



泉城法学文库

2017·1

JINANSHIFAXUEHUI 2015-2016NIAN

ZHONGDIANYANJIUKETI YOUXIUCHENGGUOJI

济南市法学会2015—2016年 重点研究课题优秀成果集

主编 | 姚怀祥

泉城法学文库 2017 · 1

济南市法学会 2015—2016 年 重点研究课题优秀成果集

主编 姚怀祥

中国人民公安大学出版社

北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

济南市法学会 2015—2016 年重点研究课题优秀成果集/姚怀祥主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2017. 5

ISBN 978-7-5653-3011-7

I. ①济… II. ①姚… III. ①法学—中国—文集 IV. ①D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 187877 号

济南市法学会 2015—2016 年重点研究课题优秀成果集

主编 姚怀祥

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2017 年 5 月第 1 版

印 次: 2017 年 5 月第 1 次

印 张: 19.5

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 382 千字

书 号: ISBN 978-7-5653-3011-7

定 价: 65.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.poreclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010-83903254

读者服务部电话 (门市): 010-83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010-83903253

法律图书分社电话: 010-83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

泉城法学文库·2017年第1辑 总第5辑

济南市法学会 2015—2016 年重点研究课题 优秀成果集

编辑委员会

主 编 姚怀祥

副 主 编 孙德龙

编 委 曾 毅 许 可 隗 宾

杨婷婷 李 冬 郭晓东

执行编辑 隗 宾

目 录

行政规范的合法性审查机制研究	杨士林 (1)
互联网金融创新视野下消费者权益保护问题研究	宋 焱 (48)
审判中心主义语境下预审制度的出路	周 静 (70)
医疗责任强制保险制度建设研究	冯秀云 (90)
新形势下城市公共交通安全防范研究	
——公交车安全防范标准化初探	梁振黎 (108)
食品安全犯罪的实证研究	
——以济南市为例	韩明暖 (128)
县域法治建设指标体系及考核标准研究	丛淑萍 (149)
刑事大要案审理的司法规范化研究	
——以薄熙来案件审判为分析样本	毕惠岩 (161)
公安机关刑事案件统一审核统一出口工作机制的探索与发展	
.....	张亦农 (186)
监狱监管安全规律研究与运用	卜海晶 (205)
济南东部新城城市化进程与社会治理问题研究	王辉勇 (224)
一审上诉案件提前介入约谈化解纠纷机制构建与研究	
——以章丘市人民法院上诉案件约谈当事人座谈制度实践为视角	
.....	刘玉庆 (242)
行政检察监督问题研究	
——以修改后的行政诉讼法实施为背景	张金成 (267)
新形势下开展社区矫正工作面临的问题及对策	薛广铎 (286)

行政规范的合法性审查机制研究

杨士林

一、行政规范概述

在我国,行政机关不仅可以制定行政法规、规章,而且可以发布具有普遍约束力的决定、命令或指示。如果说行政机关制定的行政法规、规章属于典型的行政规范的话,那么行政机关制定或发布的具有普遍约束力的决定或命令是否构成行政规范呢?如果否认这一点,是否意味着公民、法人或者其他组织可以拒绝遵守行政机关发布或制定的这些决定、命令和指示呢?在这里,笔者就涉及行政规范的不同理解问题谈些个人的看法。

(一) 行政规范的含义

1. 学理上的见解。行政规范,从字面意义上理解主要有两种含义:一是行政机关制定的行为规则;二是关于行政管理的行为规则。前者从制定主体上界定,后者则从调整关系上界定。行政规范是行政机关制定的行为规则,属于理论上普遍接受的观点。行政机关制定的行为规则,由于其法律地位不同,我国学者又有两种不同的认识,主要分为广义和狭义行政规范的观点。

(1) 广义上的观点认为,行政规范是指行政机关制定、发布的行政法规、规章和其他具有普遍约束力的决定、命令的总称。其中,行政法规和规章属于行政立法的范畴,而其他具有普遍约束力的决定、命令不属于行政立法,属于行政立法之外的其他规范。还有学者将广义上的这种观点概括为抽象行政行为,认为与具体行政行为相对而言,抽象行政行为包括四种形式:行政法规、行政规章、行政措施、决定和命令。广义上的行政规范的概念是从法律规范的实质意义上进行界定的,也就是从法律规范所具有的普遍性、规范性和强制性而言。行政规范作为一种法律规范,包括义务性规范、禁止性规范和授权性规范,无论是特定的行政机关制定行政法规、规章,还是发布具有普遍约束力的决定、命令,这些行政规范对于被规范的对象均具有普遍的约束力,无论是行政相对人,还是下级行政机关均必须遵守。广义上的行政规范的概念从法律规范的性质上说明了行政规范所具有的法律规范特征,不仅特定的行政机关制定的行政法规、行政规章属于行政规范的范畴,而且行政机关发布的具有普遍约束力的决定、命令也具有行政规范的属性。

(2) 狭义上的观点认为,行政规范仅指行政法规、行政规章之外的规范性

文件。例如，有学者认为，所谓“行政规范，是指各级各类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和规范体式的决定、命令等的总称”。^① 或者是指“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”。^② 狭义上的行政规范的概念将特定的行政机关制定的行政法规、行政规章排除在行政规范之外，认为只有行政机关制定和发布的具有普遍约束力的决定、命令才属于行政规范，而行政机关制定的行政法规、行政规章不属于效力层次较低的行政规范，而是属于行政立法的范畴。狭义上的观点认为，行政机关制定的行政法规、行政规章属于行政立法的范畴，由于其制定程序比行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令要正式、严格，因而其权威性也更高，法律约束力也比其他决定、命令等行政规范更强。

上述广义和狭义上的行政规范的概念均有其理论价值。广义上的行政规范的含义是就行政规范的实质角度而言的，其说明和反映了行政规范所具有的法律规范的性质，不仅行政机关制定的行政法规、行政规章属于行政规范，具有法律规范的性质，而且行政机关制定和发布的具有普遍约束力的决定、命令也属于行政规范的范畴，具有法律规范的特征。狭义上的观点认为，行政机关制定的行政法规、行政规章属于行政立法的范畴，只有行政机关制定的除行政法规、行政规章之外的决定、命令才属于行政规范。狭义上的观点并没有否认行政机关制定的行政法规、行政规章所具有的行政规范的属性，而是认为由于行政法规、行政规章的程序正式、严格，其规范程度和科学性明显优于行政机关制定和发布的其他决定、命令，因而从法律规范所具有的规范性、科学性以及权威性上看，行政机关制定和发布的其他决定、命令只能属于行政规范，而不属于行政立法。

2. 实践上对行政规范的理解。我国立法上并没有直接使用行政规范的概念，就行政机关制定的行为规范而言，根据我国宪法和有关法律，主要包括行政法规、行政规章以及行政机关发布的其他具有普遍约束力的决定和命令。

(1) 行政法规。行政法规是国务院为领导和管理各项行政工作，根据宪法和法律，按照法定程序制定的政治、经济、教育、科技、文化、外事等各类法规的总称。行政法规的名称为条例、规定和办法等。根据立法法第 65 条的规定，国务院既可以对其行政管理的事项制定行政法规，也可以根据全国人民代表大会及其常务委员会的授权决议制定行政法规，还可以对部委规章行使批准权，使其上升为行政法规。行政法规必须由国务院制定或批准，其法律效力低于宪法和法律，高于地方性法规、部委规章和地方规章。

① 叶必丰、周右勇著：《行政规范研究》，法律出版社 2002 年版，第 33 页。

② 应松年主编：《当代中国行政法》，中国方正出版社 2005 年版，第 597 页。

(2) 部门规章。部门规章是国务院各部门根据法律、行政法规和国务院发布的决定、命令制定的规范性文件。宪法第90条第2款规定,国务院各部、委有权根据法律、行政法规和国务院发布的决定、命令在本部门权限内制定规章。国务院组织法第10条规定,国务院主管部、委可以“根据法律和国务院的决定、命令和行政法规在本部门的权限内发布命令、指示和规章”。宪法和国务院组织法没有授予国务院直属机构制定规章的权力。但是,依据其他法律,国务院直属机构也有制定规章的权力。例如,森林法第47条规定,国务院林业主管部门(国家林业总局)根据本法制定实施办法,报国务院批准施行。行政处罚法第12条第3款规定,国务院可以授权具有行政处罚权的直属机构依照有关规定规定行政处罚。尤其值得注意的是立法法第80条第1款明确规定的“中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构”的行政规章制定权。换言之,根据该法的规定,国务院具有行政管理职能的直属机构便享有了规章制定权。

(3) 地方政府规章。地方政府规章是地方特定的人民政府依法制定的规范性文件。地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法第60条规定:“省、自治区、直辖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,报国务院和本级人民代表大会常务委员会备案。设区的市的人民政府可以根据法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规,制定规章,报国务院和省、自治区的人民代表大会常务委员会、人民政府以及本级人民代表大会常务委员会备案。”立法法和行政处罚法也分别规定了地方特定的人民政府的规章制定权。行政机关制定行政法规、规章的活动通常称为行政立法。

(4) 其他决定、命令、指示。其他决定、命令、指示是指行政机关在制定行政法规、规章之外制定的行政规范。除了行政法规、规章的制定主体可以发布决定、命令和指示之外,其他县级以上各级人民政府及其工作部门都可以依法发布决定、命令。这些决定、命令和指示既可能是对具体行政管理事项作出规定,也可能是抽象的规范;既可能是行政机关对内制定的内部规则,也可能是对外的规范。宪法第89条规定,国务院可以根据宪法和法律发布决定、命令;国务院部委可以发布命令和指示。地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法规定,县级以上的地方各级人民政府根据本级人民代表大会及其常务委员会的决议和上级国家行政机关的决定和命令,可以规定行政措施,发布决定和命令。根据2000年国务院发布的《国家行政机关公文处理办法》,行政机关发布的这些决定、命令、指示既可能是行政机关对内的规范,也可能是对外的规范,对相关的公民、法人或者其他组织具有约束力。

同时,行政机关发布的上述决定、命令、指示在我国其他法律规范中还被称为“规范性文件”、“其他规范性文件”。例如,1989年制定的行政诉讼法第32条、1996年行政处罚法第14条、行政许可法第17条以及各级人民代表大

会常务委员监督法第五章章名就使用了“其他规范性文件”或者“规范性文件”的名称。当然，这里的“其他规范性文件”或者“规范性文件”既包括了行政机关制定的规范性文件，也包括了人大及其常委会制定的规范性文件。对此，笔者仅限于在行政机关制定的规范性文件的意义上使用行政规范的概念。行政规范，也即行政规范性文件，或者称之为其他规范性文件。

近年来，在国务院的要求下，各地陆续对本地的行政规范性文件的备案审查制度作出规定，据《人民日报》等媒体的报道，截至目前，全国 31 个省、自治区、直辖市的人民政府已建立起行政规范性文件的备案审查制度。^① 实际上，不仅是省级政府建立起了行政规范性文件的备案审查制度，不少较大的市乃至其他县级市一级人民政府也相继建立起了行政规范性文件的备案审查制度，对各类“红头文件”的备案和监督制度作出规定。各地和部门在规范性文件的制定程序或者备案审查的规定、办法中都使用了“行政规范性文件”或者“规范性文件”的名称，如《山东省规章和规范性文件备案办法》、《济南市规范性文件管理规定》、《广东省行政机关规范性文件管理规定》、《深圳市行政机关规范性文件管理规定》。可以说，在实践中，“行政规范性文件”或者“规范性文件”成为各地普遍采用的名称。

（二）一些国家和地区的行政规范

在美国，由行政机关制定的具有普遍约束力的决定、命令，根据美国联邦行政程序法的规定，称为规章（rule）。这种规章主要分为两种类型：一类是行政机关根据国会授权制定的行政规范；另一类是行政机关根据自身职权制定的行政规范。两种不同的行政规范调整的关系及其合法性要件有明显的区别。行政机关根据国会授权制定的行政规范又称为委任立法；行政机关根据自身职权制定的不影响当事人权利和义务的行政内部组织规则、程序规则以及解释性规范属于内部规范。内部规范的范围主要包括两大类：一是涉及行政机关内部管理、人事、公共财产、信贷、补助金、福利和合同事务的，行政机关根据法律对其一般职权的规定制定法规，制定上述规范无须国会的专门授权；二是涉及解释性法律的意义、政策的一般声明、机关组织、办事程序和手续的事项，行政机关也可以根据法律对其一般职权的规定制定法规，而无须国会单独授权。联邦行政程序法之所以规定行政机关没有国会专门授权就可以制定上述法规，是因为“立法者的原意认为这些事项只影响公民的财产利益，不影响公民的财产权利，属于特权范畴。”^②

在德国，也没有行政规范的概念。德国将行政机关制定的具有普遍约束力

① 吴兢：《31 个省级政府“红头文件”全部备案审查》，载《人民日报》2005 年 9 月 12 日第 10 版。

② 王名扬著：《美国行政法》，中国法制出版社 1995 年版，第 364 页。

的决定、命令称为行政命令。德国学者还根据行政命令调整的法律关系及其权力来源将其分为两种：凡是调整行政机关与国民之间的关系，具有外部效力的规范，属于法规命令；凡是调整行政机关内部关系，具有内部效力的规范，则属于行政规则。由于法规命令调整外部关系、具有外部效力，因而其权力来源必须取得议会法律的具体授权；而后者由于调整内部关系、具有内部效力，因而行政机关根据固有权就可以制定。^①

由于两种行政规范的权力来源不同，因而其合法性要件也存在明显的区别。就行政机关根据议会法律授权制定的法规命令而言，根据联邦基本法，法规命令是指经过联邦法律授权，由联邦政府、联邦部长或邦政府所发布的，其内容涉及人民自由、权利的一般的、抽象的规定。法规命令是调整政府与人民之间关系的法规，其本身属于联邦法律的一部分。按照德国学者的观点，行政机关不享有固有的制定调整外部管理关系的立法权，而只能称为“继受的行政立法权”。行政机关根据议会具体法律授权制定法规命令时，不但议会授权法要符合基本法第 80 条第 1 款的“授权目的、内容及范围明确”原则，而且行政机关制定的法规命令也要符合议会授权法。否则，也有可能因为法规命令不符合议会授权法而被宣布无效。而行政规则则是行政机关单方制定的一般或抽象性的命令，用以规范具有特别权力关系的规范。行政规则不直接涉及人民的权利义务，不像法规命令，需要法律的特别授权，行政规则制定的依据是上级机关对下级机关和人员业务方面的领导权，及由此产生的对下级机关和人员的命令权，其制定程序也无须法律根据或特别授权，也不以公布为必要。行政规则的主要功能在于解释不确定的法律概念、提供裁量实施的具体标准等。由于内部行政规则时常发生间接的对外效力，因此，行政规则也经常具有法律性质。^②

在我国台湾地区，类似于我国大陆行政机关制定和发布具有普遍约束力的决定、命令，称为行政命令。^③ 根据我国台湾地区“中央法规标准法”第 3 条规定，“各机关发布之命令，得依其性质，称为规程、规则、细则、办法、纲要、标准或准则。”另外，根据我国台湾地区 2000 年制定的“行政程序法”，我国台湾地区的行政命令主要分为两种：一种是法规命令；另一种是行政规则。“行政程序法”第 150 条对法规命令做了界定，“本法所称法规命令，系指行政机关基于法律授权，对多数不特定人民就一般事项所作抽象之对外发生法律效力

① [德] 哈特穆特·毛雷尔著：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社 2000 年版，第 59 页；[德] 何意志：《联邦德国的立法体制和程序》，载《行政法学研究》1995 年第 3 期。

② [德] 何意志：《联邦德国的立法体制和程序》，载《行政法学研究》1995 年第 3 期。

③ 吴庚：《行政法之理论与实用》，台北三民书局 1996 年版，第 88 页。

果之规定”。第 159 条对行政规则也做了界定,“本法所称行政规则,系指上级机关对下级机关,或长官对属官,依其权限或职权为规范机关内部秩序及运作,所为非直接对外发生法规范效力之一般、抽象之规定”。

无论是行政机关根据法律授权制定的法规命令,还是根据自身职权制定的行政规则,均需符合合法性要件,否则即属于违法无效。根据“行政程序法”第 158 条的规定,法规命令有下列情形之一的,构成无效:(1)抵触“宪法”、法律或上级机关之命令者;(2)无法律之授权而剥夺或限制人民之自由、权利者;(3)其订定依法应经其他机关核准,而未经核准者。法规命令之一部分无效,其他部分仍为有效。但除去该无效部分,法规命令显失规范目的者,全部无效。行政规则的合法要件是:(1)符合授权法的规定。行政机关根据其法定职权就可以制定行政规则,但有时法律也可以授权行政机关制定行政规则,而其性质仍属于行政规则。在这种情形下,行政规则应当符合授权法的规定。(2)履行法定的程序要件。也即行政规则具有影响国民权利义务的法律效果,不能调整外部管理关系,而只能调整行政机关内部管理事项,包括(1)关于机关内部之组织、事务之分配、业务处理方式、人事管理等一般性规定;(2)为协助下级机关或属官统一解释法令、认定事实及行使裁量权,而订颁之解释性规定及裁量基准。否则,这样的行政规则即不符合法定的程序要件,构成违法。

(三) 本文使用的行政规范

笔者以为,行政规范的范围在位阶上应当包括行政法规、规章以及规章以下的行政机关制定的规范性文件。为什么说行政法规、规章也是行政规范呢?因为行政规范是一个范围很大的概念,行政法规、规章只是行政规范的一种,宪法、法律虽然给它们规定了专门的名称,但并没有改变它们作为一般行政规范的性质。而将行政法规、规章独立于行政规范之外的观点,其主要考虑就在于:认为行政法规、规章属于行政立法,认为“行政立法是一种最重要的抽象行政行为”^①但是,所谓行政立法究竟是什么含义,无论理论还是实践中都并不是十分清晰。仅就规章而言,在制定立法法的过程中,对制定规章的行为是否属于行政立法就存在很大的争议。实际上,我们对行政规范的判断,在认识中存在一个很大的误区,即认为层级较高的行政机关制定的行政规范就重要,违法的可能性就小。因此,应当更加引起重视,所以就给其专门起一个名称,叫“行政法规”或者“规章”,甚至在实践中给它们一些特殊的待遇,如行政法规在行政诉讼中可以作为法院的审判依据,规章可以作为法院的审判参照,而规章以下的规范性文件既不能作为审判案件的依据,也不能作为审判案件的参照。而且,规章的制定层级被抬得很高,只有较大的市的地方人民政府

^① 应松年主编:《行政行为法》,人民出版社 1993 年版,第 307 页。

及国务院各部门才可以制定规章。这些情况都人为地造成行政规范的“身份差别”。而这种身份差别从理论上并不能否认规章以下的行政规范所具有的约束力,不能说行政法规、规章具有法律约束力,而规章以下的其他行政规范不具有约束力。因此,笔者认为,从位阶上看,行政规范应当包括行政法规、规章和行政机关制定的其他具有普遍约束力的决定、命令或指示。

(四) 我国行政规范的特征

1. 数量远远超过权力机关制定的法律和法规。改革开放以来,伴随着我国体制转轨、社会转型,为加强社会管理,行政机关颁布和制定了大量的行政规范。如果从数量上比较,行政规范的数量无疑要远超人大立法。据统计,截至2010年,全国人大及其常委会制定的现行有效的法律236件、行政法规690多件、地方性法规8600多件,同期的国务院各部门以及有规章制定权的地方人民政府制定的行政规章达30000多件。^①至于行政机关为适用行政法规、规章所发布的适用行政立法的解释、说明以及其他规范性文件,其数量可谓难以计数。因为根据宪法和有关组织法,我国县级以上人民政府及其工作部门、乡镇人民政府都有权发布决定、命令或者指示,其制定主体之广、数量之众可谓高居世界各国之上。如果说纯粹的数量比较仅具有相对意义,并不能说明问题实质的话,那么从其调整社会关系的范围也许能够在一定程度上说明问题。

2. 行政规范调整着广泛的社会关系。行政规范调整着广泛的社会关系,诸如涉及国防、外交、公安、海关、司法行政、财政、税收、审计、劳动、人事、金融、保险、对外贸易、邮电、教育、城乡建设、科学、文化、卫生、民政、环保、监察、行政复议、民族事务和计划生育等各个方面。除了属于有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项由人大法律绝对保留和由人大立法加以调整之外(立法法第9条),国家生活、经济生活和社会生活的方方面面都可以由行政规范调整。考虑到人大立法还必须借助行政机关制定实施细则、办法、条例来付诸实施,因此可以说,行政规范的调整范围更加广泛。由于我国的法制建设有其特殊性,“发展时间很短,且这一很短的时间内……中间有较长时间的停顿”。因此,“大量的行政立法在法律或者上位法空白的情况下先于制定。在许多法律尚且没有覆盖的空白领域,国务院的行政法规甚至规章却不得不覆盖”。^②因而,行政规范的调整范围远远超越人大立法,除了少数几个有限的领域之外,行政规范几乎涵盖人们全部日常的社会经济生活,但人大立法却不一定能够做到。

3. 行政规范过分倚重行政效率。新中国成立之后,我国在很长一段时期内

^① 吴邦国:《中国特色社会主义法律体系已经形成》,载中国新闻网, <http://www.chinanews.com/gn/2011/03-10/2895965.shtml>。

^② 刘莘著:《行政立法研究》,法律出版社2003年版,第62页。

实行计划经济。在计划经济体制下，国家与社会高度融和，政府无限制地干预经济和人们社会生活的方方面面，行政机关必然要制定大量的法规干预经济和人们的社会生活。行政机关不仅可以通过制定行政规范剥夺、限制公民消极权利意义上的自由，而且也可以赋予、剥夺、限制公民积极权利意义上的自由。表现在行政规范上，就是存在大量的禁止性规范和命令性规范。行政规范在制定宗旨上往往过分重视对行政权力的维护，而忽视个人权利和自由的保障。以 1957 年国务院制定、全国人大常委会审议通过的《治安管理处罚条例》为例，该条例中不仅使用了大量的“造谣惑众、煽动闹市”以及“公共秩序”、“公共安全”等抽象概念，而且还赋予公安机关很大的自由裁量权。条例的很多条款都规定“对于违反治安管理的行为，公安机关可以给予警告、200 元以下罚款或者 15 日以下拘留”。也就是说对于任何一项违反治安的行为，公安机关给予三种处罚都可以、都合法。治安管理处罚从公安机关调查、取证、讯问到最后的裁决，完全由公安机关一手负责，与现代刑事诉讼所确立的起诉和审判相分离的思想背道而驰，与第二次世界大战后各国警察法制以防止滥用警察权和保障个人自由权利的价值趋向格格不入。诚如有学者所言：“在我国目前的行政规章中所体现出的基本价值是从行政主体职权行使的方便与否出发的，而不是从便于行政相对人权益实现的角度出发的。”^① 党的十八大之后，随着《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的公布实施，现代法治精神的弘扬，我国的行政规范在价值趋向上也开始出现了注重自由、平等、人权等多重价值的迹象。

4. 行政规范与人大立法之间缺乏严密的逻辑关系，违法违规情况较为常见。我国理论上一般不从公民权利义务的角度根据行政管理的内部、外部关系来区分行政规范，而只是根据行政机关的层级高低区分行政规范的位阶效力。制定机关层级高的，称为“行政法规”或者“规章”；而制定机关层级低的，称为“决定、命令或指示”或者称为“其他规范性文件”。但是，根据制定机关的层级高低来区分其制定规范的位阶效力，不仅不能分清行政规范与人大立法之间的界限，也不能分清行政规范之间行政法规、规章与其他决定、命令、指示之间的界限。例如，立法法第 8 条规定“犯罪和刑罚”属于人大的专属立法权，但究竟何谓“犯罪和刑罚”？难道明确规定某种行为构成犯罪并规定予以刑事处罚才算是规定“犯罪与刑罚”，而不使用“犯罪与刑罚”的名词就不属于规定“犯罪与刑罚”？假如对某种违法行为规定予以剥夺或限制人身自由，那么这算不算规定“犯罪与刑罚”？可能从规定的名称上存在区别，但从实质上、从对公民自由和权利的影响程度上并没有本质区别，只是不能称之为“犯罪与刑罚”而已。《劳动教养试行办法》规定劳动教养的期限为 1 年至 3

^① 张淑芳：《论行政立法的价值选择》，载《中国法学》2003 年第 4 期。

年,在执行期间根据情况还可以延长1年,其剥夺或限制公民的人身自由强度不亚于刑罚种类中的有期徒刑缓刑、管制和拘役。《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》中的“收容”强制措施对公民权益的影响程度也不亚于刑法中的“管制”刑罚。行政法规、规章与决定、命令指示之间也不存在严格的界限,除了立法法等法律规范对行政法规、规章的制定程序有一定的要求之外,行政法规、规章和行政机关发布的决定、命令、指示在制定依据、调整范围上并不存在严格的界限。国务院制定的行政法规、部委规章和地方规章并不一定只约束公民,如《行政法规制定程序条例》、《规章制定程序条例》属于调整行政活动的内部规范;而行政机关发布的决定、命令也并非只约束下级行政机关及其公务员,诸如铁道部涨价通知、司法局发布不准当地律师承办环境污染案件的“红头文件”、市政府下发出租车运营有偿转让文件等,不一而足。^①除非它们因违法被撤销和废止,否则相关的公民个人无法否认其约束力,从这种意义上而言,行政法规、规章与行政机关发布的决定、命令等规范性文件并没有实质区别。

(五) 对行政规范进行合法性审查的必要性

行政规范的产生和迅速发展不是近代宪政理论设计的结果,而是基于社会现实产生的结果。由于经济发展、政府为适应社会生活的需要,由行政机关制定行政规范的现象才迅速发展起来。行政规范的产生、发展给政府解决各类社会矛盾和问题提供了法律手段,弥补了行政管理手段的不足,提高了政府应对各类问题和矛盾的能力,因此行政规范具有许多积极意义。但同时行政规范的产生和发展又使政府获得了巨大的权力,如果缺乏必要的限制,政府的这一权力又往往侵害议会的传统立法权,侵害个人权利和宪政秩序。因此,唯一的选择是既要承认行政规范的现实存在,发挥行政规范的积极作用,又要对其施以必要的法律控制,避免和克服其消极作用。要做到这一点,必须把行政规范纳入法律和宪法的框架范围之内,不使其脱离法律和宪法的控制。

1. 行政规范存在负面作用。行政规范是在19世纪末20世纪初政府权力扩

^① 2004年8月1日,银川市政府印发《银川市城市客运出租汽车经营权有偿使用管理办法》和《银川市城市客运出租汽车更新管理规定》,两份文件的主要内容是:城市客运出租汽车经营权实行有偿使用。凡在经营权竞拍之前以行政审批方式取得城市客运出租汽车经营权,并在车辆更新后按有关规定取得5年使用期的经营者,期满后再给予5年经营权有偿使用期。1999年9月8日,通过竞拍取得5年经营权的经营者,自2004年9月8日起,给予5年经营权有偿使用期。经营者按照上述规定取得的城市客运出租汽车5年经营权有偿使用期,应按每车每年3600元有偿使用出让金标准一次性交清1.8万元,逾期不交纳者,视为自动放弃经营权。两份文件发布后,引起银川市出租车行业的“罢运事件”。这些事件虽经媒体报道后得以纠正,但依靠并非正规的规范审查程序,而是依靠行政手段。实际上,如果存在可以运作的规范审查程序,出租车行业远不会运用非法律途径来表达不满,这从另一个方面说明规范审查制度的作用和意义。

张的背景下形成的，在一定程度上冲击了传统的宪政价值和原则。正如有学者在论述行政规范与宪政的关系时指出：“授予权力是任何政府的一个不可避免和必要的做法，任何关于代议制政府的理论，如果没有它就是不完善的。对授权持绝对的反对立场将是十分愚蠢的。然而，从授权可能产生的相对来说难以控制的副作用，授权对于授予者和接受者来说都是很重要的。从最初到最后的行为来看，授权是有一定风险的。要想正确地行使授权就必须了解它的后果。”^①20 世纪初期，行政规范在欧洲大陆的实践破坏了一些国家的宪法体制，体现了行政规范对宪政价值和原则的巨大危害性。这在 20 世纪 30 年代的德国最为典型。20 世纪 30 年代，德国议会就是通过授权政府进行行政规范，彻底破坏了魏玛宪法确立的联邦结构下的内阁制共和政体。1919 年，德国魏玛宪法确立了联邦结构下的内阁共和政体，但是 30 年代的行政规范，尤其是 1933 年 3 月 23 日的《消除国民与政府艰难的法律》毁坏了这一切。议会通过“一揽子”授权，为希特勒否定了魏玛宪法建立的内阁制共和政体，否定了联邦制国家结构，也否定了魏玛宪法规定的全部公民权利和自由。在意大利，墨索里尼通过议会授权，通过了所谓恢复“古罗马帝国荣耀”的战争法案；在日本，田中内阁在议会的支持下，发动了史无前例的侵略战争。发生在 20 世纪 30 年代德国的行政规范实践也许是行政规范危害的极端形式，但是行政规范制度的消极作用却是经常存在的。行政规范对宪政的危害性主要体现在以下几个方面：

(1) 行政规范破坏立法民主、危害人大制度建设。在宪政理论中，法律被认为是人民共同意志和利益的体现，应当由选民本人直接或者经过其选举的代表组成的议会制定，反映了人民主权原则。行政规范，尤其是授权行政部门制定法律规范有违立法的民主原则。行政机关既不是代表选民的机关，又不直接对选民负责，由行政机关制定法规、规则，就有可能违背人民意志和理由，并且行政规范制定程序灵活，不能保证公民的广泛参与，使行政规范有可能脱离民意。行政机关实行首长负责制的领导体制，行政系统内部实行领导和被领导的行政隶属关系，是一种指挥和服从的关系。行政机关制定法规可能受到首长个人意志的影响，甚至为首长个人意志所左右，伴随行政规范对社会生活影响的扩大，可能出现以法制为名的新的专制主义。加强对行政规范的监控，要保证人民对行政规范的最终控制，保证法律不能违背民意的要求。

我国历史上本来没有议会传统，也本应强化人民代表大会制度建设。宪法确认和规定了现行的政权组织形式，即全国人民代表大会是最高国家权力机关，行政机关不过是全国人民代表大会的执行机关，从属于国家权力机关，并对国家权力机关负责和受其监督。但在实际工作中，我们却有意或无意地忽视了这

^① 蔡震荣：《行政法理论与基本人权之保障》，台湾五南图书出版公司 1999 年版，第 74 页。

一根本政治制度的建设。“我国的人民代表大会制度还不完善，人们对它的重要性还缺乏应有的认识。”^①人民代表大会制度作为人民当家做主和人民行使国家权力的机关，它的主要职责是制定人们普遍遵守的行为规范。但是一旦行政机关可以不加节制地制定人们普遍遵守的行为规范，那么就必然导致法律的行政化，影响和削弱人大的立法地位。加之行政权具有权力集中、行动灵活、反应迅速的特点，因而它的行使就更容易不受约束。从一定意义上而言，由于行政规范在一定程度上可以取代人大立法，它往往抑制人民代表大会制度的发展和建设。虽然自改革开放以来，我国的人民代表大会制度建设有所加强，但距离宪法规定的实际地位仍然有相当的差距。^②人民代表大会不仅在机构设置、人员配备以及物质力量、技术力量上远不及一般的党政部门，而且立法过程中对法律条款的辩论、质证反而更加稀奇。人大制度建设连自己制定的法律都不能触及本可以触及的细节性问题，留下大量的规范漏洞，而不得不让行政机关进行大量的创制性立法。行政规范不但不能成为制约行政权力越轨的规范，反而应成为行政部门意志的集中体现和权力扩张的工具。诚如有学者所言：“宪法所规定的以全国人大为最高权威的立法体制被以党中央为核心的立法格局所取代，并且由于执政党一贯偏重行政机关，连依据宪法应受全国人大监督的国务院在立法中的地位也超过人大。居于立法过程权力中心的并非宪法与立法法所确立的全国人大及其常委会，而是中共中央，行政部门——国务院掌握次要的立法权，全国人大及其常委会在整个立法过程处于决策圈子的最外围。”^③从一定意义上而言，行政规范的大发展往往成为制约人民代表大会制度建设的绊脚石。毕竟人民代表大会制度的核心职能是立法，而一旦行政机关享有广泛地制定人们普遍遵守的行为规则的权力，那么人民代表大会制度存在的必要性和意义必然受到影响和削弱。

(2) 行政规范威胁公民的自由权利。20世纪公民权利的广泛发展既不意味着公民自由权的重要性被公民的其他权利所替代，也不意味着公民的自由权利能够被忽视。公民的自由权利依然是公民基本权利中不可或缺的组成部分，政府新的使命是如何协调公民自由权利的发展。行政规范对公民自由权利的实现构成威胁。首先，以行政规范为代表或体现的政府权力扩张，本身就构成对作为公民消极权利自由的威胁；其次，法律制定从议会转移到行政机关手中，又从立法程序上排除少数派在立法过程中对立法的质疑，威胁公民自由权利。“授权立法构成对民主政治的威胁，它将重要事项从它们本应在其接受反对党辩论

① 许崇德主编：《中国宪法》，中国人民大学出版社1993年版，第149页。

② 蔡定剑著：《中国人民代表大会制度》，法律出版社1998年版，第135页。

③ 韩丽：《中国立法的非正式性及其政治功能》，载《当代中国研究》2002年第71期。

的公开和自由论坛中撤出，并委之行政机关幕后决定。”^①

我国自改革开放以来，随着国家法治化步伐的加快，而人大受会期及自身制度等多种因素的限制难以及时制定经济社会发展所需要的各项法律规范。在此背景下，行政规范在没有人充分立法的约束性方面获得了前所未有的发展。行政机关制定、发布了大量的行政法规、规章等规范性文件，不仅行政规范的数量要远远超过人大及其常委会制定的法律，而且行政法规、规章调整的范围远远大于人大法律的调整范围，许多新兴领域人大往往还来不及制定法律，行政规范就已经占据了主导地位。正因如此，行政规范在国家和社会生活居于重要的地位、起着核心的作用。因此，行政规范宗旨和内容上的善与恶、好与坏，都深刻地影响着每一位公民的切身利益。在很多情况下，行政规范不仅决定着人们的物质生活，还决定着人们的信仰等精神生活，甚至是基本的人身自由；不但制约和抑制人们行使言论、出版、结社等政治权利，而且实际影响着公民在国家政治生活和社会生活中的地位。行政规范既可以成为公民维护自身权利、约束行政权力的准则，又可以成为行政权力克减公民的权利，甚至架空公民宪法权利的利器。实际上，行政规范的违法、违宪问题已经成为人们关注的热点和焦点，从被媒体纷纷炒作的“孙志刚收容致死”到南京“拆迁自焚”等案件，行政规范存在的问题已经成为公众和学者广泛关注的热点。虽然这些案件本身并非是直接由于行政规范的违法、违宪，而是具体执行过程中的违法所致，但是，不容否认的是，行政规范的违法、违宪嫌疑则是导致此类事件发生的制度渊源。行政规范是一把“双刃剑”，它的合法、合宪行使，有利于法律秩序的统一和公民权利的维护；相反，它的无节制的行使和运用却又容易侵害公民权利。行政规范是一个“必要恶”，没有它现代政府难以维持有效的管理，但是对其没有节制，必然又危害一国的宪政秩序、侵害公民的权益。因此，我国行政规范的现状说明，行政规范和其他具体行政行为一样，也可能侵害人们的权利和利益。

(3) 行政规范威胁法制统一。法制统一是法治原则的重要内容，法制不统一，必然造成法律体系内部的冲突，让人们无所适从，从而削弱法律的权威性。立法权的高度集中有利于维持法制统一。行政规范必然导致立法主体众多，如果众多的部门制定法律规范，那么法律的制定可能受到立法者自身利益的驱动，使得法律充斥部门利益和局部利益，影响法制的统一性。另外，基于行政机关政策的多变性，也很难保证法律的稳定性和可预见性。

实行依法治国、建设法治国家的第一要务就是必须维护社会主义法制的统一和尊严。所谓法制，是指以宪法为核心的社会主义法律制度。所谓法制的统

^① [美] 斯蒂芬·埃尔金著：《宪政新论》，周叶谦译，生活·读书·新知三联书店 1997 年版，第 185 页。