

郭庆珠 ◎ 著

行政规范性文件 制定正当性研究

本书所称的行政规范性文件是指行政主体制定的除行政立法以外的抽象行政规则，此类文件可反复适用，具有普遍的约束力。在行政国家的时代背景下，行政规范性文件在行政执法实践中发挥着重要的作用。

中国检察出版社

天津师范大学法学院学术著作出版基金资助出版

行政规范性文件 制定正当性研究

郭庆珠 ◎ 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政规范性文件制定正当性研究 / 郭庆珠著. —北京: 中国检察出版社, 2011. 4

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0462 - 3

I. ①行… II. ①郭… III. ①国家行政机关—文件—制定—研究—中国 IV. ①D630.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 049553 号

行政规范性文件制定正当性研究

郭庆珠 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电 话: (010)68639243(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 9.125 印张 插页 4

字 数: 254 千字

版 次: 2011 年 6 月第一版 2011 年 6 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0462 - 3

定 价: 28.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

目 录

引 言	1
-----------	---

第一章 行政规范性文件制定权及制定主体/6

- 一、行政规范性文件概述/6
 - (一) 行政规范性文件的概念/6
 - (二) 行政规范性文件的确认/12
- 二、行政规范性文件制定权的概念/18
- 三、行政规范性文件制定权力来源及制定根据/20
 - (一) 职权与制定根据/20
 - (二) 授权、再授权及有关法律问题/22
- 四、行政规范性文件制定主体及其立法规制/27

第二章 行政规范性文件正当性及制定机关的保障义务/34

- 一、行政规范性文件大量出现的正当性基础/34
- 二、行政规范性文件正当性的意涵/39
- 三、研究行政规范性文件正当性的意义/47
- 四、制定机关保障行政规范性文件正当性的注意义务/49

第三章 行政规范性文件制定的基本原则与价值取向/61

一、行政规范性文件制定的基本原则/61

- (一) 公开与民主参与原则/61
- (二) 依法制定、越权无效原则/67
- (三) 权力的行使协调、统一原则/68
- (四) 权力运行合理性原则/70
- (五) 应急性原则/71

二、行政规范性文件制定的价值取向/73

- (一) 制定行政规范性文件应体现的价值/74
- (二) 行政规范性文件制定权行使的价值取向之选择/77

第四章 行政规范性文件制定权的配置与失范/80

一、行政规范性文件制定权配置的焦点问题/80

二、不同种类行政规范性文件制定权的配置分析/81

- (一) 设定新权利义务的行政规范性文件制定权配置的法律标准/84
- (二) 解释性行政规范性文件制定权配置的法律标准/94

三、行政规范性文件制定权行使的失范/101

- (一) 失范的概念和原因分析/101
- (二) 失范的表现/102
- (三) 失范的法律后果/106

第五章 行政规范性文件的制定程序与公民参与/108

一、行政规范性文件制定程序的基本理论/109

- (一) 程序对行政规范性文件制定的作用/109
- (二) 行政规范性文件制定正当程序的制度要素/115

二、行政规范性文件制定程序与公民参与的规范化建构/126

- (一) 现有行政规范性文件制定程序的实证考察与检讨/126
- (二) 公民参与在行政规范性文件制定中的作用/133
- (三) 行政规范性文件制定的一般程序与公民参与的保

障/135

(四) 行政规范性文件制定中公民参与的免除/157

第六章 行政规范性文件制定不作为及其法律规制/159

一、背景事件与问题的提出/159

(一) 背景事件一/159

(二) 背景事件二/161

(三) 背景事件三/163

二、行政不作为承担法律责任的理论基础/165

(一) 行政不作为承担法律责任的宪政基础/166

(二) 行政不作为承担法律责任的行政法治基础/169

三、行政规范性文件制定不作为的构成/183

(一) 立法不作为与行政立法不作为理论之借鉴/184

(二) 行政规范性文件制定不作为及制定裁量/196

四、行政规范性文件制定不作为的救济与国家赔偿/206

(一) 行政规范性文件制定请求权/207

(二) 行政规范性文件制定不作为的司法救济/216

(三) 是否要进行国家赔偿/221

第七章 行政规范性文件规范冲突及其避免/224

一、行政规范性文件规范冲突的构成/224

二、规范冲突中排除行政规范性文件适用的不利法律后果/226

三、行政规范性文件规范冲突的避免/231

第八章 行政规范性文件的备案、评估、清理及其他事后监督/233

一、行政规范性文件的备案/233

(一) 备案登记与备案审查/233

(二) 行政规范性文件备案的程序/235

二、行政规范性文件的评估/240

三、行政规范性文件的清理/242

四、行政规范性文件的其他事后监督/245

（一）权力机关的监督/245

（二）行政机关的监督/247

（三）司法机关的监督/248

附 录/251

天津市行政规范性文件管理规定/251

国土资源管理规范性文件合法性审查办法/263

吉林省人民政府关于规章和其他规范性文件确认和公布的若干规定/267

“行政程序法专家试拟稿”之“行政规范性文件”/269

主要参考文献/274

后 记/285

引言

在进入正文之前，首先引用一段话以期对本书所探讨的问题有观念上的初步认同——“在过去的 20 年里，行政法最重要的发展之一是行政机关日益依赖于规则制定——将其作为制定政策的一种手段……规则制定程序较之个案的裁断要更为有效，因为前者可以解决在单一活动中的大量问题。一条明确的普遍规则能够在受到影响的公司或个人中间产生迅速和统一的遵守行为；而经裁断的先例的范围却难以界定，因为先例的适用在一定程度上通常取决于特定案件的事实。同时，规则制定可为个人提供重要保障……在未来的岁月里，规则制定过程完全有可能是行政法最有生气的领域之一。”^①从目前来看，这种“最有生气的领域”已经不再仅是“未来”，而是已经成为“现实”。“规则制定过程”之所以成为最有“生气”的领域，当然有其特定的背景和成因，对此文中会有阐述。但是，对于“生气”本身却是应该充分关注的，这种行政领域的“生气”很可能带来公民权利的“滑

①[美] 欧内斯特·盖尔霍恩、罗纳德·M. 利文：《行政法和行政程序概要》，黄列译，中国社会科学出版社 1996 年版，第 188—190 页。

铁卢”，因为规则制定和规则执行都掌握在行政机关手里是一个可怕的事情，而且更可怕的是行政规范性文件的制定过程相较于立法和行政立法过程而言要宽松得多，如何从制度上保障行政规范性文件制定的正当性是一个远未充分解决的课题。从目前的情况来观察，这种“生气”的出现是必然的，也是必要的，扼杀它是徒劳的，因而对它进行有效的法律规制是必须的。

近年来，行政规范性文件在社会关系调整中发挥着广泛的作用，国内外对此已有共识。如在日本，人们甚至认为“依通知行政”已经成为现代行政法的一个重要特征。“行政法上的法律关系，由各种各样的法源所规范，其中法律占据最为重要的地位。也正是因为这样，我们说近代行政的特征在于‘依法行政’。但是，在现实的行政法律关系中，上级行政机关对其所辖下级行政机关发布的通知却发挥着极为重要的作用，无论对于国民生活还是对于行政官员来说，通知都比法律具有更为重要的意义。可以说，现代行政已经不是‘依法行政’，而是‘依通知行政’。”^①在我国，行政规范性文件由于其层级的多样性、对象的非特定性和普遍性、效力的可重复性、涉及范围的广泛性，使其在行政执法过程中产生着广泛而重要的影响。

行政规范性文件制定权是各级行政机关拥有而又经常行使的一项重要的权力。任何行政权力都有自我膨胀的趋向，加之文件制定权可以给行政机关带来高效率、低成本等成效，因而其“触角”伸向了社会关系领域的各个层面，对行政相对人日益产生重要的影响。不像行政法规、规章制定权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或依据授权制定行政规范性文件。当公民在和行政机关打交道的过程中，一定意义上说人们是在和各个“红头文件”打交道，因为根据低位阶行政规范优先适用的规则，行政机关总是倾向于优先寻找各种可以适用的文件而不是优先寻找法律条文，所以人们总能发现一个很

①杨建顺：《日本行政法通论》，中国法制出版社1998年版，第158页。

有趣的现象，就是行政机关的公务员往往对各种文件非常熟悉，而对“法”却相对感到陌生，这也许是对“依通知行政”的一个很有意思的注脚。还有一个有趣的现象，在实践中，行政规范性文件对于执法的约束性往往会比法律的约束性还要“强”，比如即使文件与上位法相冲突，行政执法机关及执法人员可能最终仍会倾向选择适用文件的规定，即使这样做可能是明显违法的。但是，从法社会学的角度去思考，可以很容易地解释这一现象，因为执法机关及执法人员和文件制定机关往往有着更直接的利益关系。实践中基本存在两种情况：一是执法机关就是文件的制定机关；二是执法机关是文件制定机关的下级机关，基于自己利益的考量，执法机关及执法人员一般不会拒绝执行文件的内容。行政规范性文件的作用是值得深思的，“依通知行政”在我国法治不成熟的特殊背景下可能生命力会更加强盛，也可能带来诸多的问题。现实中的事例往往具有一定的悲情色彩，因其悲情，也就更值得思考。如著名的“王凯锋事件”，王凯锋任长乐市（福建省福州市下辖的县级市）财政局局长期间，于1995年10月至1997年9月，通过局长办公会研究决定授权市财政局信用服务部先后与27家企业签订财政周转金借款合同，并由企业所在地的乡镇财政所提供担保（财政所由财政局领导，实际是财政局的派出机构）。这27家企业倒闭后，财政周转金尚有745.8万余元未能收回。2001年11月，长乐市人民法院一审以玩忽职守罪判处局长王凯锋有期徒刑5年6个月。法院认为，担保法规定：“国家机关不得作为担保人”；王凯锋身为财政局局长，应当对财政周转金的发放、回收等工作负领导责任。而王凯锋则大喊冤枉，认为自己不存在玩忽职守的问题，因为他是严格按照福州市有关文件精神办事的，福州市政府在2000年6月曾专门以《关于研究协调第三批产业扶持资金安排有关问题》的专题会议纪要形式，要求有关财政机关坚决落实资金扶持的内容。^①那么，谁更应该为王凯锋的悲剧“埋单”？这是一个需要认真解析的法治命题。

^①参见《政策和法律打架责任谁来承担？》，载《法制日报》2002年1月12日。

正如孟德斯鸠所言：“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直遇到有界限的地方才休止……从事物的性质来说，要防止滥用权力，就必须以权力约束权力”。^① 由于权力本身有被滥用的可能性和我国目前监督机制的相对缺失，行政规范性文件制定权在运行过程中，有种种失范现象的发生。和行政立法权在法律规制上的模式化、规范化相比较，对文件制定权的法律规制较少，与这种权力的广泛行使形成明显的反差。如行政法规和规章的制定分别受《行政法规制定程序条例》和《规章制定程序条例》的约束，遵循比较严格和规范的程序规定，而行政规范性文件的制定程序则无全国统一的立法来进行规范。如何科学地认识这一权力的本质属性，并进一步确立其行使的基本原则和价值取向，将其纳入法治化的轨道，进行合理的规制？这不仅是我国依法治国、依法行政的必然要求，也是现代国家保护公民权利和宪政运行的应有之义。

行政规范性文件虽然不是“立法”，但是在中国目前的现实环境下，却在很大程度上起着立法的作用。因为它和“法”（包括法律、行政法规和规章）一样都是以抽象规则的形态存在，并为人们提供行为模式，使人们的行为具有某种预测性。单纯地从这一点来讲，很难把行政规范性文件和“法”区分开来，如此一来，必然会带来更深层次的问题。“完全可以说，‘行政国’时代的法治，与其说是‘法律的统治’，还不如说是‘规章的统治’。假如行政机关制定的规则成为行政活动的主要‘法律依据’，那么‘依法行政’的本质要求，就不能再仅满足于行政行为与作为‘法’的行政规章之间的一致。因为在这种情况下，行政规则本身的合法性，就是一个需要检验的问题……而规则制定的正当性问题，其实是人类公共生

①[法] 孟德斯鸠：《论法的精神》（上），张雁深译，商务印书馆1982年版，第154页。

活中一个久远的、永恒的问题。”^①从正当性上进行考量，如何理解前文学者所述的命题——“现代行政已经不是‘依法行政’，而是‘依通知行政’”——并不是很简单的事情。不可否认，这首先是一个事实判断，即行政规范性文件正成为行政执法的主要依据之一。然而，亦应看到，这不仅仅是一个事实判断，更是一个价值判断。实际上表明了现代社会对于这种现象在价值上的“认可”，这种价值认可可能颇具无奈的成分在里面。为什么说无奈呢？因为在现代民主法治国家，相对于“法”的终极正当性，人们难免会在心里怀疑行政规范性文件的价值正当性，或者在从理论上试图找到一个圆满的可能说服所有人的答案，但是这种答案可能总是无法有效地圆满，于是，人们不得不通过规制文件的制定去增强其正当性。

^①王锡锌：《公众参与和行政过程——一个理念和制度分析的框架》，中国民主法制出版社2007年版，第167页。

第一章 行政规范性文件制定权及制定主体

一、行政规范性文件概述

（一）行政规范性文件的概念

何为行政规范性文件？理论界在使用“行政规范性文件”这一概念时有广义和狭义之分。广义的行政规范性文件，是指行政机关依法制定的具有普遍约束力的规范性文件，包括行政法规、规章和行政法规、规章以外的普遍、抽象性行政规则。^①狭义的行政规范性文件，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之外的决定、命令等普遍性行为规则的总称，俗称“红头文件”。^②本书是在第二种意义上使用这一概念的。

①陈高英：《试析行政规范性文件的有关法律问题》，载《行政论坛》2001年第5期。

②叶必丰：《行政法与行政诉讼法》，武汉大学出版社2008年版，第104页。有的学者在这一意义上使用这一概念时虽然表述不同，但内涵基本一致。如有学者认为行政规范性文件是指国家行政机关为执行法律、法规和规章，对社会实施管理，依法定权限和法定程序发布的规范公民、法人和其他组织行为的具有普遍约束力的政令；行政规范性文件是一种特殊政令，而不是行政立法。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1999年版，第171—172页。

目前理论界和实务界概括此类文件——行政法规、规章以外的普遍、抽象性行政规则的名称是多种多样的,“行政立法以外的普遍性规则在我国尚未形成一个为理论和实务所普遍接受的名称,仍旧处于一种非模式化或非形式化的混沌状态。”^①为便于准确界定行政规范性文件内涵,有必要对有关的名称进行梳理,以适应行政实践和学术研究模式化和规范化的需要,也便于在分析该问题时借鉴现有研究的理论成果。实践中,概括此类文件的名称主要有以下几种:

1. 行政措施

在行政法学意义上,行政措施的含义和定位曾发生过很大变化。在我国早期的行政法学著作中,曾把行政措施视为具体行政行为,认为“行政措施是指行政机关在执行行政管理活动时,对于具体事件所作的单方面的处理,是具体的行政行为。”^②后来,有学者把它归入抽象行政行为之中,用其指称行政机关发布的可反复适用的普遍规则。如有学者认为,行政措施是“县级以上国家行政机关为执行本级人民代表大会及其常务委员会的决议或上级行政机关的决议或命令而规定的各种办法和手段。”^③还有人认为行政措施属于具体行政行为还是抽象行政行为的问题作过折中的归纳,认为行政措施有广义和狭义之分,广义包括了规范性文件和为解决各种具体问题而作出的处理决定,而狭义则仅指行政机关为贯彻、执行法律行政法规而制定的解决某类实际问题的规范性文件。^④即认为从广义上理解,部分行政措施属于具体行政行为,部分行政措施属于抽象行政行为;若从狭义上理解,其属于抽象行政行为。为了更好地和具体行政行为区别开来,有的学者特别提出了“普遍性行政措施”的概念,是指“不享有行政立法权的国家机关,根据国家法律

①叶必丰、周佑勇:《行政规范研究》,法律出版社2002年版,第30页。

②王珉灿主编:《行政法概要》,法律出版社1983年版,第112页。

③张焕光、胡建森:《行政法学原理》,中国劳动人事出版社1989年版,第249页。

④张焕光主编:《行政法知识手册》,中国劳动人事出版社1990年版,第261页。

法规以及行政规章的规定或依据自身的法定职权，为了行政目的，结合本地区本部门的实际情况，对不特定的事项作出一般规定的行为。”^① 从我国行政法学早期的观点来看，人们逐渐倾向把行政措施归入抽象行政行为之列。目前，行政法学上基本把行政措施归入抽象行政行为中，具体讲是归入规章以下的其他规范性文件之内。“根据宪法和组织法的有关规定，凡是具有普遍约束力的决定、命令、指示和行政措施都是其他行政规范性文件的表现形式。”^② 在我国宪法（第 89 条）和地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法（第 59 条）中虽然规定了国务院和县级以上的地方各级人民政府有权规定行政措施，但是，对于何为“行政措施”，立法没有具体的解释。然而，从表述上来看，现有立法中往往把行政措施和行政决定、命令等相并列。笔者认为，从语言逻辑分析，立法者显然无意用行政措施来指称所有的行政规范性文件。行政措施应该被认为是行政机关发布的行政规范性文件的一种。现在用行政措施来概称全部行政规范性文件的并不多见。

2. 行政规定

行政规定的术语最早出现在 1999 年的《行政复议法》中。该法第 7 条和第 26 条开创性地建立起了对行政机关所制定之“规定”进行审查的制度。在上述条款中，立法者用“行政规定”概括了行政立法以外的抽象行政行为。有人解释认为，行政规定是指除行政法规和规章外，由行政机关和法律法规授权的组织制定的，涉及公民、法人或者其他组织权利义务，在一定时期内反复适用，具有普遍约束力的行政公文，表现为各种决定、决议、命令、公告、通告、通知等，即“行政规定”是除行政法规和规章之外的行政文

① 罗豪才主编：《行政审判问题研究》，北京大学出版社 1990 年版，第 270 页。

② 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 2005 年版，第 212 页。

件。^① 行政规定有别于行政法规、规章。行政法规和规章是法，而行政规定是除行政法规和规章之外的行政文件。^② 行政规定这个概念虽然出现在立法中，但在理论研究中的应用并不广泛。

3. 行政规范

有的学者主张用这个概念，认为“行政”一词将其限定于行政法领域中，揭示出其“行政性”；“规范”二字则一方面说明其具有“规范性”，另一方面又表明其“规范性”的程度还不如行政法规和行政规章，还达不到法律规范的程度。因此，使用“行政规范”这一名称是比较恰当的。^③ 现在只有少数学者在使用这一概念。笔者认为，从理论和人们的认识来讲，一般把“规范”看作是组成法和规范性文件的基本细胞，二者的关系是“系统中的个别因素与系统整体的关系”。^④ 用最基本的组成部分来指称该类文件容易在人们的理解中造成混乱。

4. 规范性文件

有的人直接用规范性文件来概括这类抽象行政行为，如“规范性文件是指行政主体为了执行法律、法规和规章及实现行政目的所作的，除行政法规和规章以外的，规范行政主体和不特定相对人双方权利义务的行为。”^⑤ 然而，从一般意义上来理解，规范性文件不仅包括行政法规、规章以下的行政规范性文件，还包括行政法规、规章和法律。用这个概念来概括行政法规、规章以下的普遍、抽象行政规则容易产生歧义，因此这种用法并不多见。

5. 一般规范性文件

① 乔晓阳主编：《中华人民共和国行政复议法条文释义及实用指南》，中国民主法制出版社 1999 年版，第 60 页；姜明安、余凌云主编：《行政法》，科学出版社 2010 年版，第 148 页。

② 朱芒：《论行政规定的性质——从行政规范体系角度的定位》，载《中国法学》2003 年第 1 期；黎枫：《行政规定概念之建构》，载《云南大学学报》（法学版）2003 年第 1 期。

③ 叶必丰、周佑勇：《行政规范研究》，法律出版社 2002 年版，第 33 页。

④ 孙国华、朱景文主编：《法理学》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 278 页。

⑤ 马怀德主编：《行政法与行政诉讼法》，中国法制出版社 2000 年版，第 208 页。

为了与行政机关制定的行政法规、规章相区别，有人提出了这一概念。“一般规范性文件是指规章以下的、由各级人民政府及其工作部门依法定程序制定并发布的规定、条例、决定、命令等。”^①还有的人认为：“一般行政规范性文件是指：行政主体主要是各级行政机关为执行法律、法规和规章，实现行政管理目的而制定的，对相对人利益产生影响的，可以反复适用具有普遍约束力的文件（不包括行政法规、行政规章、地方政府规章）。”^②这个概念有一定的合理性，在行政法规和行政规章已有法定术语的情况下，可以把二者视为“特殊”的规范性文件，与之相对应，行政机关制定的行政法规、规章以外的普遍规则，可以称之为“一般规范性文件”。但上文已经提到，规范性文件的范围很广，连法律都可以包括在内，一般规范性文件这个概念显然容易让人作宽泛的理解。在实践中，这一概念使用得较少。

6. 其他规范性文件

其他规范性文件本来是行政法规、规章以外的其他规范性文件的简称，但由于“行政法规、规章以外的其他规范性文件”这一名称过于烦琐，人们一般单独适用“其他规范性文件”这一概念。在理论界和实务界，此概念有比较广泛的适用。在《行政处罚法》第14条、《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第62条第2款中均使用了“其他规范性文件”这一提法。但此概念的逻辑限定并非十分周延容易让人们产生一些理解上的误区。有的学者对此概念提出了质疑。“‘其他规范性文件’这一概念，只有与相对应的概念进行比较时，才能明了其真正的内涵和外延。但无论是与规范性法律文件相对应，还是与行政法规和行政规章相对应，它都可以包括没有立法权的国家机关的规范性文件，有立法权的国家机关所制定的不属于法的范畴的规范性文件，

①石岚：《一般规范性文件的可诉性及相关问题思考》，载《法律适用》2001年第5期。

②王保成：《一般规范性文件质量监控制度研究》，载《现代法学》2003年第5期。