

本书出版受到中国政法大学法学院资助

行政立法研究

刘 莘——著

XING ZHENG LI FA YAN JIU

行政立法权限

行政立法概述

行政立法监督

行政立法程序

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

本书受中央高校基本科研业务费专项资金资助

行政立法研究

刘 莘——著

XING ZHENG LI FA YAN JIU

图书在版编目(CIP)数据

行政立法研究 / 刘莘著. -- 2 版. -- 北京 : 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2184 - 8

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(2018)第 077520 号

行政立法研究
XINGZHENG LIFA YANJIU

刘 莘 著

策划编辑 王 曦
责任编辑 王 曦
装帧设计 贾丹丹

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法规出版分社
开本 A5
印张 10.375
字数 265 千
版本 2018 年 8 月第 2 版
印次 2018 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

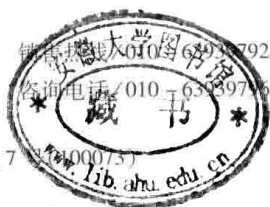
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995



书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2184 - 8

定价:46.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

自序

《行政立法研究》一书自 2003 年出版以来已近 15 年,其间中国的法治建设稳步推进促使行政立法工作不断发展。时至今日,行政立法已然是中国特色社会主义法律体系中不可或缺的重要组成部分。

初版《行政立法研究》,正值《立法法》公布;再版之时,《立法法》业已修正,行政立法的基础与环境发生了诸多变化。20 世纪末,我国的法律有三百多部,而当时行政法律规范已占到立法总量的一半。彼时,写就此书之目的,也是寄望为发展初期的立法实践提供系统性的理论支撑。当前,依法行政已成为我国政府行使职权的基本准则,行政法制建设迅猛发展,至该书修订之际,行政法规已有七百多部,规章的数量则更为庞大。显然,这必将对行政立法活动本身提出更高的要求。对行政立法进行紧贴实际的理论研究,更不宜偏废。再版《行政立法研究》,缘由便在于此。

新版不同之处在于对过去十几年来法律之变化、理论之变迁进行重新梳理和论述,也是笔者多年以来参与立法实践后对各类问题的再次总结和思考。当然,书中保留了对以往立法过程和经验的记述,便于读者更清晰地了解我国行政立法研究的转变与演进。

在这里,我要感谢参与该书再版过程的我的学生:余积明、陈悦、郭胜习、李烁、刘慧磊、郭双云、宗旭、陆艺、田昕灵、朱泽辉、高小龙、于权、范志杰、刘红星。在整个修订的过程中他们帮我收集了很多资料,并协助沟通再版事宜,为新版书籍的完成提供了很多帮助。

作 者

2018年7月

目 录

第一编 行政立法概述

第一章 行政立法的含义 / 3

一、行政立法的概念 / 3

二、行政立法的特征和范围 / 12

第二章 行政立法与其他行政行为的区分 / 19

一、行政机关的两种行为 / 19

二、行政立法与抽象行政行为 / 36

第三章 行政立法与行政法律规范的关系 / 45

一、行政法律规范的界定 / 45

二、行政立法与行政法律规范的联系 与区别 / 47

第四章 我国行政机关制定规范性文件的

历史沿革 / 50

一、《共同纲领时期》 / 50

二、五四《宪法》时期 / 51

三、1966 年至今 / 53

第二编 行政立法权限

第五章 法律保留、法律优越原则与权限划分 / 57

- 一、国外概况简介 / 57
- 二、关于“根据”与“不抵触”的讨论 / 61
- 三、“法律优先”与“法律保留” / 69
- 四、具体的权限划分 / 83

第六章 授权立法 / 98

- 一、我国授权立法的出现 / 98
- 二、法条授权 / 100
- 三、授权立法的意义及对策 / 104

第三编 行政立法程序

第七章 行政立法的民主参与制度 / 123

- 一、公众参与行政立法的必要性 / 123
- 二、公众参与的形式 / 128
- 三、首长负责制的影响 / 145
- 四、部门之间的协调 / 148
- 五、国外行政立法民主参与制度评述 / 150

第八章 行政立法的公布和公民查询 / 158

- 一、行政立法的公布：立法程序与行政程序的双重规范 / 158
- 二、行政立法的公布与公民的知情权 / 167
- 三、行政立法的公布程序 / 171
- 四、中国行政立法的公布程序 / 177

第九章 行政立法中的列举与但书 / 180

- 一、列举 / 180
- 二、但书 / 187

第四编 行政立法监督

第十章 行政立法监督的意义 / 197

- 一、行政立法监督的含义 / 197
- 二、行政立法监督的作用和性质 / 198
- 三、行政立法监督的原则 / 199

第十一章 国外立法监督简介 / 204

- 一、英国式的立法监督 / 204
- 二、美国式的立法监督 / 206
- 三、专门机构的立法监督 / 208

第十二章 宪法关于行政立法监督的规定及《立法法》的发展 / 216

- 一、宪法的规定 / 216
- 二、“宪法委托”理论 / 217
- 三、《立法法》关于行政立法监督制度的发展完善 / 224
- 四、《立法法》关于行政立法改变、撤销制度的完善 / 235
- 五、《立法法》对立法解释作出了较为细致的规定 / 244

第十三章 行政立法监督的运作 / 253

- 一、人大对行政立法的监督 / 253
- 二、行政系统内部的监督 / 258
- 三、授权机关对被授权主体的监督 / 274
- 四、行政救济中的行政立法监督 / 275

主要参考书目 / 278

附录 / 282

第一编

行政立法概述

第一章 行政立法的含义

一、行政立法的概念

(一)行政立法概念的界定

行政立法的概念,因使用者的标准不同而有所区别。有人曾经总结有四种行政立法概念:^{〔1〕}第一种含义的行政立法概念是指相对刑事立法、民事立法或“经济立法”而言的行政立法,即制定行政法律,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即在这一意义上使用行政立法概念。第二种含义的行政立法概念指制定行政法,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、地方各级人大以及各级行政机关。这里所说的行政机关,既包括有行政立法权的行政机关、政府,也包括没有行政立法权但大量制定行政规范性文件的各级行政机关。规范性文件的范围就是我们通常讲的行政法渊源,也就是说,构成行政法渊源的所有法律文件

〔1〕 参见应松年主编:《行政行为法》,人民出版社1992年版,第40页。

都包括在内。第三种含义的行政立法概念指所有行政机关制定行政规范性文件的活动,这一概念是以外在形式界定行政立法的。第四种含义的行政立法概念是在行政法学研究范围内所使用的,即指享有制定行政法规或者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活动。这一概念将行政机关制定规范性文件的活动区分为两类:一类是拥有行政法规和规章制定权的行政机关制定规范性文件的活动即行政立法活动;另一类是没有行政立法权的行政机关制定规范性文件的活动即其他抽象行政行为,这种抽象行为不属于行政立法。

上述概念中,第一种与第二种概念是从内容上界定行政立法的,即内容为行政性的法律文件被称作行政立法。但由于第一种概念限于全国人大及其常委会制定的行政性法律,连地方权力机关都不包括在内,比第二种概念的范围窄许多。第三种和第四种概念是从外观上或者主体上判断的,即行政机关的立法行为才是行政立法,“行政立法”的“行政”两字是因为行政机关是制定主体而来的。但第三种和第四种行政立法的概念范围大小也是不同的,第三种概念将行政机关所有的制定规范性文件的行爲都纳入到行政立法当中,第四种行政立法概念则将行政机关的制定规范性文件的行爲区分为两种:一种是行政立法,另一种则归入抽象行政行为。本书基本上是在第四种含义上使用行政立法概念。

在英美,与本书行政立法概念相类似的概念是委任立法。^{〔1〕}当然,英国的委任立法与美国的委任立法也有不同之处:美国的委任立法就是指行政立法,而英国的委任立法,从范围上说比美国的委任立法要宽泛,既包括行政立法,也包括最高法院、郡法院规则委员会制定的程序规则,议会授权下院通过的法律、英格兰教会规则以及某些社

〔1〕 参见王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第108页;[英]威廉·韦德:《行政法》,徐炳译,中国大百科全书出版社1997年版,第557~616页;王名扬:《美国行政法》,中国政法大学出版社1995年版,第291页。

会团体根据授权制定的规范。除行政立法外的其他规范之所以被称为“委任立法”，是因为上述规范文件都是有关主体按照法律授权（规定）进行立法的：《最高法院法》和《郡法院法》规定，最高法院的规则委员会可以制定高等法院、皇家刑事法院、上诉法院的程序规则。在英国，法律要经过两院的通过、英王的同意而成为法律，但按照 1949 年的《议会法》，如果上下两院的意见不一致下院可以单独通过该法案，并报英王同意而成为法律。下院能够单独通过法律，亦是被看作《议会法》的授权；英格兰教会规则是英格兰教会按照 1919 年《英格兰教会大会权力法》的规定，由英格兰教会全国代表大会对有关英国教会的任何事项制定的具有法律效力的规则。当然，这种教会规则，按照该法的规定，还需要议会通过决议确认和英王的同意。至于社会团体如大学、全国名胜古迹保护协会等社会团体，有时法律会授权其进行有关方面的立法。尽管英国存在上述特殊类型的委任立法，但在实践中或数量上，毫无疑问，行政立法在委任立法中是占主要地位和绝对多数的。从理论上说，英国、美国的委任立法都是立足于三权分立——议会享有立法权，从而其他主体要拥有立法权的话，就必须从议会那里得到授权。不像法国的中央政府拥有宪法规定的固有立法权限，无须单行法律的授权，即可制定某些事项的行政立法。

由于英美委任立法这一概念是对现实的一种抽象，所以在实际的法律规定上并不会直接看到“委任立法”的字样，如我们会看到具体的英国枢密院令、部令、特别程序令、条例、规则等，而这些在行政法学教科书上被概括称为委任立法；美国的情况也类似。行政法教科书也是讲委任立法，但是在法律规定中看不到同样的字样。在《美国联邦行政程序法》的规定中，可以看到法律对行政行为的两种分类：一类为裁决；另一类为规章制定（rule-making）。“规章制定”即我们这里所称的行政立法行为。

在日本,行政法教科书讲解行政立法,^[1]但是从其讲解的内容看,是将委任立法等同于行政立法。但是,无论是委任立法还是行政立法,均是学理上的概括,并非法律上的直接称呼或名词。

综观各国关于行政立法的概念,尽管有委任立法或行政立法这种名称上的区别,但有两点是共同的:第一,委任立法或行政立法是对现实的一种抽象,而不是法律的名词或用语;第二,委任立法或行政立法都指行政机关的活动或行为。即便是英国的委任立法包括行政机关以外的其他制定主体,^[2]但委任立法的大头仍是行政立法,且英国行政法学所叙述的委任立法也正是行政立法。作为行政法学者,笔者以为本书在行政行为的范畴内界定行政立法应当是最合适的,但是如果将所有行政机关制定规范性文件的活动都纳入其中,笔者又以为不妥。如县政府和基层的乡政府在具体执法过程中大量发布的红头文件,虽然与上述行政立法一同被称作抽象行政行为,但毕竟与作为“上升为统治阶级意志的国家意志”的法律有较大区别,与其称为行政立法,不如仅将其称为抽象行政行为更好,这些容后再议。因此,本书的“行政立法”大致是在第四种含义上使用的,即认为行政立法指国务院制定行政法规和国务院部门及有规章制定权的地方政府制定规章的活动和结果。为何说是“大致”,因为一般只将这一含义上的行政立法当作一种活动看待,但我们比其宽泛一些——包括动态活动,也包括静态活动——结果即这种活动产生的规范性文件:行政法规、行政规章。我们不仅仅将行政立法看作是一种活动过程,实际上有时我们谈行政立法也是在谈规范性文件本身。应该说,这两种意义

〔1〕 参见〔日〕南博方:《日本行政法》,杨建顺、周作彩译,中国人民大学出版社1988年版,第51~55页;杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第336~350页。

〔2〕 英国奉行议会至上——也称为议会主权的宪法原则,立法权是主权的象征,立法权只属于议会,其他主体制定规范文件的权力均须议会委托,如法院制定的程序规则,教会制定的规则等。参见王世杰、钱端升:《比较宪法》,中国政法大学出版社1998年版,第193~198页;潘华仿:《英美法论》,中国政法大学出版社1997年版,第63~80页。

上的行政立法是一回事,行政立法作为一种行政活动,当然是一个过程,但这种行为是法律行为就不仅仅是一个时间流逝的自然过程,要有一个载体,这个载体即是这种行为的后果——规范性文件本身。就此,我们给行政立法下一个定义:行政立法是指享有行政法规制定权的国务院,享有规章制定权的各个部委,省、自治区、直辖市、设区市的政府依法制定、颁布具有普遍约束力的行为规则的活动。

(二) 行政立法与规范性文件的区分

1. 规范性文件的概念、范围和形式

规范性文件是一个经常使用且概括性很强的概念,因而很自然地会在不同的语境中有不同的含义。具体来说,有时人们讲的规范性文件是指所有规范性文件,包括立法和立法以外的规范性文件,这时的规范性文件是最广义的,是指所有法律规范的载体;有时规范性文件是指立法(法文件)以外所有规范性文件,这是广义的概念,是对立法以外所有规范性文件的概括称呼,包括不具备行政立法主体资格的政府、行政机关制定的规范文件,俗称为“其他规范性文件”,所谓“其他”就是相对于立法而言的;还有的时候,尤其是在特定体系之内如在某些行政法教科书或者行政法执法类的书籍中,规范性文件是狭义的,仅指行政立法以外的政府、行政机关制定的规范性文件,所以也常常与“行政规范文件”“行政规范性文件”混用;还有最狭义的概念,仅仅指不具备行政立法主体资格的行政机关制定的规范文件,与狭义概念相比,是将具备行政立法主体资格的行政机关所制定的所有规范文件排除在外。

就上述不同外延的概念而言,因其使用于不同语境,无所谓优劣之分。但从语言规范的意义上来,看,笔者更愿意在狭义概念的含义上使用“规范性文件”一词;为了使其不产生歧义,更为合适的方法是干脆在其前面加上“行政”二字,变成“行政规范性文件”,就无须解释了。那么在这一含义下的规范性文件,从大类上区分,有两类:一类是拥有行政立法权的行政机关以行政立法形式以外的方式制定的规范性文件,另一类是根本没有行政立法权的行政机关制定的规范

性文件。

首先,我们审视一下第一类行政规范性文件。人们经常问:有行政立法权的行政机关并未按照行政立法的形式(程序)制定规范性文件,这种规范性文件算什么?如果没有经过一定的会议形式通过,也没有以发布行政立法的固定形式颁布该规范性文件,这样的行政规范性文件如何确定其在法律规范体系中的层级地位?例如,国务院每年都有大量的通知、批复或转发的文件,国务院是制定行政法规的主体,但是国务院并没有经过全体会议或常务会议讨论通过这样的文件,而是由国务院有关方面的负责人同意后发布,且这些文件也并没有以国务院令的形式发布,在实践上,人们往往将这些文件等同于国务院的行政法规。

笔者以为,这些文件虽然是行政法规的制定主体制定或发布的,但由于没有经过法定程序,它们不是行政法规,而只能是法规性文件,其层级效力高于规章,但低于其自身制定的行政法规,因而不能与行政法规相抵触或修改行政法规。由于行政法规修改起来“费事”而以规范性文件来修改行政法规的做法,是不可取的。同样的,规章的制定主体未以规章的制定程序制定或发布规范性文件,也只能称作“规章性文件”,而不能称之为规章,其效力亦低于规章。以外在形式来区分行政法规与法规性文件、规章与规章性文件,是否有形式主义之嫌?其实这并不是形式主义,因为立法行为,不论是立法机关的立法行为还是行政机关的准立法行为,都应该是集中“民意”的过程,而民意需要通过一定的程序才能体现出来,如果程序简化到只需要一个领导人圈阅一下就可以发布的程度,这实在是一种行政命令,而非行政立法。上一级行政机关的行政命令,下一级行政机关当然要遵守,所以《宪法》第90条第2款规定:“各部、各委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限内,发布命令、指示和规章。”行政命令对下级行政机关而言,可以是制定规章或作出其他抽象行政行为的根据,但是这种行政命令仍然比该主体制定的行政法规、规章层级地位低。

当然,与此相关联的另一个问题是,这种行政命令不是行政立法,能否算抽象行政行为?笔者认为,这需要具体情况具体分析,有些行政命令是抽象行政行为,有些行政命令例如任命某人为处长的决定命令,不是抽象行政行为,而是一个具体行政行为。

其次,我们来讨论一下没有行政立法权的行政机关所制定的规范性文件。没有行政立法权的行政机关很多,如我国的县级政府就有两千多个,它们都是没有行政立法权的;除设区的市外,我们国家还有一些县级以上、省级以下的市,这些市的人民政府也没有行政立法权;还有成千上万的行政主管机关(部门)也是没有行政立法权的,如北京市交通管理局发布的文件,不属于行政立法,而属于规范性文件或行政规范性文件。因此,我们可以得出结论,行政机关中享有行政立法权的毕竟是少数,大多数是没有行政立法权的,但它们也在不断地制定各种规范性文件,而且实际上越靠近执法第一线,越是直接与老百姓打交道,所依据的规范就越可能是这些规范性文件。可以想见的是,这类行政规范性文件比第一类行政规范性文件,无论是在制定主体上,还是在文件的数量上都要多得多。

行政规范性文件的形式,按照《党政机关公文处理工作条例》^{〔1〕}的规定有十五种:决议、决定、命令、公报、公告、通告、意见、通知、通报、报告、请示、批复、议案、函、纪要。这其中的请示、报告是“下”对“上”的公文形式,一般而言不会构成我们这里所说的行政规范性文件,因为行政规范性文件应该是行政机关对外发生效力的文件;函是同级行政机关之间的文件,一般来说也不会是行政规范性文件;纪要如果不是行政机关以通知或者转发的形式发布出去的话,也不会是行政规范性文件。剩下的十一种文件形式,有些明显是内部文件如批复,虽然其内容也可能是规范性文件(有时也可能是针对具体事项或者具体的人),属于内部规范性文件,但不是我们这里所讨论的(外

〔1〕 1987年2月28日国务院办公厅发布,1993年11月21日修订;2000年8月24日国务院发布,自2001年1月1日起施行,同时原同名规范文件废止。