

J_w 经纬书系

FEI LIFA XING
XINGZHENG
GUIFAN YANJIU

非立法性 行政规范研究

陈丽芳/著

中共中央党校出版社

2006 年度浙江省社会科学规划项目

非立法性行政 规范研究

陈丽芳 著

中共中央党校出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

非立法性行政规范研究/陈丽芳著. —北京: 中共中央党校出版社, 2007. 5

ISBN 978-7-5035-3665-6

I. 非… II. 陈… III. 行政法—研究—中国
IV. D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 043114 号

中共中央党校出版社出版发行

社址: 北京市海淀区大有庄 100 号

电话: (010) 62805800 (办公室) (010) 62805818 (发行部)

邮编: 100091 网址: www.dxcbs.net

新华书店经销

北京大河印务有限责任公司印装

2007 年 5 月第 1 版 2007 年 5 月第 1 次印刷

开本: 880 毫米 × 1230 毫米 A5 印张: 12.125

字数: 291 千字 印数: 3000 册

定价: 25.00 元

目 录

第一章	非立法性行政规范的基本问题	(1)
一	非立法性行政规范与行政立法性规范	(1)
二	非立法性行政规范与中国共产党的政策	(6)
三	非立法性行政规范的称谓界定	(11)
四	非立法性行政规范的特征	(25)
五	非立法性行政规范的作用	(27)
六	其他国家和地区的相关情况	(29)
第二章	非立法性行政规范的法律地位	(35)
一	非立法性行政规范法律地位的相关理论	(35)
二	非立法性行政规范的“应然”地位	(38)
三	非立法性行政规范的“实然”地位	(41)
第三章	非立法性行政规范的效力及其适用	(51)
一	非立法性行政规范的效力	(51)
二	非立法性行政规范的适用	(61)
第四章	紧急状态下非立法性行政规范的作用	
	——以抗 SARS 为例	(69)
一	抗 SARS 非立法性行政规范的合法性分析	(69)
二	抗 SARS 非立法性行政规范的正当性分析	(75)
三	抗 SARS 非立法性行政规范的反思	(82)
第五章	非立法性行政规范的制定主体及权限	(86)
一	行政规范的制定主体	(86)

二	非立法性行政规范权限范围的确定·····	(101)
第六章	非立法性行政规范的制定程序·····	(105)
一	行政程序的意义·····	(105)
二	立法的滞后与现实的混乱·····	(112)
三	正当程序理论的弥补·····	(113)
四	非立法性行政规范的制定程序设计·····	(121)
第七章	非立法性行政规范制定中的公民参与·····	(123)
一	关注公民参与行政的社会原因·····	(123)
二	公民参与非立法性行政规范制定的必要性·····	(126)
三	非立法性行政规范制定中公民参与存在的 问题·····	(128)
四	公民民主参与的规范与保障·····	(130)
五	公民参与制度及其权利体现·····	(141)
六	参与层次的设定·····	(146)
第八章	非立法性行政规范的透明度建设·····	(148)
一	行政公开的历史沿革·····	(148)
二	政府信息公开的价值和意义·····	(151)
三	非立法性行政规范公开的方式·····	(153)
四	非立法性行政规范透明度建设的障碍·····	(154)
五	非立法性行政规范透明度建设的对策分析·····	(156)
第九章	非立法性行政规范受监督的基本理论·····	(160)
一	非立法性行政规范与法律运行·····	(160)
二	非立法性行政规范与依法行政·····	(171)
三	非立法性行政规范监督机制的价值准则·····	(180)
第十章	非立法性行政规范的行政监督·····	(184)
一	行政监督的种类·····	(184)

二	非立法性行政规范行政监督的主要障碍·····	(188)
三	完善非立法性行政规范行政监督的对策 分析·····	(192)
第十一章 权力机关对非立法性行政规范的监督·····		
一	非立法性行政规范审查制度的确立与发展·····	(201)
二	权力机关在非立法性行政规范审查方面存 在的问题·····	(205)
三	加强非立法性行政规范审查需要解决的几 个问题的探索·····	(207)
第十二章 非立法性行政规范的司法审查·····		
一	非立法性行政规范进行司法审查的宪政 分析·····	(220)
二	国外抽象行政行为司法审查的制度状况·····	(227)
三	我国非立法性行政规范司法审查现状考察·····	(237)
四	我国现行非立法性行政规范司法审查的 特点·····	(249)
五	完善我国非立法性行政规范司法审查的 理由·····	(253)
六	在现行体制和立法的前提下,解决非立法性 行政规范司法审查的若干建议·····	(261)
七	完善我国非立法性行政规范等抽象行政 行为司法审查的制度设计·····	(267)
第十三章 非立法性行政规范制定主体的责任·····		
一	非立法性行政规范制定主体承担责任的 理论论证·····	(285)
二	非立法性行政规范制定主体承担责任的现 实分析·····	(289)
三	非立法性行政规范制定主体的责任界定·····	(296)

四	非立法性行政规范责任承担主体之确立·····	(315)
五	非立法性行政规范的责任现状分析·····	(323)
六	非立法性行政规范制定主体责任实现的 路径·····	(327)
第十四章	非立法性行政规范的法治化路径·····	(331)
一	非立法性行政规范存在的问题·····	(331)
二	对存在问题的深层原因及危害分析·····	(350)
三	非立法性行政规范法治化的路径·····	(360)
主要参考文献·····		(374)

第一章 非立法性行政规范的基本问题

关于非立法性行政规范（俗称“红头文件”），作家朱建国先生在其杂文中曾有过这样一段精彩的描述：这天一上班，镇政府的所有干部都抱头痛哭，原因是他们已经八个月没有接到上级的“红头文件”了。没有了“红头文件”，大家就像没有主心骨一样无所适从：下面的工作该怎么做？^①那么，这个被奉为圭臬和法宝的“红头文件”究竟是什么？它为什么会有如此巨大的效力？它与行政立法性文件又是什么关系？与共产党的政策又有什么区别呢？

一、非立法性行政规范与行政立法性规范

行政立法性规范与非立法性行政规范统称为行政规范。非立法性行政规范是指国家行政机关或法律、法规授权组织为执行法律、法规、规章，依照法定权限和程序制定和发布的具有普遍约束力的决定、命令、办法、指示等。行政立法性规范是指国家行政机关或法律授权组织依照法定权限和程序制定、修改和废止有关行政管理方面的行政法规和规章。两者既有相同之处，又有差异的存在。

（一）相同的行为属性

在行政法理论上，行政立法与制定非立法性行政规范

^① 林倩：《行政规定与法律冲突表现及原因分析》，华东政法学院 2004 届研究生，硕博研究生论文数据库。

的行为同属于抽象行政行为。即它们都是指国家特定的行政机关或授权组织，在行政职权范围内针对普遍的、不特定的对象作出的、可反复适用的普遍行为规则的行政行为。与具体行政行为对称，是行政行为的重要表现形式。它们具有共同的行为特征：

1. 内容的规范性。两者都是行政主体制定的行为规范，不仅约束相对人，而且也约束行政主体本身。行政主体实施具体行政行为时，不仅要依据法律、法规和规章，而且还要依据行政决定、命令、措施等非立法性行政规范。

2. 适用对象的非特定性。两者都是以普遍的行政管理事项或相对人为规范的对象，而不是以特定的人或事为规范对象，都可以反复适用。

3. 效力的普遍性。两者都具有普遍的效力，对符合条件的一类人或事均具有普遍的约束力。

4. 行为的立法性。两者在性质上都属于行政行为，但它们具有普遍性、规范性和强制性的法律特征，并须经过起草、审查、通过、发布等一系列程序，具有立法特征。

（二）相关的立法规定

分析行政规范，绕不开相关的法律规定。下面对我国法律的相关规定作一简要陈述。

1. 《宪法》的相关规定。在旧中国的《宪法》上，行政立法均以命令的形式出现。如清政府制定的《钦定宪法大纲》第十一条对皇权的规定：“发命令及使发命令之权，唯已定之法律，非交议院协赞，奏经钦定时，不以命令更改废止。法律为君上实行司法权之用，命令为君上实行行政权之用，两权分立，故不以命令改废法律”。1946年《中华民国宪法》第三十七条：“总统依法公布法律，发布命令，须经行政院院长之副署，或行政院院长及有关部会首长之副署”，都是如此。但新中国选择了不一样的词汇。1954年、1975年和1978年这三部《中华人民共和国宪

法》(以下简称《宪法》)均规定国务院有权“根据宪法、法律和法令,规定行政措施,发布决议和命令”,1982年《宪法》的规定增加了“制定行政法规”一项,并将“决议”改为决定。第八十九条第一项规定:国务院“根据宪法和法律,规定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令”;第九十条第二款规定“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。”第三百零七条规定:“县级以上各级人民政府依照法律规定的权限,管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作,发布决定和命令,任免、培训、考核和奖惩行政工作人员。乡、民族乡、镇的人民政府执行本级人民代表大会的决议和上级国家行政机关的决定和命令,管理本行政区域内的行政工作。”

2. 政府组织法的相关规定。《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(以下简称《地方组织法》),第五十九条第一项规定:“县级以上各级人民政府执行本级人民代表大会及其常务委员会的决议,以及上级国家行政机关的决定和命令,规定行政措施,发布决定和命令。”

1982年《宪法》规定县级以上人民政府有权“发布决定和命令”,而县级以上政府的工作部门和乡级政府似乎只能发布“决定”^①。但地方政府组织法规定县级以上政府有权“规定行政措施,发布决定与命令”^②,多了行政措施一

① 1982年《宪法》第一百零八条:“县级以上的地方各级人民政府……有权改变和撤销所属各工作部门和下级人民政府的不适当的决定。”

② 《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第五十九条第一款第一项。

项，而县级以上政府的工作部门的活动方式是指示和命令，而乡级政府也可以使用决定与命令：“县级以上的地方各级人民政府行使以下职权：……改变或者撤销所属工作部门的不适当的命令、指示和下级人民政府的不适当的决定、命令。”^①另外，1982年《地方组织法修正案》规定（部分）地方政府获得规章制定权。^②

3. 立法法的相关规定。《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）第五十六条规定：“国务院根据宪法和法律，制定行政法规。”第七十一条规定：“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和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。”“部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。”第七十三条规定：“省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府，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。”

从以上相关的立法规定，我们至少可以得出：

第一，在法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章等正式法律渊源之外，可以有不构成法律渊源的行政规范存在。这些行政规范与广义的法律并行存在，广义的法律可以称为立法性文件或规范性法律文件，不构成法律渊源的行政规范可以称为非立法性行政规范。

第二，这些不构成法律渊源的行政规范的法律名称和表现形式有：行政措施、决定、命令，具有普遍约束力的决定、命令，其他规范性文件、规定，有关部门

① 《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第五十九条第一款第三项，第三十五条第一款。

② 《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第五十九条第一款第三项，第三十五条第一款。

为指导法律执行或者实施而作出的具体应用解释等。

第三，非立法性行政规范的制定主体可以是县级以上各级人民政府及其职能部门、乡镇人民政府。其中，有行政法规和规章制定权（有行政立法权）的行政机关，必然也是非立法性行政规范的制定主体，但反过来并非如此，非立法性行政规范的制定主体比行政立法主体广得多。

第四，制定非立法性行政规范的目的，通常是为了执行法律或实施有关政策。

（三）相应的区别

行政立法性文件与非立法性行政规范虽然同属理论上的抽象行政行为，但两者毕竟不同。两者的区别表现为：

1. 主体上的区别。根据《宪法》和法律，从国务院到县级政府和它们的组成部门，以及乡级政府都可以制定非立法性行政规范，这还可以从《行政复议法》第七条得到印证；而行政法规和规章等立法性文件的制定主体是特定的，只是其中的一小部分。

2. 程序上的区别。非立法性行政规范依《国家行政机关公文处理办法》等制定，行政首长同意即可；而行政法规、规章的程序要求严格，依《立法法》、《行政法规制定程序暂行条例》、《法规规章备案规定》和《地方政府组织法》等进行。在公布程序上，前者较随意而后者很严格。

3. 内容上的区别。行政法规和规章所规定的权利义务较全面、系统；而非立法性行政规范则较专一、狭窄，有较强的针对性。前者能创设权利义务；而后者更多地表现为对法律、法规、规章的执行、补充，以实现法律、法规、规章所创设的权利义务，或者使其更切合本地、本部门的实际情况。

非立法性行政规范只能为执行法律、法规、规章及上级行政机关的决定、命令等而制定，无权限制行政管理相对人的权利，不得增设行政管理相对人的义务。如不得设

定行政处罚事项、行政许可事项、行政强制措施、行政收费等事项。

4. 结构上的区别。行政法规、规章往往有较为完整的章、节、条、款、项和总则、分则、附则等结构，而非立法性行政规范简略得多；并且前者具有由假定、处理、制裁（奖励）三部分组成的规范结构，后者主要由其中两部分组成，体现极强的执行性。

5. 名称上的区别。行政法规、规章的名称多限于条例、规定、办法、规则、规程、实施细则、实施办法等，而非立法性行政规范在《国家行政机关公文处理办法》中体现为命令（令）、决定、指示、公告、通告、通知、通报、报告、请示、批复、函、会议纪要，实践中另有意见、提纲、方案、简报、批示等，不一而足。

6. 效力上的区别。虽然两者都具有法律约束效力，都可作为具体行政行为的依据，但效力最高的无疑是行政法规，其次为规章，它们可以分别在行政诉讼中起依据、参照作用（《行政诉讼法》第五十二、五十三条），并能设定行政处罚（《行政处罚法》第十、十二、十三条），不受行政复议的审查（《行政复议法》第七条）；而非立法性行政规范的效力要低于行政法规和规章，还应接受行政复议的间接审查。

二、非立法性行政规范与中国共产党的政策

按照《辞海》的解释，政策是“国家、政党为实现一定历史时期的路线和任务而规定的行动准则。具有鲜明的阶级性。革命政党的政策是一切实际行动的出发点，并且表现于行动的过程与归宿。无产阶级政党在马克思主义基本原理指导下，从实际出发，制订和执行正确的政策，是革命和建设事业获得胜利的重要保证。政策需要在实践中检验正确与否，并且在实践中得到丰富和发展。”从上面的

定义可以看出，政策具有以下特点：第一，只有国家和政党才能制订政策；第二，政策是实现路线和任务的行动准则；第三，政策具有鲜明的阶级性；第四，政策需要在实践中检验和发展。其中，很重要的一点是，政策的制定主体只有两个，即国家和政党。毛泽东同志常说，政策和策略是党的生命。这符合我们国家的实际。因为长期以来，我们的各项政策首先是由中国共产党制定的。那么，党的政策和国家的政策、法律是什么关系呢？对此，彭真同志解释得很清楚：“党的政策要经过国家的形式而成为国家的政策，并且要把在实践中证明是正确的政策用法律的形式固定下来。”这样，具体说来，我们国家有权制定政策的只有党中央和国务院，而地方各级党委和政府的职责，是具体落实党中央和国务院的政策，而不是自己去制定政策。^①

实践中必须正确认识和处理党的政策与非立法性行政规范的关系。党的政策与非立法性行政规范既有一致性，也有相异性，只有看到两者的一致性，又看到两者的相异性，才能正确处理和认识他们的关系。

（一）党的政策与非立法性行政规范的一致性

1. 意志体现的一致性。政策作为党在一定时期为完成某项任务而制定的行动准则和行为模式，首先是全党意志的体现；而党的意志又是全体劳动者意志的凝练和升华。全体人民意志怎样才能体现出来，这就需要通过政策的制定和实施，将这种深藏于内心的、属于抽象的意识规范化、具体化。因此，政策制定在经过问题诊断、确定目标、制定方案、择定方案、方案验证和公布政策^②等一系列的过程

① 刘松山：《红头文件冲突法律的责任归属——兼评福州王凯锋案》，《法学》，2002年第3期。

② 王福生：《政策学研究》，四川人民出版社1991年版，第136—141页。

中，逐步将全体人民的意志条文化，政策执行则是用全体人民的意志来指导和规范人们的社会活动。政策来自于人民，反过来又指导人民的实践活动。

非立法性行政规范是政府为执行法律、弥补法律规定的不足、针对现实行政管理需要而制定的。只有合法的文件才有法律效力，合法的文件付诸实施才能取得良好的社会效果。所以，非立法性行政规范必须依法制定，而我国的法是社会主义国家人民的共同意志。不管是《宪法》还是其他部门法，都是全体人民意志的共同体现。因此，政府行政从根本上来说，就是要按照全国人民的共同意志来服务、管理、指导、协调社会各方面的事务，使社会各种关系在法治的轨道上运行。

2. 经济基础的一致性。众所周知，社会存在决定社会意识，一定阶级的意志，是由它赖以生存的物质生活条件决定的，一定政策所体现的阶级意志的内容，只能从该阶级所赖以生存的物质生活条件，即一定的社会经济基础所反映出来的社会生产力发展水平来得到说明，任何一个阶级都不能离开其物质生活条件而随心所欲地提出要求和制定政策。同时，政策也保护经济基础，反映生产力的发展要求，并通过调节人们之间的物质利益关系来实现这一目标。

非立法性行政规范作为上层建筑的重要组成部分，它的产生、本质、特征及发展变化的规律，归根结底都是由社会经济基础决定的。特定的经济体制和一定的经济发展水平是政府依法行政实现的前提和基础。依法行政不可能在任何一种经济体制和经济状态下实现，它必须是在相应的经济形式和发展水平足以为依法行政提供充分条件和基础保障的时候才能实现。在一个僵化呆板的经济体制下的贫穷落后社会，依法行政是不可能的。

3. 指导思想的一致性。不同的政党和国家，其制定政

策的指导思想是不同的。我们党和政府制定政策、文件的指导思想是马列主义、毛泽东思想和邓小平理论。马列主义、毛泽东思想和邓小平理论深刻地揭示了客观事物的发展规律,在政治、经济、思想、文化、民族、宗教、伦理道德等方面都阐明了其基本观点,为政策、文件的制定提供了一系列的指导原则和基本依据。

(二) 党的政策与非立法性行政规范的相异性

虽然党的政策与非立法性行政规范在本质上是一致的,但其所发挥的作用是有差异的。

1. 制定机构的相异性。党的政策是由党的组织制定的,而非立法性行政规范是由国家行政机关制发的。

2. 表现形式的相异性。党的政策制定出来后,通常以决定、决议、纲领、声明、通知、报告、纪要等党的文件形式表现出来。非立法性行政规范的法定形式则表现为措施、决定、命令,而实践中则表现得更为丰富,还加之以通知、纪要、报告、决议等等形式。另外,党的政策一般比较原则、灵活,具有指导性和号召性。而非立法性行政规范的内容一般是具体的、确定的,权利义务关系是明确的,规范性较强。

3. 实施方式的相异性。党的政策是党的主张和党的意志的表现,党的政策制定出来之后对党的组织和党员具有约束力,并以党的纪律制裁作为实施的保障,对党外的群众主要是靠宣传动员和说服教育,使党的政策得到人民群众的支持和自觉遵守。非立法性行政规范对所辖行政领域的自然人、法人和其他组织都有普遍的约束力和强制力。

4. 调整社会关系范围的相异性。两者所调整社会关系的范围在大多数情况下是一致的,但也有不一致的地方。总的说来,党的政策调整社会关系的范围要大得多。党作为国家的领导核心,对国家兴旺发达、人民幸福和社会安定繁荣都有不可推卸的责任,因而必须对国家各方面的工

作进行政策指导。党的政策通过各种渠道和形式渗透到社会生活的各个领域，并且在其中发挥重要的作用。非立法性行政规范调整的只是一部分行政管理关系，绝大部分行政管理关系、行政监督关系、行政救济关系等则由法律、法规和规章调整。

（三）正确处理执行党的政策与执行非立法性行政规范的关系

1. 党的政策是行政机关制定非立法性行政规范的依据，是依法行政的“灵魂”，对政府制发文件起指导作用。坚持党的政策对依法行政的指导，“政策是革命政党一切实际行动的出发点，并且表现于行动的过程与归宿。一个革命政党的任何行动都是实行政策。”^① 革命是这样，社会主义建设和改革开放也应该如此，离开了正确的政策指导，我们的事业是不可能成功的。当然，坚持党的政策的指导，并不是说党应该插手一切社会事务，对政府的方方面面都进行直接的控制，而是指政策对行政的宏观指导，这种指导不应该偏离依法行政的轨道，而且必须有助于依法行政的真正实现。

2. 依法行政是党的政策充分实施的保证。一般说来，党的政策制定后，主要以党内文件的形式下发，有许多是不公开的。而非立法性行政规范一旦制定，必须公布，应家喻户晓，人人皆知。这样可以使贯彻的政策更加深入人心和有效地执行。在现阶段，依法行政对政策实施的保证作用更加突出。行政机关相对于权力机关和决策机关来说，是执行机关，相对于行政相对人来说，是行政主体。它代表国家行使行政权，管理国家内政外交事务，它是最直接、最经常、最广泛的方式与个人、组织打交道。行政机关执行国家法律，执行党的政策，都是在履行自己的职能。

^① 《毛泽东选集》第3卷，人民出版社1991年版，第1181页。