

## 第四章 抽象行政行为

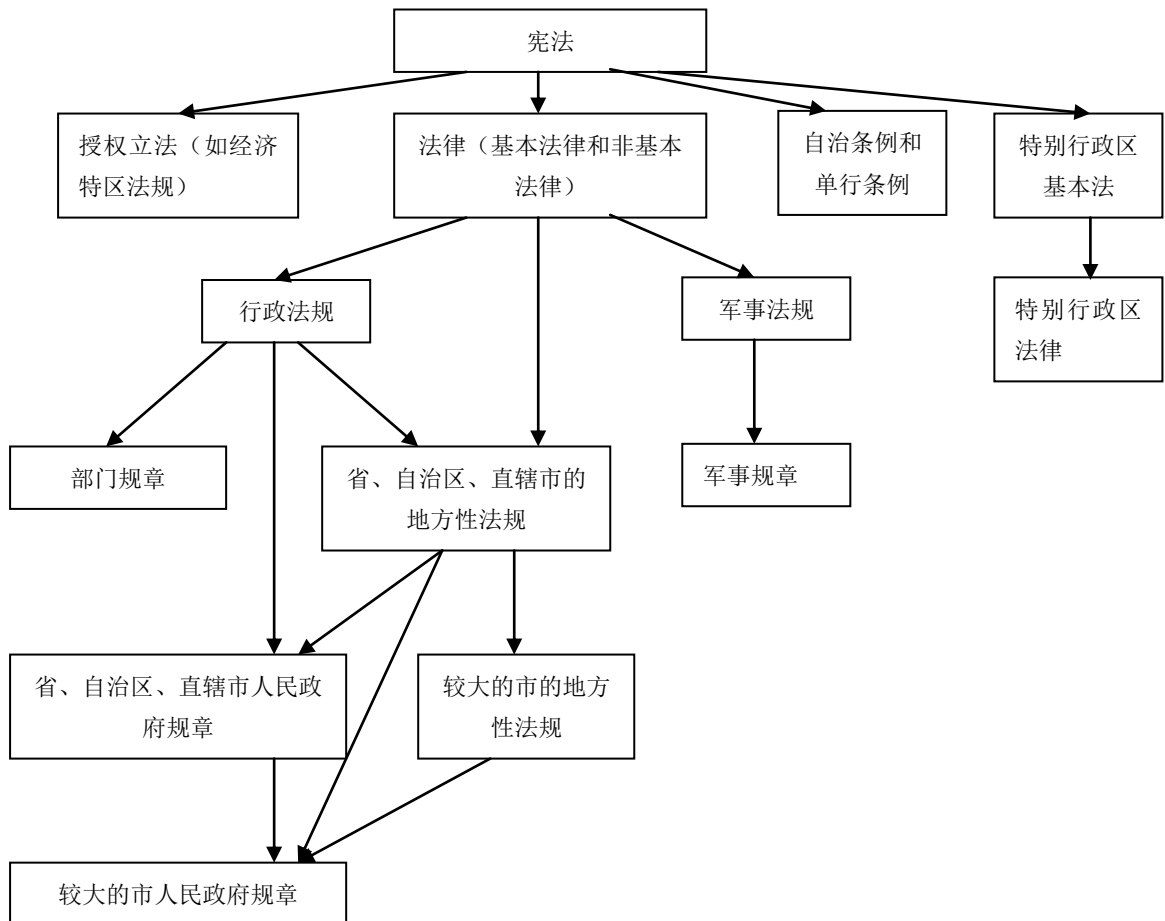
### 第一节 抽象行政行为概述

#### 一、抽象行政行为的概念

抽象行政行为，是指国家行政机关制定法规、规章和具有普遍约束力的决定、命令等行政规则的行为。

#### 二、行政规则的适用

##### (一)、行政规则的效力等级



##### (二)、规则冲突

###### 1、特别冲突

A、特别法与普通法的冲突原则上适用特别法优于普通法原则，

但是这里所说的特别法和普通法必须属于同一层级。

**B、法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人大常委会裁决。**

行政法规之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院裁决。

## **2、同级冲突；**

《行政诉讼法》第 53 条第 2 款规定，“人民法院认为地方人民政府制定、发布的规章与国务院部委制定、发布的规章不一致的，以及国务院部委制定、发布的规章之间不一致的，由最高人民法院送请国务院进行解释或者裁决”。

《立法法》第 86 条第 2 项规定：“地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致时，由国务院提出意见，国务院认为应该适用地方性法规的，应当决定在该地方适用地方性法规的规定；认为应当适用部门规章的，应当提请全国人大常委会作出裁决”。

## **第二节 国务院行政法规**

行政法规，是指国务院根据宪法和法律，按照法定的程序制定的政治、经济、教育、科技、文化、外事等各类法规的总称。

### **一、行政法规的制定权限**

#### **1、行政立法的原则。**

确立行政立法权限时应严格遵循**法律保留**和**法律优先**原则。

根据《立法法》第8条规定，法律保留的事项包括：

- ①国家主权的事项；
- ②各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权；
- ③民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度；
- ④犯罪和刑罚；
- ⑤对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚；
- ⑥对非国有财产的征收；
- ⑦民事基本制度；
- ⑧基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度；
- ⑨诉讼和仲裁制度；
- ⑩必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。

《立法法》第9条规定：本法第八条规定的事项尚未制定法律的，全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定，授权国务院可以根据实际需要，对其中的部分事项先制定行政法规，但是有关犯罪和刑罚、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、司法制度等事项除外。

《立法法》第10条规定：授权决定应当明确授权的目的、范围。被授权机关应当严格按照授权目的和范围行使该项权力。被授权机关

不等将该项权力转授给其他机关。

所谓“法律优先”，是指法律在效力等级上高于行政机关的规范性文件，上一层级的法律规范的效力。因此，任何其他法律规范，包括行政法规、地方性法规和规章，都不得与法规相抵触，凡有抵触，都以法律为准。

## 2、行政立法的范围。

依据立法法第 56 条的规定，在坚持严格遵循法律保留和法律优先原则的前提下，行政法规可就以下事项作出规定：

- A、为执行法规的规定需要制定行政法规的事项；
- B、《宪法》第 89 条规定的国务院行政管理职权的事项。

《宪法》第 89 条规定的属于国务院行政管理职权的事项共有 18 项。行政法规可以就这些事项作出规定，但涉及法律保留范围内的事项，不得制定行政法规。

## 3、行政法规的名称

行政法规的名称一般称“条例”，也可以称“规定”、“办法”等。国务院根据全国人民代表大会及其常务委员会的授权决定制定的行政法规，称“暂行条例”或者“暂行规定”。国务院各部门和地方人民政府制定的规章不得称“条例”。

## 二、行政法规的制定程序

《立法法》第 57 条至第 62 条规定了行政法规的制定程序。按照立法法的规定，行政法规的制定程序主要包括以下几个步骤：

### **（一）、立项。**

国务院于每年年初编制本年度的立法工作计划。国务院有关部门认为需要制定行政法规的，应当于每年年初编制国务院年度立法工作计划前，向国务院报请立项。

#### **《行政法规制定程序条例》第 8 条第 2 款规定：**

列入国务院年度立法工作计划的行政法规项目应当符合下列要求：

- （一）适应改革、发展、稳定的需要；
- （二）有关的改革实践经验基本成熟；
- （三）所要解决的问题属于国务院职权范围并需要国务院制定行政法规的事项

### **（二）、起草**

行政法规由国务院组织起草。

#### **《行政法规制定程序条例》第 12 条规定：**

起草行政法规，应当深入调查研究，总结实践经验，广泛听取有关机关、组织和公民的意见。听取意见可以采取召开座谈会、论证会、听证会等多种形式。

### **（三）、审查。**

#### **1、审查机构和审查内容**

**《行政法规制定程序条例》第 17 条规定：**

报送国务院的行政法规送审稿，由国务院法制机构负责审查。

国务院法制机构主要从以下方面对行政法规送审稿进行审查：

(略)

A、是否符合宪法、法律的规定和国家的方针政策；

B、是否符合《行政法规制定程序条例》第 11 条的规定；

C、是否与有关行政法规协调、衔接；

D、是否正确处理有关机关、组织和公民对送审稿主要问题的意见；

E、其他需要审查的内容。

**2、征求意见和协调意见（略）**

**3、审查处理**

**《行政法规制定程序条例》第 18 条规定：**

第十八条 行政法规送审稿有下列情形之一的，国务院法制机构可以缓办或者退回起草部门：

(一) 制定行政法规的基本条件尚不成熟的；

(二) 有关部门对送审稿规定的主要制度存在较大争议，起草部门未与有关部门协商的；

(三) 上报送审稿程序有缺陷的。

**(四)、决定与公布**

**1、行政法规草案的审议和审批**

《行政法规制定程序条例》第 26 条规定：

行政法规草案由国务院常务会议审议，或者由国务院审批。

国务院常务会议审议行政法规草案时，由国务院法制机构或者起草部门做说明。

## 2、行政法规的签署公布

《行政法规制定程序条例》第 27 条规定：

行政法规由总理签署国务院令公布施行。签署公布行政法规的国务院令载明该行政法规的施行日期。

《行政法规制定程序条例》第 28 条规定：

行政法规签署公布后，应当及时在国务院公报和在全国范围内发行的报纸上刊登。国务院法制机构应当及时汇编出版行政法规的国家正式版本。

在国务院公报上刊登的行政法规文本为标准文本。

## 3、行政法规的施行日期与备案

《行政法规制定程序条例》第 29 条规定：

行政法规应当自公布之日起 30 日后施行；但是，涉及**国家安全、外汇汇率、货币政策的确定**以及公布后不立即施行将有碍行政法规**施行的**，可以自公布之日起施行。

《行政法规制定程序条例》第 30 条规定：

行政法规在公布后的 30 日内由国务院办公厅报全国人民代表大会常务委员会备案。

## （五）、解释

### 1、《行政法规制定程序条例》第 31 条规定：

行政法规条文本身需要进一步明确界限或者作出补充规定的，由国务院解释。

### 2、《行政法规制定程序条例》第 33 条规定：

对属于行政工作中具体应用行政法规的问题，省、自治区、直辖市人民政府法制机构以及国务院有关部门法制机构请求国务院法制机构解释的，国务院法制机构可以研究答复；其中涉及重大问题的，由国务院法制机构提出意见，报国务院同意后答复。

## 三、监督程序

### 1、撤销或者改变行政法规的情形。

依照《立法法》第 87 条的规定，行政法规有下列情形的，可以由有权机关予以改变或者撤销。

- 1、超越权限的；
- 2、违反上位法规定的；
- 3、违背法定程序的；

### 2、撤销或者改变行政法规的程序

#### 《立法法》第 90 条规定：

国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为行政法规同宪法或者法律相抵触的，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出



进行审查的要求，由常务委员会工作机构分送有关的专门委员会进行审查、提出意见。

前款规定以外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为行政法规同宪法或者法律相抵触的，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议，由常务委员会工作机构进行研究，必要时，送有关的专门委员会进行审查、提出意见。

### **《立法法》第 91 条规定：**

全国人民代表大会专门委员会在审查中认为行政法规同宪法或者法律相抵触的，可以向制定机关提出书面审查意见；也可以由法律委员会与有关的专门委员会召开联合审查会议，要求制定机关到会说明情况，再向制定机关提出书面审查意见。制定机关应当在两个月内研究提出是否修改的意见，并向全国人民代表大会法律委员会和有关的专门委员会反馈。

全国人民代表大会法律委员会和有关的专门委员会审查认为行政法规同宪法或者法律相抵触而制定机关不予修改的，可以向委员长会议提出书面审查意见和予以撤销的议案，由委员长会议决定是否提请常务委员会会议审议决定。

## **第三节 具有普遍约束力的决定和**

### **命令**

#### **一、国务院部门规章**

## （一）、概念和原则

## （二）、制定机关

根据《立法法》第 71 条第 1 款的规定，有权制定部门规章的机关是国务院各部、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。

此外，制定部门规章的主体，还可以基于单行法律的授权规定而出现。例如，1998 年 12 月公布的证券法第 167 条规定，国务院证券监督管理机构的职责之一，是依法制定有关证券市场监督管理的规章。

## （三）、部门规章的制定权限

《立法法》第 71 条第 2 款规定：国务院各部门制定的规章所规定的事项应属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。

《立法法》第 72 条规定：如果涉及两个以上国务院部门职权范围的事项，就应当提请国务院制定行政法规或者由国务院有关部门联合制定规章。对于涉及两个以上国务院部门职权范围事项的，如果有关部门单独制定的话，则制定规章无效。

## （四）、部门规章的制定程序

1、立项。

2、起草。

《规章制定程序条例》第 13 条规定：

部门规章由国务院部门组织起草。

国务院部门可以确定规章由其一个或者几个内设机构或者其他机构具体负责起草工作，也可以确定由其法制机构起草或者组织起草。

**《规章制定程序条例》第 14 条规定：**

起草规章，应当深入调查研究，总结实践经验，广泛听取有关机关、组织和公民的意见。听取意见可以采取书面征求意见、座谈会、论证会、听证会等多种形式。

**《规章制定程序条例》第 15 条规定：**

起草的规章直接涉及公民、法人或者其他组织切身利益，有关机关、组织或者公民对其有重大意见分歧的，应当向社会公布，征求社会各界的意见；起草单位也可以举行听证会。

### **3、审查**

**《规章制定程序条例》第 18 条规定：**

规章送审稿由法制机构负责统一审查。

**《规章制定程序条例》第 19 条规定：**

规章送审稿有下列情形之一的，法制机构可以缓办或者退回起草单位：

（一）制定规章的基本条件尚不成熟的；

（二）有关机构或者部门对规章送审稿规定的主要制度存在较大争议，起草单位未与有关机构或者部门协商的；

(三) 上报送审稿不符合法定程序的。

**《规章制定程序条例》第 20 条规定：**

法制机构应当将规章送审稿或者规章送审稿涉及的主要问题发送有关机关、组织和专家征求意见。

**《规章制定程序条例》第 21 条规定：**

法制机构应当就规章送审稿涉及的主要问题，深入基层进行实地调查研究，听取基层有关机关、组织和公民的意见。

**《规章制定程序条例》第 22 条规定：**

规章送审稿涉及重大问题的，法制机构应当召开由有关单位、专家参加的座谈会、论证会，听取意见，研究论证。

**《规章制定程序条例》第 23 条规定：**

规章送审稿直接涉及公民、法人或者其他组织切身利益，有关机关、组织或者公民对其有重大意见分歧，起草单位在起草过程中未向社会公布，也未举行听证会的，法制机构经本部门或者本级人民政府批准，可以向社会公布，也可以举行听证会。

#### **4、决定和公布**

**《规章制定程序条例》第 31 条规定：**

部门规章签署公布后，部门公报或者国务院公报和全国范围内发行的有关报纸应当及时予以刊登。在部门公报或者国务院公报上刊登的规章文本为标准文本。

**《规章制定程序条例》第 32 条规定：**

规章应当自公布之日起 30 日后施行；但是，涉及国家安全、外汇汇率、货币政策的确 定以及公布后不立即施行将有碍规章施行的，可以自公布之日起施行。

## 5、备案与解释

**《立法法》第 89 条第 4 项规定：**

部门规章应当报国务院备案。

**《规章制定程序条例》第 33 条规定：**

规章有下列情况之一的，由制定机关解释：

- （一）规章的规定需要进一步明确具体含义的；
- （二）规章制定后出现新的情况，需要明确适用规章依据的。

### （五）、监督程序（略）

（1）、《规章制定程序条例》第 35 条规定：

国家机关、社会团体、企事业组织、公民认为规章同法律、行政法规相抵触的，可以向国务院提出审查的建议，由国务院法制机构研究处理。

（2）、根据《立法法》第 88 条的规定，国务院有权改变或撤销不适当的部门规章。

（3）、根据《立法法》第 87 条的规定，规章有下列情形之一的，由有关机关依照立法法第 88 条规定的权限予以改变或者撤销：

- A、 超越权限的；

- B、 下位法违反上位法规定的；
- C、 规章之间对同一事项的规定不一致，经裁决应当改变或者撤消一方的规定的；
- D、 规章的规定被认为不适当，应当予以改变或者撤消的；
- E、 违背法定程序的；

## 二、地方政府规章

### 1、地方政府规章的制定机关；

包括两大类：省级人民政府和较大的市的人民政府。

### 2、地方政府规章的制定权限；

立法法第 73 条第 2 款规定：

地方政府规章可就下列事项作出规定：

(一)为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项；

(二)属于本行政区域的具体行政管理事项。

### 3、 地方政府规章的制定程序（略）

地方政府规章的制定程序和部门规章的制定程序基本相同，此处忽略不计。

### 4、 监督程序

监督程序包括三部分：

第一，《立法法》第 89 条第 4 项规定的备案程序

地方政府规章报国务院备案；地方政府规章应当同时报本级人大常委会备案；较大的市的人民政府制定的规章应当同时报省、自治区的人民代表大会常务委员会和人民政府备案。

第二，《规章制定程序条例》第 35 条规定的监督程序。

国家机关、社会团体、企事业单位、公民认为地方政府规章同法律、行政法规相抵触的，可以向国务院提出审查的建议，由国务院法制机构研究处理。

国家机关、社会团体、企事业单位、公民认为较大的市人民政府规章同法律、行政法规相抵触的或者违反其他上位法规定的，也可以向本省、自治区人民政府书面提出审查的建议，由省、自治区人民政府法制机构研究处理。

第三，《立法法》第 87 条规定的改变或撤销情形以及《立法法》第 88 条规定的改变或撤销权限。

**《立法法》第 87 条规定：**

规章有下列情形之一的，由有关机关依照立法法第 88 条规定的权限予以改变或者撤销：

（一）、超越权限的；

（二）、下位法违反上位法规定的；

（三）、规章之间对同一事项的规定不一致，经裁决应当改变或者撤销一方的规定的；

(四)、规章的规定被认为不适当，应当予以改变或者撤消的；

(五)、违背法定程序的；

**《立法法》第 88 条规定：**

国务院有权改变或者撤消不适当的地方政府规章；

地方人大常委会有权撤消本级人民政府制定的不适当的规章；

省、自治区的人民政府有权改变或者撤消下一级人民政府制定的不适当的规章；

### 三、有普遍约束力的决定、命令

#### (一)、概念

有普遍约束力的决定、命令，是行政机关针对不特定对象发布的能反复适用的行政规范性文件。

#### (二)、制定机构

根据有普遍约束力的决定、命令的发布主体，可以将其分为两类：

其一，具有行政立法权的行政机关发布的行政规范性文件；

其二，不享有行政立法权的地方人民政府发布的行政规范性文件；

#### (三)、制定权限（略）

#### (四)、制定程序和监督程序（略）