

行政规定的法治逻辑与制度构建

张
浪
著



科学出版社

行政规定的法治逻辑与制度构建

张
浪
著



科学出版社

北京

内 容 简 介

本书是行政规定的法治逻辑与制度构建进行系统探讨研究的专著。通过法理阐述、规范分析、比较研究和实证研究相结合等方法,阐明行政规定的概念、价值及其法律地位和法律属性,明确其中包含的形式合法性、程序合法性和实质合法性的法治逻辑结构要素。形式合法性体现在行政规定制定权的合法来源,以及对法律优先原则的遵从。程序合法性蕴含着有效参与、程序公正和兼顾效率的原则,并以此为指导架构具体的程序机制。实质合法性是以自由价值的尊重与保障为衡量标准,在权力行使与权利保障间形成有机统一。本书对行政规定司法审查的原理和制度进行探究,并就我国相关行政诉讼制度的构建与完善提出对策和建议。

本书理论与实践联系密切,可为法学研究人员、政府法制工作人员及司法审判人员的理论研究与实践运用提供参考。

图书在版编目(CIP)数据

行政规定的法治逻辑与制度构建/张浪著. —北京:科学出版社,2019.6
ISBN 978-7-03-060938-0

I. ①行… II. ①张… III. ①行政法—研究—中国 IV. ①D922.104
中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第058706号

责任编辑:刘英红 / 责任校对:杨 赛
责任印制:张 伟 / 封面设计:华路天然

科学出版社 出版

北京东黄城根北街16号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

北京虎彩文化传播有限公司 印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2019年6月第 一 版 开本:720×1000 B5

2019年6月第一次印刷 印张:11 3/4

字数:235 000

定价:128.00 元

(如有印装质量问题,我社负责调换)

作者简介

张浪，江苏涟水人，淮阴师范学院副教授，法学博士，现任江苏高校人文社会科学校外研究基地——社会风险评估与治理法治化研究基地副主任。1991年毕业于苏州大学法学院，获法学学士学位；2001年毕业于南京大学法学院，获法律硕士学位；2008年毕业于苏州大学，获法学博士学位。主要研究方向为：宪法与行政法学。曾先后任职于检察机关和党政部门。在省级以上期刊及核心刊物发表学术论文二十余篇，参与编撰了《中国行政法实用通典》《行政法学》等著作，主持和参加多项市厅级、省级及国家级课题研究项目。2011年，被确定为淮安市“533英才工程”首批学术技术拔尖人才培养对象。

“行政规定”在我国目前法律制度和理论研究中，尚未明确成为一个内涵和外延相统一的概念，但围绕其展开的理论研究及制度建设，伴随着法治的发展正在不断深入与完善。本书研究的行政规定，是指行政主体为行使行政管理职能，针对不特定对象制定的能够反复适用的、具有普遍约束力的规范性文件。其适用范围是指行政主体制定的除行政法规、规章以外的规范性文件，即行政法理论和实践中通常所称的“行政规范性文件”“规章以下的规范性文件”“行政规范”“红头文件”等。在现有关于行政行为的理论研究及法律制度中，根据行政行为适用的对象、效力范围、适用的反复性，通常可分为具体行政行为和抽象行政行为，其中抽象行政行为又可分为行政立法行为和制定规范性文件的行为。具体行政行为及行政立法行为，无论是在法律制度的构建还是理论研究方面，都已形成了比较系统和成熟的体系。相比较而言，虽然行政规定作为行政行为的一种重要表现形式，但其理论与制度建设则显得薄弱得多，而这对于我国建设法治政府又恰恰是不容忽视的重要方面。因为无论是从规模数量上看，还是从与社会生活联系的广度和紧密程度上看，行政规定在各级政府和公民的日常工作生活中都发挥着重要作用。行政机关实施行政管理最直接的依据往往就是各类行政规定，涉及相对人权利和义务最直接的规则也大多是由行政机关制定的各类行政规定。因此，行政规定的质量如何，将影响着依法行政的水平和法治政府建设的进程。

2004年3月22日，国务院颁布的《全面推进依法行政实施纲要》明确提出建设法治政府的目标。根据该纲要规定，法治政府的重要标志之一是政府“制定行政法规、规章、规范性文件等制度建设符合宪法和法律规定的权限和程序，充分反映客观规律和最广大人民的根本利益，为社会主义物质文明、政治文明和精神文明协调发展提供制度保障”。之后，在党中央和国家层面上，对此项工作不断强化推进。《国务院关于加强市县政府依法行政的决定》（国发〔2008〕17号）以“建立健全规范性文件监督管理制度”为专项内容，对行政规定的制定权限、发布程序、备案、清理制度等作了明确具体、可操作性强的规定。《国务院关于加强法治政府建设的意见》（国发〔2010〕33号）规定，要加强对行政法规、规章和规

规范性文件的清理。对不符合经济社会发展要求,与上位法相抵触、不一致,或者相互之间不协调的行政法规、规章和规范性文件,要及时修改或者废止。建立规章和规范性文件定期清理制度,对规章一般每隔5年、对规范性文件一般每隔2年清理一次,清理结果要向社会公布。2013年11月12日党的第十八届中央委员会第三次全体会议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》关于“推进法治中国建设”的内容中再次提出,要完善规范性文件、重大决策合法性审查机制,健全法规、规章规范性文件备案审查制度。2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出,行政机关不得法外设定权力,没有法律法规依据不得作出减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的决定,并要求加强备案审查制度和能力建设,把所有规范性文件纳入备案审查范围,依法撤销和纠正违宪违法的规范性文件,禁止地方制发带有立法性质的文件。2015年12月中共中央和国务院印发的《法治政府建设实施纲要(2015—2020年)》再次将“加强规范性文件监督管理”作为完善依法行政制度体系的重要措施之一,对规范性文件的制定程序、合法性审查、“三统一”、设定内容、公布、备案审查等内容提出明确要求。2015年5月1日起实施新修订的《中华人民共和国行政诉讼法》确立了人民法院对规范性文件附带审查的制度,规定公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件不合法,在对行政行为提起诉讼时,可以一并请求对该规范性文件进行审查。从中可以看出,规范性文件的制度建设对于构建法治政府、建设社会主义法治国家有着重要的现实意义。

行政规定作为我国行政管理活动中的一项重要内容,如同一把双刃剑,既能有效地推动行政权的规范行使,实现行政目的,也有可能损害行政相对人的合法权益,背离权力为权利服务的宗旨。现实生活中已有诸多事例,暴露出了行政规定在制定、执行、监督和救济过程中存在诸多问题。人们从理论上和实践中也认识到对其予以规范的重要性,已有理论主张和一些地方行政机关正在探索制定行政规定的规则,力图从多个角度对行政规定进行规范控制。但对有关问题的认识往往止于表面,既缺乏针对性,也不够具体深入,系统性和可操作性不够强,尤其是未能充分结合我国国情和现有的法律制度展开讨论。正是基于这种学术研究与制度建设的迫切需求,笔者选择对其加以研究。本书试图在现有研究成果的基础上,对行政规定的法治逻辑与制度建设问题,做系统性的深入探讨,研究的主要意义在于:结合我国法治建设的实际,对行政规定的性质、适用范围及其地位、作用给予准确的认识和评价,进而解决在法治政府构建中如何保证行政规定的合法性,即判断和保障行政规定合法性的标准与机制是什么,以及如何对行政规定进行监督和救济,以充分实现权力有效行使和权利保障的统

一，进而丰富我国行政法治的理论和实践。

本着将行政规定置于动态过程中加以考察研究的设想，从行政规定存在的现状、制定权的合法来源、权力界限和范围、如何行使及如何进行司法监督救济等方面加以探讨。首先，论证行政规定的存在价值，即这种行政行为在我国法治建设与行政管理活动中定位究竟应是怎样的；其次，在承认其应有的价值地位的基础上，进一步围绕其法治逻辑的起点与落脚点——合法性展开探讨，在阐述合法性的内涵和要求后，总结出行政规定的法治逻辑结构包括形式合法、程序合法、实质合法三方面内容；再次，对这三个方面的理论内涵及具体制度设计分别展开探讨与论证，目的是在行政权的行使中，创立一套系统有效且便于实际操作的保证行政规定合法的理论与机制；最后，从权力制衡与权利救济的要求出发，着重对保障行政规定合法性的最有效制约途径——司法审查进行探讨，试图建构和完善切合我国法律制度实际的司法审查模式。本书力图通过论证，在理论上和实践中明确行政规定的法律概念，对其性质、价值和法律地位形成准确客观的认识，形成对行政规定合法性的具体价值评判标准和运作保障机制，丰富和完善行政法治的理论与实践；构建和完善我国对行政规定司法审查的具体制度内容，从而促进行政规定制度化建设水平的提升。

张浪

2019年5月10日

前言

第一章 行政规定的基础理论	1
第一节 行政规定概念的确立	1
第二节 行政规定的法律地位及其功能	17
第三节 行政规定的法律渊源属性	22
第四节 行政规定的法治逻辑	38
第二章 行政规定的形式合法性	48
第一节 行政规定制定权的合法来源	49
第二节 法律优先原则的遵从	62
第三章 行政规定的程序合法性	67
第一节 程序合法性原则和制度要求	67
第二节 程序制度的比较与启示	76
第三节 行政规定程序合法性的构建	87
第四章 行政规定的实质合法性	99
第一节 自由价值的尊重与保障	99
第二节 行政规定中法律保留原则的考量	111
第三节 紧急状态下的自由空间——行政规定中紧急权力的保障与控制	125
第五章 行政规定的司法审查	138
第一节 司法审查的效能、理念及其范围	138
第二节 两种审查模式的考察比较	146
第三节 构建和完善我国行政规定司法审查机制的思考	159

第一节 行政规定概念的确立

一、行政规定概念的理论诠释

(一) 相似概念的不同称谓

“在我国，行政规定是什么，这是个看似简短实则极为复杂的问题。”^①目前，无论是在理论界还是在实务上，行政规定尚未形成一个约定俗成、含义基本确定一致的概念，而且理论上对此概念的探讨并不多见。从现有的研究看，对行政规定内涵和外延的界定，可以归纳出以下几种观点。^②①在形式范围方面，将行政规定视为由行政机关制定的除行政法规、行政规章以外的其他规范性文件，亦即认为行政规定“包括除行政法规、行政规章以外的其他所有由行政机关（机构）制定和发布的规范性文件”^③。②在效力范围方面，行政规定定位在针对相对人发生效力的规范性文件。“行政规定专指特定的国家行政机关为执行宪法、法律、法规、规章和管理社会事务按照一定的程序针对不特定相对人而制定颁布的规范性文件。”^④③在实质内容方面，认为行政规定具有立法的性质^⑤，行政机关制定的行政

① 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，第33页。

② 袁明圣：《行政规定的若干问题》，《江西社会科学》2001年第10期，第87页。持相同观点的文章还有赵银翠：《论行政规定的特征及效力》，《政府法制》2004年第8期，第25页；李向平：《行政规定在行政诉讼中的地位和作用》，《人民司法》2001年第7期，第41页；张萍：《论行政规定的可诉性》，《中共宁波市委党校学报》2000年第3期，第31页；陈党、胡茜茜：《行政规定的司法审查与救济方式》，《理论导刊》2012年第10期，第90页。

③ 尤春媛、马晓敏：《论行政规定的司法审查》，《山西大学学报（哲学社会科学版）》2001年第3期，第78页。

④ 参见朱芒：《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，第46页。

规定有些是属于制定实质性法律规范的活动。④将其视为是一种执行性的行为，不具有立法性质。行政规定是行政机关的一种纯粹的执行行为，不带有任何立法的色彩，尽管是对相对人权利和义务的规定，但这种规定不是创设性的，而是属于解释性、执行性的规定。“行政规定是行政主体基于行政需要，为执行法律、行政法规、地方性法规和行政规章，依法定权限和法定程序制定发布的，将上位阶法所规定的行政相对人的权利义务及法律后果予以具体化、明确化的，能够在本行政管辖区域内反复适用的具有普遍约束力的规范性文件。”⑤根据其适用对象及内容可划分为内部行政规定与外部行政规定，即如果行政规定的内容仅涉及行政机关自身的组织构成、人员编制或行政机关工作人员的权利与义务和奖惩规定，则这部分规定属于内部规定。如果行政规定的内容涉及行政相对人的权利与义务和法律后果，适用于该行政机关管辖范围内的行政相对人，则这部分规定属于外部行政规定。

与本书探讨的行政规定概念相近的法学概念和法律概念，主要有“其他规范性文件”“行政规范性文件”“行政规范”“行政命令”等称谓。对于理论和实务中比较通行的“其他规范性文件”的概念有三种学理上的解释⑥：一是最广义的解释，指一切国家机关制定的除法律、法规、规章之外的具有普遍约束力的决定、命令和措施（是对立法以外的所有规范性文件的概括称呼，既包括不具备立法主体资格的地方权力机关制定的规范文件，也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）；二是广义的解释，指各级各类国家行政机关为实施法律和执行政策在法定权限内制定的除行政法规和规章以外的具有普遍约束力的决定、命令及行政措施等；三是狭义的解释，指不享有行政法规和行政规章制定权的国家行政机关为实施法律、法规和规章而制定的具有普遍约束力的决定、命令、行政措施等。

“行政规范性文件”的概念，较为通行的定义是：行政机关为了执行法律、法规和规章及实现行政目的制定发布的，除行政法规和规章之外的，具有普遍约束力的决定、命令和行政措施。⑦这与上述“其他规范性文件”概念中的广义解释概念是一致的。

“行政规范”的概念，是指行政机关及被授权组织为实施法律和执行政策，在法定权限内制定的除行政法规和规章以外的决定、命令等普遍性行为规则的总称。它的主要含义特征表现为：有权制定行政规范的主体只能是国家行政机关或被授权组织；必须依据一定的程序来制定，但相比较于立法程序，则比较简单、灵活，

① 黎枫：《行政规定概念之建构》，《云南大学学报（法学版）》2003年第1期，第20页。

② 参见湛中乐：《论行政法规、行政规章以外的其他规范性文件》，《中国法学》1992年第2期，第108页。

③ 马怀德主编：《行政法学》，中国政法大学出版社2009年版，第176页。类似的主张可参见姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第176页。

更注重效率；具体形式上，主要有《国家行政机关公文处理办法》规定的命令、决定、指示、公告（通告）、通知、通报、报告、请示、批复、函、会议纪要等；所规范的对象是不特定的公众及将来的法律事实。^①

还有关于“行政命令”的概念阐述，其将效力范围界定为外部行政规定，“行政命令是指各级行政机关的职权范围内对外发布的具有普遍效力和非立法性行政规范。它是对外抽象行政行为中排除行政立法的那一部分”^②。

除了上述的概念名称外，比较常见的还有“行政规则”“抽象行政行为”“红头文件”等称谓。理论称谓上的繁多杂乱必然导致实践中的困惑和不知所措。因此，明确行政规定的内涵、外延，将有助于我们进一步认识行政行为的具体性质及其种类，进而在理论上和实践中正确把握与运用，实现权力制约和权利保障的有效统一。

（二）行政规定概念的逐步确立

在新近的一些法学著作和教科书中，行政规定逐渐受到关注。章剑生认为，行政规定在当下行政法理论中，作为一个与行政法规、行政规章并列的概念，正逐渐为人们所接受，“行政规定是指行政机关制定和发布的，除行政法规和行政规章之外的，具有普遍约束力的规范性文件……在实务中，行政规定具有数量大、内容杂和涉及面广之特点，令研究者头痛不已”^③。关于行政规定的性质，章剑生主张行政规定的制定在有法律授权的条件下，即具有与法律规范相同的功能，其性质应界定为法的自然延伸，凡是与法律、法规和规章不抵触的，应当视为法的组成部分。

胡建淼教授在其所著的“高等教育法学精品教材”丛书《行政法学》一书中，以专门的第八章“行政规定与行政决定”^④阐述了行政规定的概念、性质、范围和种类等。行政机关在行使行政职权过程中，有两大职能，即制定普遍性规则和作出具体性决定，并据此将行政行为的构成范畴划分为行政规定与行政决定两大板块。行政规定是指各级人民政府及其工作部门依据法律、法规、规章或者上级行政机关的有关规定，基于其行政职权的范围，针对不特定的行政相对人作出的，并可反复适用的行政规则。行政规定是由行政主体所制定的具有普遍约束力的行政规则。他还认为，行政规定的制定主体不仅应当包括《中华人民共和国行政复议法》第七条规定的范围，即国务院工作部门的规定；县级以上地方各级人民政

① 应松年主编：《当代中国行政法》（上卷），中国方正出版社2005年版，第597—598页。

② 张建飞：《论行政命令》，《浙江学刊》1998年第3期，第92页。

③ 章剑生：《现代行政法基本理论》，法律出版社2008年版，第191页。

④ 参见胡建淼：《行政法学》，法律出版社2015年版，第203—222页。

府及其工作部门的规定；乡、镇人民政府的规定；还应包括国务院，即国务院制定的行政法规以外的规范性文件也应当包括在行政规定范畴内，即由行政机关制定的除行政法规和规章以外的规范性文件都属于行政规定。从中国的实际情况来看，行政规定主要有以下四种类型。①创设性行政规定。在法律、法规和规章未作规定的条件下，该规定率先确立有关权利与义务或行为标准。由于行政规定不是法律规范，因而这种创设性需受严格限制：一是以法律、法规和规章的授权为前提；二是内容一般限于受益性的行政行为，而不是负担性的行政行为。②执行性行政规定。为了执行和落实国家法律、法规和规章而制定的规定，其内容大多是将国家法规变换成行政规定，以便有效实施。③指导性行政规定。它仅是行政机关对相对人行为的一种指导，不具有强制性。④解释性行政规定。行政机关为实施法律、法规和规章，以及有关的行政规定而对它们所作的解释。

以上类别仅是对行政规定在理论上的划分，“在实际中，许多行政规定都不是纯种类性的，即不可能有一个行政规定其全文都是创设性条款或解释性条款”^①。事实正是如此，行政规定的内容在类别上存在着交叉融合，其数量大、内容杂和涉及面广的特点，在令研究者头痛不已的同时，也反映出对其进行研究与规范的必要性和迫切性。

二、行政规定的概念及特征

（一）行政规定的概念

本书认为行政规定是指行政主体为行使行政管理职能，针对不特定对象制定的能够反复适用的、具有普遍约束力的规范性文件。其范围是指行政主体制定的除行政法规、规章以外的规范性文件，含义具体包括以下几方面内容。

一是制定的主体是行政主体。所谓行政主体，是指享有国家行政权，能以自己的名义行使行政权，并能独立地承担因此而产生的相应法律责任的组织。国家行政机关是最主要的行政主体，一定的行政机构和其他社会组织，依照法定授权，也可以成为行政主体。^②行政规定的制定主体可分为两类：一类是拥有行政立法权的行政机关以行政立法形式以外方式制定的行政规定。有行政立法权的行政机关并未按照行政立法的形式制定规范性文件，即没有按照《中华人民共和国立法法》《行政法规制定程序条例》《规章制定程序条例》的要求，这种规范性文件，我们称为行政规定，而不称为行政法规和规章。另一类是根本没有行政立法权的行政

① 胡建森：《行政法学》，法律出版社2015年版，第207页。

② 参见罗豪才主编：《行政法学》，北京大学出版社2001年版，第34页。一般而言，行政主体是行政机关的上位概念，为了表述简便，如无特别说明，本书将行政机关和行政主体作为同一层面含义上可互换的概念使用。

机关制定的行政规定。尤其是《中华人民共和国立法法》在2015年3月15日经第十二届全国人民代表大会第三次会议修正前,没有行政立法权的行政主体很多,除了较大的市外,我国的县、乡人民政府,县级以上、省级以下的市政府以及行政主管机关都没有行政立法权,而它们日常的行政管理活动在很多情况下是依据行政规定来进行的。

二是为行使行政管理职能。行政规定的制定和实施必须是基于行政的目的,是行政主体对国家与公共事务的决策、组织、管理和调控,亦即为实现国家的目的,运用自身固有权或法律法规规章的授权,通过制定行政规定的方式执行国家法律和权力(立法)机关意志的活动。它是为实现国家目的,对国家事务与公共事务进行的特殊管理活动。

三是范围涵盖内部规定与外部规定。作为一种抽象行政行为,与行政法规、规章共同构成抽象行政行为的全部内容和表现形式。在现有法律规定的范围上,主要是指《中华人民共和国行政复议法》第七条列举的范围:“国务院部门的规定;县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定;乡、镇人民政府的规定。”《中华人民共和国行政诉讼法》第五十三条列举的范围,即指国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件。《中华人民共和国行政复议法》《中华人民共和国行政诉讼法》两部法律规定的行政规定种类和形式是完全一致的,这也满足了行政复议与行政诉讼在机制衔接上的需求。对行政规定的效力范围,可做出内部行政规定与外部行政规定的分类。内部行政规定是行政主体对隶属于自身的组织、人员和财物的管理,只针对内部作出,不适用于外部,对社会相对人不发生法律效力;外部行政规定是行政主体对社会行政事务的管理,发生在行政主体与相对人之间。根据我国行政诉讼制度的设计,内部行政行为不具有可诉性,外部行政行为可以诉。而就法律所设定的行政规定的效力范围而言,行政规定的范围既包括内部行政规定,也包括外部行政规定,只不过外部行政规定因其直接针对相对人发挥作用,而更应成为研究关注的重点。

(二) 行政规定的特征分析

(1) 制定主体的广泛性

行政规定不像行政法规、行政规章那样有着严格的主体资格限制,任何行政机关均可在其职权范围内根据其履行行政职能的需要加以制定,以致形成了上至国务院,下至乡、镇人民政府及各级人民政府的职能部门均可成为行政规定的制定主体。

(2) 程序的相对灵活性

行政法规和行政规章的制定有比较严格与规范的程序规定,它们的制定必须依据《中华人民共和国立法法》《行政法规制定程序条例》《规章制定程序条例》

规定的一系列程序和形式要求，而行政规定的制定则无统一的法律法规加以系统规范。早期则散见于个别法规和国务院文件中有概括性或原则性规定，如国务院颁布的《规章制定程序条例》和国务院办公厅公布的《国家行政机关公文处理办法》。《规章制定程序条例》（2002年1月1日起施行）第三十六条规定，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。该条规定中的“具有普遍约束力的决定、命令”正是指行政规定。《国家行政机关公文处理办法》^①对行政公文的制作程序作了粗略的规定，行政规定的制定也同样适用此程序。随着《全面推进依法行政实施纲要》和《国务院关于加强市县依法行政的决定》（国发〔2008〕17号）的公布实施，对行政规定程序规制要求趋向严格。《国务院关于加强市县依法行政的决定》第四部分“建立健全规范性文件监督管理制度”中，明确提出三项制度的建设内容：①严格规范性文件制定权限和发布程序；②完善规范性文件备案制度；③建立规范性文件定期清理制度。其后的《国务院关于加强法治政府建设的意见》（国发〔2010〕33号）在“加强和改进制度建设”内容中，对行政规定的清理、制定程序和备案审查又作出了进一步的规定及要求。《法治政府建设实施纲要（2015—2020年）》在“加强规范性文件监督管理”内容中要求完善规范性文件制定程序，落实合法性审查、集体讨论决定等制度，实行制定机关对规范性文件统一登记、统一编号、统一印发制度。涉及公民、法人和其他组织权利义务规范性文件，应当按照法定要求和程序予以公布，未经公布的不得作为行政管理依据。由此可见，虽然行政规定的制定程序相较于立法程序有一定的简便和灵活性，但应遵循应有的程序，以强化其合法性已成为必然。

（3）形式的多样性

在名称形式上，行政法规和行政规章一般以条例、规定、办法、实施细则与规则等为名，而行政规定的名称则显得比较混乱。依据2001年1月1日起实施的《国家行政机关公文处理办法》可推定有如下几种：①命令（或令）；②决定；③公告；④通告；⑤通知；⑥通报；⑦批复；⑧意见；⑨函；⑩会议纪要。2012年7月1日起施行的《党政机关公文处理工作条例》第8条列举了15种主要公文种类：①决议；②决定；③命令（令）；④公报；⑤公告；⑥通告；⑦意见；⑧通知；⑨通报；⑩报告；⑪请示；⑫批复；⑬议案；⑭函；⑮纪要。依据部分省（自治区、直辖市）、市已出台的关于行政规定制定程序的规定，所使用的名称一般有：规定、办法、细则、命令、决定、意见、通告、通知、布告等。在行文格式上，行政规定不像行政法规与行政规章一样有比较完整的章、

^①《国家行政机关公文处理办法》（国发〔2000〕23号）自2001年1月1日起施行，后被2012年7月1日起施行的《党政机关公文处理工作条例》（中办发〔2012〕14号）所替代废止。

节、条、款、项和总则、分则、附则等结构，相当一部分行政规定是和行政机关的一般性公文类同的，使用包括发文机关标识、发文字号、标题、正文、附注等部分的行文结构。

（4）行为对象的不特定性

行政规定针对的是不特定的人或事，该文件适用于发文机关职权范围和管辖区域内所有符合相应条件的某一类人或某一类事，并可反复适用。与具体行政行为^①不同，行政规定针对的不是已经发生的行为或事件，而是针对当时或今后可能发生的行为或事件。行政规定的这一特征与法律、行政法规和行政规章相同，也是其区别于具体行政行为的关键所在。

（5）内容的特定性

行政规定往往是根据行政管理的实际需要针对某类人或事制定的，或者为执行法律、法规、规章或上级行政规定而结合本地或本部门的实际情况制定，再或者是在行政法规、规章或上级行政规定授权的前提下补充制定，具有暂时性、过渡性和从属性的特点，因而所规定的内容特定有限。

（6）效力的层级性

行政规定就其效力而言，体现为时间、空间及对人的效力；它与具体行政行为比较，表现为能否被准用的效力；它与法律、法规、规章和其他规范性文件比较，其效力则表现为层次的高低。行政规定与各自制定主体相对应，呈现出上下分明的多层级性。在抽象行政行为中，行政法规的法律效力最高，其次是行政规章。行政规定也具有法律效力，也可以作为具体行政行为的依据，但其层级最低，不能与法律、法规和规章相抵触。行政规定也存在着层级效力，并且这种效力层级关系是与行政机关之间的行政隶属关系相一致的，即下级的行政规定不能与上级的行政规定相抵触。

（三）行政规定与抽象行政行为、行政立法的关系

抽象行政行为是基于以行为的对象是否特定为标准对行政行为进行分类而形成的一个基本概念。它是指行政主体以不特定的人或事为管理对象，制定具有普遍约束力的规范性文件的行为。其核心特征就在于行为对象的不特定性或普遍性，即行为对象具有抽象性，属于不确定的某一类人或某一类事项并具有反复适用的

① 具体行政行为与抽象行政行为的分类方式是行政行为的重要分类之一，具体行政行为曾是修订前《行政诉讼法》中的重要术语。何谓具体行政行为，有关司法解释也曾作出过定义，根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》（法〔1991〕19号）第一条的规定，“具体行政行为”是指国家行政机关和行政机关工作人员、法律法规授权的组织、行政机关委托的组织或者个人在行政管理活动中行使行政职权，针对特定的公民、法人或者其他组织，就特定的具体事项，作出的有关该公民、法人或者其他组织权利义务的单方行为。随着2015年5月1日起施行的修订后《中华人民共和国行政诉讼法》取消了“具体行政行为”这一法律术语，取而代之以“行政行为”的称谓，“具体行政行为”的概念价值则更多存在于理论运用上。

效力。抽象行政行为可分为行政立法行为和制定行政规定的行为，亦即在抽象行政行为中，行政规定是抽象行政行为的下位概念，它是和行政立法相并列的一种行为，与行政立法共同构成抽象行政行为的全部内容和表现形式。

行政立法是行政主体根据法定权限并按法定程序制定和发布行政法规与行政规章的活动。行政立法的最终结果，表现为适用于不特定行政相对人的普遍性规则，即作为法的渊源的行政法规和规章。行政主体非制定行政法规和规章的活动，即制定行政规定的活动，不是行政立法。在我国，行政立法仅指制定行政法规和行政规章的行为，除此以外的制定普遍约束力的规则的行为，都属于制定行政规定的行为。关于行政立法行为，按其效力等级可以分为制定行政法规的行为和制定行政规章的行为；从制定的机关则可以分为国务院制定、发布行政法规，国务院各部委和直属机构制定、发布部门规章，省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民政府制定、发布地方政府规章。

行政立法与行政规定的区别主要包括以下几个方面。首先，制定的主体不同。行政立法的主体只能是国务院、国务院的组成部门和具有对外行政管理职能的国务院直属机构，以及省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民政府。而行政规定的制定主体除了具有行政立法权限的行政立法机关外，还包括不享有行政立法权限的行政机关。其次，二者的地位不同。行政立法属于行政法渊源，而行政规定目前在我国通说认为其不是行政法的渊源，“主流观点也一直把它们排斥在法律渊源之外，但它们在实际生活中的作用是毋庸置疑的”^①。关于行政规定的法律渊源属性本书后续内容再作进一步讨论。最后，行政立法有明确的法定程序和形式要求，而行政规定尚无统一规范的法定程序要求。行政立法必须依据《中华人民共和国立法法》《行政法规制定程序条例》《规章制定程序条例》等规定的一系列程序和形式要求，程序和形式规范明确严格。行政规定的制定与发布程序，尚无统一的法律法规加以规范，随着对其制度建设的日益重视，各地各部门多以地方立法（主要是政府规章或部门规章）或出台规范性文件（亦即行政规定）的形式予以规范。相比较而言，行政规定制定程序的法律规范效力层级较低，程序相对简便灵活。

（四）确立“行政规定”概念的意义

首先，“规范性文件”称谓的不合理。从语法结构上分析，该称谓是为偏正的复合结构短语，“文件”是中心词，“规范性”是修饰定语。依据《汉语大词典》的解释，文件指公文、信件等，有关政治理论、时事政策、学术研究方面的文章。公文，指处理或联系公务的文件。规范，是指：①典范；②规模、规格；③为使

^① 应松年主编：《当代中国行政法》（上卷），中国方正出版社 2005 年版，第 46 页。

合乎模式；④约定俗成或明文规定的标准。^①公务，通常是指关于国家或集体的事务。公务的范围都直接或者间接地表现为对国家和社会公共事务的管理。依此，规范性文件的含义可解释为：具有明确标准的公文。因此，从语义上理解，规范性文件的内涵丰富，涉及范围广。因为公务的内容显然不仅包括行政事务，而且涉及国家的政治行为及公权力行使的其他领域，如军事、外交、立法、司法、政党活动等方面。这样对规范性文件的理解不应仅限于行政行为领域，因为无法准确地反映出其行政行为的性质，也不够周延严密。

其次，有利于概念统一，消除称谓混乱的现状。“其他规范性文件是个大杂烩，其称呼也极其混乱。”^②这形象地揭示出针对特定类型的抽象行政行为，尽管在对象及范围的界定上基本一致，但使用名称却繁多杂乱的理论研究和行政法实践的现状。与行政规定概念相同或相近的其他称谓，如“行政措施、决定和命令”“规范性文件”“其他规范性文件”“行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令”“规定”等，在多部法律中已有规定。就正式法律文本规定而言，主要有以下几种称谓。

1) 称为“行政措施、决定和命令”。《中华人民共和国宪法》第八十九条规定，国务院根据宪法和法律，有权规定行政措施，发布决定和命令；第九十条规定，国务院各部委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；这表明《中华人民共和国宪法》授予国务院及其部委规定行政措施，发布决定、命令、指示的权力。《中华人民共和国宪法》第一百零七条规定，县级以上地方各级人民政府可以发布决定和命令；《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》第五十九条第一款规定，县级以上的地方各级人民政府行使下列职权：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；第六十一条第一款规定，乡、民族乡、镇的人民政府行使下列职权：执行本级人民代表大会的决议和本级国家行政机关的决定和命令，发布决定和命令。因此，《中华人民共和国宪法》《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》授予了县级以上地方各级人民政府规定行政措施、发布命令和决定的权力，授予乡、民族乡、镇的人民政府发布决定和命令的权力。

2) 称为“规范性文件”。根据《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》第五章“规范性文件的备案审查”的规定，规范性文件的范围包括：

① 汉语大词典编辑委员会、汉语大词典编纂处编纂：《汉语大词典》（第六卷），汉语大词典出版社1990年版，第1517页；汉语大词典编辑委员会、汉语大词典编纂处编纂：《汉语大词典》（第二卷），汉语大词典出版社1988年版，第58页；汉语大词典编辑委员会、汉语大词典编纂处编纂：《汉语大词典》（第十卷），汉语大词典出版社1992年版，第329页。

② 应松年主编：《当代中国行政法》（上卷），中国方正出版社2005年版，第46页。