》的制定首次对实践中广泛适用的行政处罚行为作出了直接规范,并且更多地体现为一种程序上的规范与控制;与此同时,有关行政管理方面的法律、法规进一步健全与完善,如反不正当竞争法、消费者权益保护法、城市房地产管理法、广告法、食品卫生法、公路法等等。这些法律不仅表现在对社会秩序的维护和管理方面,也对行政机关的行为作出了规范和约束。

4. 制度数量与制度质量

制度建设数量是政府法治建设的基本依托,而制度建设质量则是政府法治的生命所在。仅有制度建设数量是远远不够的,事实证明这在一定条件下甚至是有害的。首先,制度建设的速成性往往与低质性有着天然的联系。长期以来,出于对制度数量的追求,同时为了给社会改革留下空间,“宜粗不宜细”被奉为基本制度建设原则,制度建设的社会需求、轻重缓急、条件的成熟程度、制度建设质量的有效监控等重要因素却没有得到足够重视,直接导致了一些制度建设低质化现象。同时,从主观上说,过去一些政府部门在制度建设工作中存在着“借立法扩权卸责”,立法中的“地方保护主义”、重复立法、越权立法,以及所谓“国家立法部门化,部门立法利益化,部门利益合法化”等不正常形象,都或多或少地与片面追求制度建设数量、忽视质量有关联。

值得重视的是,在我国政府法治建设之初,我们习惯地把重点放在“两头”:一是行政立法,这方面我们立了专门的法律;二是涉及公民基本权益的各种具体行政行为,这方面我们也立了大量的法律。但对于政府制定规范性文件的行为,法律关注较少,实践中发现问题也较多,也需要我们切实研究解决。

总之,随着法治国家建设的不断发展,数量增长型制度建设模式存在的问题也开始逐渐显现。具体来说,政府制度建设质量存在如下比较突出的问题:

(1) 越权问题。我国政府制度建设中普遍存在着政府部门之间职权交叉、重复,造成相互推诿、扯皮,甚至“依法打架”;对行政机关权力的规定比较具体,责任的规定比较抽象,权力与责任不够统一;对老百姓义务的规定比较具体,权利的规定比较原则,权利和义务不够统一;比较重视对违法行为的制裁,而对法律规范的引导作用则重视不够等,这些问题反过来进一步影响了行政机关对经济、社会的有效管理。

不同层级的立法机关执掌着高低不一的立法权,所能规范的事