

# 部门规章制定主体范围的 规范阐释及立法完善

谭嘉玲 林彦\*

## 目次

一、引言	挑战
二、部门规章制定主体的立法差异与规范要求	四、解决路径：扩大部门规章制定主体的范围
三、部门规章制定主体条款的规范效力面临	五、部门规章制定主体扩容的立法设计
	六、结语

**摘要** 部门规章制定主体应满足承担行政管理职能和维护政令统一的宪法要求。现行《立法法》第 80 条第 1 款虽合乎宪法规定，其规范效力却面临挑战。一是在规章制定权的设定上，单行法授予规章制定权与该款形成“双轨制”，不利于法制统一。二是该款规定的具体范围有待完善，行使行政管理职能的党政合署机构、国务院直属事业单位和直属特设机构制定规章的法律依据亦需明确。当前，应遵循宪法所确定的原则，通过修改《立法法》扩大部门规章制定主体的范围，并明确法条授权的功能在于提供事项范围上的依据，建立规范、系统、科学的部门规章制定主体体系。据此，《立法法》在条文设计上需要增设党政合署机构规章条款，并调整国务院部门规章制定主体范围的表述。

**关键词** 依宪立法 法条授权 党政合署 直属机构 宪法变迁

## 一、引言

在现行《宪法》确立的多级多元立法主体体系中，国务院各部委有权制定规章，这是对中央政府系统内部立法权配置完善的体现，也是人民代表大会制度下平衡民主价值与效率价值、协调中央和地方立法权力关系的制度装置。<sup>〔1〕</sup> 在社会主义法律体系不断完善的过程中，规章的作用愈发突显。随着国务院组成机构制定规章需求的增长，2000 年《立法法》第 71 条将“部委规章”扩张为“部

\* 谭嘉玲，上海交通大学凯原法学院博士研究生；林彦，上海交通大学凯原法学院教授、法学博士。

〔1〕 参见徐向华：《中国立法关系论》，浙江人民出版社 1999 年版，第 18—19 页。

门规章”,在“各部、各委”的主体范围基础上增加了中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构。然而,在部门规章制定主体的问题上,还是存在规范与现实严重脱节的情况。在部门规章制定权的分配机制上,出现了单行法授予规章制定权(以下简称“法条授权”)和《立法法》规定并行的“双轨制”,不利于法制统一。同时,不断发展的实际情况也对部门规章制定主体范围提出要求。一是党政合署机构改革后有关机构制定部门规章的主体合法性问题亟待规范。这直接关系到其所制定规章性质究竟属于“党规”还是“国法”的问题,根本上关涉到党政合署机构“党”与“政”职责界分的问题。二是现行《立法法》有待更好地因应国务院组成机构制定规章的客观需求。例如,“国务院直属事业单位”“国务院直属特设机构”制定规章的需求客观存在且制定了大量“事实性规章”,但《立法法》并未赋予它们制定部门规章的主体资格。以上问题对《立法法》的规范效力提出了挑战。其中,法条授权问题已为立法者所关注。<sup>〔2〕</sup>笔者认为,此次《立法法》对部门规章条款的修改首先应厘清部门规章制定权的规范内涵及各规范要素,再详尽梳理现实与规范脱节之处,按照规范、系统、科学的原则依法扩容部门规章制定主体。下文将专门就部门规章制定权的规范内涵、当前面临的现实困境,以及现行组织法框架下具有可行性的修改方案展开分析,以期为此部门规章条款的修改完善提供建议和参考。

## 二、部门规章制定主体的立法差异与规范要求

目前,组织法层面对部门规章制定主体范围的规定存在差异。其中,《立法法》规定与《宪法》条文的不一致是理解部门规章制定主体范围的难点,亦是探讨解决当前诸多现实问题的合宪性前提。故此,首先应当厘清宪法中部门规章制定权的规范内涵以及各组织法规则之间的关系,进而明确部门规章制定主体的规范要素和制度载体。

### (一) 立法差异:从“部委规章”到“部门规章”

根据现行《宪法》和《国务院组织法》,国务院“各部、各委”可依法制定规章。<sup>〔3〕</sup>但《立法法》规定的部门规章制定主体除了“各部、各委”,还包括中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构。<sup>〔4〕</sup>上述组织法规则的差异导致学界对《立法法》部门规章制定主体范围的合宪性存在两种截然不同的态度。严格基于《宪法》文本立场的意见认为,《立法法》中部门规章制定主体范围的扩张规定是对《宪法》的偏离,中国人民银行、审计署和直属机构无权制定规章。<sup>〔5〕</sup>基于立法原意和行政职权行使实际需要的意见则认为,《立法法》的规定是对《宪法》第90条第2款的扩张解释与合理延伸。<sup>〔6〕</sup>第二种观点已为学界和实务界普遍接受。当前面临的实质问题是,如果要扩大现行《立法法》第80条中部门规章制定主体的范围,是否将超出《宪法》第90条第2款的射程范围?由于既有研究对《立法法》规定合宪性的论证尤其是对《宪法》第90条第2款的解释仍有待深入,因而需要对《宪法》和《立法法》中部门规章制定主体的规范要素进行梳理。

〔2〕 参见《中华人民共和国立法法(修正草案)》第21条、《中华人民共和国立法法(修正草案)》(二次审议稿)第2条。

〔3〕 参见《宪法》第90条第2款、《国务院组织法》第10条。

〔4〕 参见《立法法》第80条第1款。

〔5〕 参见袁明圣:《行政立法权扩张的现实之批判》,载《法商研究》2006年第2期,第49—50页。

〔6〕 参见蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2006年版,第392页;袁曙宏、李洪雷:《中国行政立法的新发展》,载周旺生主编:《立法研究》第2卷,法律出版社2001年版,第454页;莫纪宏:《论规章的合宪性审查机制》,载《江汉大学学报(社会科学版)》2018年第3期,第7—8页。

## (二) 规范要素：承担行政管理职能与维护政令统一

无论《立法法》或其他组织法对部门规章制定权作何种修改，首先应当遵循宪法所确立的规范要求，这是“依宪立法”和“依法立法”的应有之义。虽然现有研究指出可以通过合宪性解释使《立法法》中的规章制定主体条款满足宪法要求，或者提出《立法法》的规定符合《宪法》规定部门规章时的立法原意，但这些观点在解释方法、解释理由方面还有待进一步阐释与明确。<sup>〔7〕</sup>对此，本文结合历史背景、制宪者原意和文本结构体系对现行《宪法》第90条第2款进行解释认为，对该款的理解不应仅限于文义层面，而应当在宪法变迁的视角下来把握。<sup>〔8〕</sup>国务院“各部、各委”以外的行政机关（国务院组成机构）制定规章的事实行为得到全国人大制定的《立法法》肯认，并且扩张的主体范围满足《宪法》所设定的承担行政管理职能属性和维护政令统一的双重标准。据此，《宪法》第90条第2款中有权制定规章的主体虽表述为“各部、各委”，但实际的主体范围已经通过《立法法》作了扩张。制定《宪法》和《立法法》的背景与《宪法》的规范逻辑体系可以证明这一观点。

首先，承担行政管理职能和维护政令统一是现行《宪法》设定部委规章制定权的两项核心标准。根据彭真同志当时所做的说明，现行《宪法》对国家机构的设置遵循民主、效率和机关分工合作的方向和要求。<sup>〔9〕</sup>具体到部委规章制定权上来，其目的一方面在于使部委更好地行使行政管理职能，提高行政管理活动的效率。1982年公布的《宪法》草案规定部委有权制定“部门性质的行政法规”就很好地说明了这点。<sup>〔10〕</sup>另外，几乎与《宪法》同时制定的《国务院组织法》也将部委行使行政职权的效率作为规定部委规章制定权的重要考虑。<sup>〔11〕</sup>另一方面，民主原则和机关分工合作、分工配合的原则又要求部委规章应当以法律和国务院的行政法规、决定、命令为制定根据，且部委规章的调整事项限于本部门权限范围内，从而确保政令统一。“保持政令统一，避免政出多门”也确实设定含规章制定权在内的国务院部委职权时的重要考虑。<sup>〔12〕</sup>

其次，《立法法》中部门规章制定主体条款的扩张规定是为解决现行《宪法》中“各部、各委”范围的历史局限性。1982年3月确定的国务院机构改革方案更强调“各部、各委”的职能，只保留了10个直属机构，并且直属机构中承担行政管理职能的为极少数。<sup>〔13〕</sup>因而很难说1982年《宪法》的规定未受当时国务院机构设置和机构职能内容实际情况的影响。其结果是，后来直属机构数量和直属事业单位、直属特设机构等机构类型的增加以及它们制定规章的需求，都未被考虑进《宪法》。随着国务院机构改革方案的调整，直属机构基本担负着与部、委相同的职责，法律、行政法规也需要细化，这使得直属机构制定部门规章的需求日益突出，事实上其也制定了大量规定。<sup>〔14〕</sup>因此，

〔7〕 见前注〔6〕，袁曙宏、李洪雷文；莫纪宏文。

〔8〕 耶利内克提出，“宪法变迁”应与“宪法修改”相区别。“宪法变迁”是指宪法文本形式上保持不变，但通过某些非以修改宪法为目的或无意识的事实行为而对宪法所做的修改。参见〔德〕耶利内克：《宪法修改与宪法变迁论》，柳建龙译，法律出版社2012年版，第3页。

〔9〕 参见彭真：《论新时期的社会主义民主与法制建设》，中央文献出版社1989年版，第160—165页。

〔10〕 参见《中华人民共和国宪法修改草案》（1982年）第91条规定：“国务院各部部长、各委员会主任负责本部门的工作；召集和主持部务会议或者委务会议；根据法律、法令和国务院的行政法规、决议、命令，在本部门的权限内，发布命令、指示和部门性质的行政法规。”

〔11〕 参见习仲勋：《全国人大常委会关于四个法律案的说明》（1982年12月6日在第五届全国人民代表大会第五次会议上）；张友渔、王叔文主编：《中华人民共和国法律通解》，吉林人民出版社1993年版，第210页。

〔12〕 见前注〔11〕，习仲勋文。

〔13〕 参见刘政等主编：《人民代表大会工作全书：1949—1998》，中国法制出版社1999年版，第754—757页、第759页。

〔14〕 参见乔晓阳主编：《中华人民共和国立法法讲话》，中国民主法制出版社2007年版，第279页。

尽管《立法法》制定过程中曾就直属机构能否制定规章存在争议,《立法法》也仍然确立了直属机构制定部门规章的法定地位。

最后,《立法法》的部门规章制定主体条款合乎《宪法》的规定。其一,《立法法》对部门规章制定主体的扩张符合《宪法》所设定的承担行政管理职能属性和维护政令统一的双重标准。《立法法》规定最主要的目的也是促进行政管理职能规范行使,因而对当时扩容对象的表述是“具有行政管理职能的直属机构”。<sup>[15]</sup>同时,扩容对象都与部、委一样受国务院直属领导,这可以避免同一部门出现政出多门的问题,有助于保持政令统一。其二,《立法法》的制定主体是全国人大,全国人大常委会承担前期的草案起草、调研、论证等相关工作。根据《宪法》规定,全国人大及其常委会均是监督宪法实施的机关,并且二者分别享有宪法修改权和宪法解释权。<sup>[16]</sup>因此,在立法者已经关注并讨论直属机构是否有权制定规章问题的情况下,宜采取“合宪性推定”的理论路径推定《立法法》中的部门规章制定主体扩张规定合乎《宪法》,除非有明显事实证明该规定违反了《宪法》。<sup>[17]</sup>其三,宪法规范内部也区分不同的等级层级,与某一具体宪法规则文义上的不一致并不当然违反宪法的核心原则和精神。<sup>[18]</sup>《立法法》对部门规章制定主体的规定虽然在文义上超出了《宪法》第90条第2款的范围,但从规范行政立法权的角度来看,却符合现行《宪法》第5条第1款所规定的依法治国和建设法治国家的原则。

### (三) 制度载体: 由组织法规定部门规章制定主体

由于规章在立法体制和行政管理中的客观作用,以及规章失范现象有损法制的统一和尊严,《立法法》将规章纳入其调整范围。<sup>[19]</sup>然而,如何在立法权和行政权的谱系中界定规章制定权的性质却仍有待进一步明确。事实上,2000年《立法法》起草过程中曾就规章是否属于法的渊源展开讨论。<sup>[20]</sup>《立法法》出台后,学界总体上承认规章是法的渊源之一,并将规章制定权界定为立法权体系的组成部分。<sup>[21]</sup>也有观点进一步提出,部门规章属于执行性立法。<sup>[22]</sup>但是,这些观点并未清晰阐述规章制定权背后行政权和立法权的配置逻辑。对该问题的明确是探讨部门规章制定主体立法完善方案的必要前提。

其实,行政主体的设立和为相应行政机关配置权限是两回事,不能简单将行政机关享有的权限等同于行政权。有观点指出,我国立法与行政的权限分配是一种立法分离型结构,立法权自身分离给立法机关和行政机关,行政机关行使立法权应受限制。<sup>[23]</sup>在规章制定权问题上,立法者的

[15] 参见张春生主编:《中华人民共和国立法法释义》,法律出版社2000年版,第212—215页;见前注[14],乔晓阳书,第276—279页。

[16] 参见《宪法》第62条第(1)(2)项和第67条第(1)项。

[17] 有关合宪性推定理论的著述可参见韩大元:《论宪法解释程序中的合宪性推定原则》,载《政法论坛》2003年第2期,第3—7页;韩大元:《论合宪性推定原则》,载《山西大学学报(哲学社会科学版)》2004年第3期,第50—57页;王书成:《合宪性推定的正当性》,载《法学研究》2010年第2期,第23—35页等。

[18] 该主张由韩大元教授提出。参见韩大元:《论宪法规范的至上性》,载《法学评论》1999年第4期,第28—29页。

[19] 参见顾昂然:《关于〈中华人民共和国立法法(草案)〉的说明》(2000年3月9日在第九届全国人民代表大会第三次会议上)。

[20] 参见陈斯喜、刘海涛:《关于〈立法法〉制定过程中不同观点的综述》,载《国家行政学院学报》2000年第2期,第69页。

[21] 参见周旺生:《立法学》,法律出版社2009年版,第273—276页;李培传:《论立法》,中国法制出版社2013年版,第182页。

[22] 参见沈福俊:《部门规章为什么没有行政许可设定权——部门规章功能分析》,载《政治与法律》2005年第6期,第74页。

[23] 参见黄宇晓:《立法与行政的权限分配》,载《法学家》2020年第1期,第47页。

考虑也确实如此。立法者一方面承认规章在立法体系中的作用和功能,另一方面也强调“行政机关毕竟不是立法机关”。<sup>[24]</sup>可见,部门规章制定主体范围问题应置于立法权配置框架中来理解。

就立法形式而言,部门规章制定主体条款的规范载体应当是组织法。现行《立法法》第8条第(2)项规定,“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”只能制定法律。根据我国立法实践,上述事项均由组织法规定。<sup>[25]</sup>2000年《立法法》的起草意见也表明,划分立法权限的法律应当是组织法。该草案说明指出,“宪法和有关法律对立法权限的划分,已经作了原则规定。《立法法》以宪法为依据,对立法权限的划分进一步作了规定”,同时也解释“宪法和有关法律”是指“宪法、全国人大组织法和地方组织法”。<sup>[26]</sup>因此,当前与立法主体有关的内容首先应由《立法法》这一调整国家立法权分配的基本法律做出规定。

综上所述,现行《宪法》第90条第2款的规范内涵由于《立法法》的扩张规定而发生变迁,并且这种变迁满足《宪法》确定的规范要求。对于部门规章制定主体范围的界定,承担行政管理职能和确保政令统一是《宪法》《国务院组织法》和《立法法》一贯遵循的标准。在现行立法体制下,部门规章制定主体的范围应当由组织法做出规定,并且首先应当在《立法法》中进行规定。

### 三、部门规章制定主体条款的规范效力面临挑战

接下来的问题是,《立法法》的部门规章制定主体条款作为发展《宪法》第90条第2款的规定,其规范效力是否完备呢?从规范与现实的冲突来看,现行《立法法》第80条第1款面临诸多挑战。这些挑战有的是2000年《立法法》出台时没有解决的,有的则是《立法法》实施过程中出现的新问题。目前,这些问题主要涉及部门规章制定权的分配机制和分配对象,并具体表现为法条授权现象待规范、党政合署机构制定部门规章欠缺规范依据和国务院机构部门规章制定主体范围待完善三个方面。

#### (一) 法条授权与《立法法》双轨并行

自20世纪90年代以来,单行法超越《宪法》和《立法法》规定授予其他主体部门规章制定权的情况一直存在。笔者对单行法中授予规章制定权的规范进行了梳理,并与授权当时组织法规定的规章制定主体范围作了对比,具体如表1所示。图表可较为清晰地说明,绝大多数情况下,法条授权的对象都不是组织法规定的部门规章制定主体。在部门规章制定权的分配机制上,法条授权与现行《立法法》第80条构成并列关系,并且二者之间存在张力。

表1 单行法授予部门规章制定权规范汇总表

授权对象	授权依据	组织法规定的部门规章制定主体
中国人民银行	《中国人民银行法》(1995年)第4条第(5)项	“部、委”
	《反洗钱法》(2006年)第8条	“部、委、行、署”

[24] 见前注[15],张春生书,第5—6页。

[25] 例如《全国人民代表大会组织法》《国务院组织法》《人民法院组织法》《人民检察院组织法》《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》。

[26] 见前注[19],顾昂然文。

续表

授权对象	授权依据	组织法规定的部门规章制定主体
证监会	《证券法》(1998年)第167条第(1)项	“部、委”
	《证券投资基金法》(2003年)第76条第(1)项、《期货和衍生品法》(2022年)第111条第1款	“部、委、行、署”
银监会	《银行业监督管理法》(2003年)第15条	“部、委、行、署”
保监会	《保险法》(2009年)第135条	“部、委、行、署”
中国海警局	《海警法》(2021年)第82条	“部、委、行、署”
国家保密局	《保守国家秘密法》(2010年)第41条	“部、委、行、署”
国家密码管理局	《密码法》(2019年)第42条	“部、委、行、署”

已有研究对法条授权在实质和形式方面存在的问题作了详细的分析列举。<sup>[27]</sup> 不过,上表所揭示的法条授权对《宪法》《立法法》的超越还未有研究专门讨论。目前,法条授权与《立法法》的衔接问题已为立法者所关注到,并拟通过在这次《立法法》修正案草案中增加“法律规定的机构”来加以规范。<sup>[28]</sup> 如此调整固然有助于从形式上理顺法条授权与《立法法》的关系,但该方案是否满足设定规章制定权规范化、体系化和科学化的要求却是有待商榷的。

首先,单行法的授权应当限于事项内容的授权,而不应涉及规章制定权的创设。已有研究将法条授权分为两类,分别是“由法律做统一规定的条件还不成熟,所以授权有关机关作出规定”和“有一些本来就不是法律作规定的,而是为保证法律的贯彻执行,要求有关机关制定相应的规定”,并且只有前者可在法律保留原理基础上讨论其授权规范的真正意义。<sup>[29]</sup> 如前文所言,立法权的分配应当由《立法法》统一调整。然而,实践情况却如表1所表明的,这些单行法中的授权条款规定了本应由《立法法》规定的事项。从具体规定上来说,按照现行《立法法》第80条第2款的规定,法条授权的定位应当是为部门规章“设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范”或“增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责”提供内容上的依据。因此,明确法条授权的定位可以阐释并发挥其对于部门规章制定权行使的规范功能,同时亦有助于维护《立法法》的权威与法制统一的尊严。事实上,这也正是2015年《立法法》修正案规定该款的缘由。<sup>[30]</sup>

其次,从有效性的角度来看,当前拟增加“法律规定的机构”方案的现实解决力是有限的。法条授权不足以覆盖当前欠缺规章制定权依据的机构范围。换言之,不具备法条授权的这部分机构无法通过这一调整获得部门规章制定权,例如国务院直属特设机构国资委、因机构改革并入党中央工作机构的国家新闻出版署、国家宗教事务局和国家档案局。长远而言,法条授权应遵循的实质性规范要求仍需《立法法》加以明确。更重要的是,在部门规章制定权分配机制问题上,法条授

[27] 参见陈伯礼:《法条授权研究》,载《沈阳师范学院学报(哲学社会科学版)》2000年第3期,第1—5页。

[28] 参见《总结立法实践经验践行全过程人民民主》,载中国人大网2022年10月28日, <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202210/af4aaeda32ca4b00872ec6c5b6121817.shtml>。

[29] 参见门中敬:《规范行政保留的宪法依据》,载《国家检察官学院学报》2017年第1期,第97—98页。

[30] 参见李建国:《关于〈中华人民共和国立法法修正案(草案)〉的说明》(2015年3月8日在第十二届全国人民代表大会第三次会议上)。

权与《立法法》之间的张力仍旧存在。因此,《立法法》需要提供实质性解决方案而非形式化方案。

## (二) 党政合署机构制定规章的依据待明确

2018年实施的党政合署机构改革引发学界对国家机构理论和组织制度的广泛关注。学界的讨论主要集中于如何确保这类机构行政活动的合法化。<sup>[31]</sup> 有研究指出,处理好党规与国法的关系是把握执政党与行政主体协调关系的关键。<sup>[32]</sup> 个别研究已关注到党政合署机构制定规范性文件的问题,主张党政合署机构可基于“政”的属性继续制定具有外部拘束力的规范性文件,并具体探讨了规范性文件的调整对象范围以及行政诉讼中附带审查如何操作的问题。<sup>[33]</sup> 但现有研究均未涉及党政合署机构制定部门规章的主体地位问题。

事实上,党政合署机构制定部门规章的合法性问题并非到2018年机构改革才出现。在部委管理的国家局中,国家保密局、国家密码管理局和国家档案局分别于1998年、2008年和2013年实行党政合署管理体制,作为党的工作机构履行管理职责。<sup>[34]</sup> 2018年党政合署机构改革只涉及对国家新闻出版署和国家宗教事务局机构属性的调整。但按照《立法法》的规定,部门规章制定主体范围始终限于国务院领导的机构和部门,不包括党政合署机构。因此,《立法法》并非上述机构制定部门规章的规范依据。

另外,在目前涉及部门规章制定权问题的所有党政合署机构中,仅有国家保密局和国家密码管理局可依据法条授权制定部门规章。<sup>[35]</sup> 国家新闻出版署、国家宗教事务局、国家档案局不能依据《立法法》或单行法授权制定部门规章。<sup>[36]</sup> 实践中,国家新闻出版署、国家宗教事务局、国家档案局制定“事实性规章”<sup>[37]</sup>的情况各不相同。2018年机构改革以来,国家新闻出版署没有制定新的部门规章。国家宗教事务局共制定了6部“事实性规章”。<sup>[38]</sup> 国家档案局自1983年以来持续制定共计21件“事实性规章”,其中有9件规章是在实行党政合署管理体制后制定。<sup>[39]</sup> 对于这部分

[31] 参见陈征:《党政机关合并合署与行政活动的合法化水平》,载《法学评论》2019年第3期,第27—37页;林鸿潮:《党政机构融合与行政法的回应》,载《当代法学》2019年第4期,第50—59页;刘权:《党政机关合署办公的反思与完善》,载《行政法学研究》2018年第5期,第39—49页;任喜荣:《国家机构改革的宪法界限》,载《当代法学》2017年第4期,第16—26页。

[32] 参见喻少如、刘文凯:《党政机构合署合设与行政主体理论的发展》,载《南京社会科学》2019年第4期,第103页。

[33] 见前注[31],林鸿潮文,第50—59页。

[34] 参见《国务院关于部委管理的国家局设置的通知》(国发[1998]6号)、《国务院关于部委管理的国家局设置的通知》(国发[2008]12号)、《国务院关于部委管理的国家局设置的通知》(国发[2013]15号)。

[35] 国家保密局和国家密码管理局分别依据《保守国家秘密法》(2010年)第41条和《密码法》(2019年)第42条制定规章。实践中,二者分别于2014年和2021年制定了各自部门的首部规章。

[36] 需要指出的是,根据《国务院关于机构设置的通知》(国发[1998]5号),党政合署机构改革前的国家新闻出版署和国家宗教事务局是彼时国务院领导的“具有行政管理职能的直属机构”。二者有权依据《立法法》制定部门规章。但2018年的机构改革使得二者机构属性调整为党的工作机构,不再由国务院直接领导,故二者制定部门规章的规范依据此时也需加以明确。

[37] “事实性规章”是指,该规章的制定主体不属于现行《立法法》第80条第1款的范围或不具备单行法上的授权依据。

[38] 国家宗教事务局制定的6部“事实性规章”分别是:《宗教活动场所财务管理暂行办法》《互联网宗教信息服务管理办法》《宗教院校管理办法》《宗教教职人员管理办法》《伊斯兰教朝觐事务管理办法》和《宗教团体管理办法》。参见“国家宗教事务局规章目录”,载国家宗教事务局官方网站, <https://www.sara.gov.cn/gjzjswj/xxgk/bmgz/index.shtml>,最后访问日期2023年1月28日。

[39] 参见“国家档案局部门规章库”,载国家档案局官方网站, [https://www.saac.gov.cn/daj/xzfgk/xzfgk\\_3.shtml](https://www.saac.gov.cn/daj/xzfgk/xzfgk_3.shtml),最后访问日期2022年12月12日。

“事实性规章”，《立法法》应当明确其效力和制定主体的合法性问题。

### （三）国务院部门规章制定主体范围待扩充

《立法法》部门规章制定条款的另一不足之处是其对国务院规章制定主体范围的界定有待完善。国务院直属领导的特设机构和直属事业单位在管理实践中，持续制定部门规章。但现行《立法法》第 80 条却将这两类机构排除在外。那么，此次《立法法》修改是否应当明确二者制定规章的主体地位呢？答案是肯定的。

按照是否对外承担公共行政管理职能，国务院现有的直属特设机构和国务院直属事业单位可分为两类。第一类是承担公共行政管理职能的机构，包括国务院国资委、证监会、银保监会和中国气象局。第二类是不承担公共行政管理职能的机构，具体包括新华社、中国科学院、中国社科院、中国工程院、国务院发展研究中心、中央广播电视总台。实践中，第一类机构制定了大量规章，第二类机构则没有制定规章。同时，第一类机构还建立了统一的规章制定程序规范或年度立法计划工作机制。具体情况如表 2 所示。这说明，承担公共行政管理职能的机构具有制定部门规章的客观需求，规章制定实践具有自主性、规模性和程序性的特征。

表 2 国务院直属特设机构和直属事业单位通过“令”制定部门规章情况统计表<sup>〔40〕</sup>

机 构	规章信息	制定主体	总数 (件)	现行有效 (件)	规章制定 程序规范	规章制定 年度计划
直属特设机构		国资委	42	27	无	有
直属事业单位		证监会	202	88	《证券期货规章 制定程序规定》	有
		银保监会	49	50 <sup>〔41〕</sup>	无	有
		中国气象局	40	18	无	无

从承担行政管理职能和受国务院直接领导这两个特征来看，表 2 中的机构与直属机构乃至部、委并无二致。然而，《立法法》第 80 条规定的“具有行政管理职能的直属机构”却无法包含同样承担行政管理职能的国务院直属特设机构和国务院直属事业单位。尽管证监会和银保监会可依据法条授权制定部门规章，但法条授权的规范程度和覆盖面是无法与《立法法》相比的。因此，承担行政管理职能的国务院直属特设机构和直属事业单位的规章制定权应当一并纳入现行《立法法》第 80 条修改的考虑范围。

〔40〕 此表中的各项信息系笔者根据 2022 年 10 月 20 日在国务院国资委官方网站规章库 (<http://xxgk.sasac.gov.cn:8080/gdnps/pc2/zhengce/list.jsp>)、证监会官方网站规章目录 ([http://www.csrc.gov.cn/csrc/c101953/zfxxgk\\_zdggk.shtml](http://www.csrc.gov.cn/csrc/c101953/zfxxgk_zdggk.shtml))、银保监会官方网站规章及规范性文件数据库 (<http://www.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemList.html?itemPid=923&itemId=928&itemUrl=ItemListRightList.html&itemName=规章及规范性文件&itemsubPid=926>)、中国气象局官方网站规章库 (<http://www.cma.gov.cn/gzk/index.html>) 查询数据的整理。

〔41〕 该数据为 2018 年机构改革重组银保监会以来通过“银保监会令”制定、修改的规章数量，因个别涉及对原银监会、原保监会规章的打包修订，故现行有效规章数量多于“银保监会令”的总件数。同时，不排除有个别原银监会、原保监会规章仍被现银保监会继续实施的情况，因此银保监会现行有效规章的实际数量可能不止 50 件。

## 四、解决路径：扩大部门规章制定主体的范围

部门规章在国家立法体制中的地位和功能愈发重要。但按照现行《立法法》对部门规章制定主体的规定，上文论及的诸多问题无法以解释的方式得到解决，只能通过修法的方式来解决。

### （一）部门规章日益重要

首先，从立法的角度来看，大量法律、行政法规都需要部门规章进行细化。以近十年制定或修改的法律为例，在反外国制裁、海上交通安全管理、海警海上执法、涉核货物运输管理、密码管理、药品及疫苗管理、外商投资、精神卫生鉴定、法律援助、律师协会管理等领域，法律都对部门规章的细化实施做出规定。<sup>〔42〕</sup>对于明显不属于地方事务的事项，如反外国制裁、密码管理、保守国家秘密等，法律通常还会直接要求国务院有关主管部门就有关内容制定部门规章。<sup>〔43〕</sup>

其次，从行政权行使的角度来看，部门规章是规范抽象行政行为的重要机制。在行政处罚领域，《行政处罚法》明确了部门规章设定行政处罚和实施行政处罚的权限，并且规定规章以下的其他规范性文件不得设定行政处罚。<sup>〔44〕</sup>如此规定是为了解决有些行政机关随意设定行政处罚的问题。<sup>〔45〕</sup>在行政许可领域，尽管规范性文件也可就法律、行政法规已规定的许可事项做出细化规定，但《行政许可法》更加强调由规章进行细化。<sup>〔46〕</sup>可见，在我国多层次立法体系中，部门规章是规范行政规则制定权的一类重要制度规范。

最后，部门规章是法院进行司法裁判的重要规范依据。在行政诉讼中，部门规章享有参照适用资格和不受审查的地位。《行政诉讼法》的受案范围条款明确排除了对规章提起的行政诉讼，同时在审理依据部分明确规章的参照适用地位。<sup>〔47〕</sup>对于符合法律、行政法规规定的规章，法院应当参照。<sup>〔48〕</sup>2014年《行政诉讼法》修改虽然确立了附带审查制度，但审查对象仅限于“规章以下的规范性文件”。<sup>〔49〕</sup>因而在行政行为需要接受审判机关审查的情况下，部门规章能够为行政管理活动提供稳定的规范资源。同时，部门规章对民事诉讼的影响力也日渐增强。2005年，最高人民法院曾在其公报案例中明确，部门规章不能作为确认合同效力的依据。<sup>〔50〕</sup>近来，最高人民法院的立场有所转变。在2016年的“中信银行股份有限公司济南分行与海航集团有限公司等执行异议之诉纠纷再审案”中，最高

〔42〕 参见《反外国制裁法》(2021年)第13条、《海上交通安全法》(2021年)第7、9、54、61、63、103、109条、《密码法》(2019年)第42条、《保守国家秘密法》(2010年)第41条、《核安全法》(2017年)第53条、《疫苗管理法》(2019年)第5条第2款、《精神卫生法》(2018年)第34条、《法律援助法》第22、31、32、42、44条、《律师法》(2017年)第46条。

〔43〕 参见《反外国制裁法》第13条、《密码法》(2019年)第42条、《保守国家秘密法》(2010年)第41条。

〔44〕 参见《行政处罚法》(2021年)第13条和第16条。

〔45〕 参见曹志：《关于〈中华人民共和国行政处罚法(草案)〉的说明》(1996年3月12日在第八届全国人民代表大会第四次会议上)，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1996年第3期，第15—17页。

〔46〕 《行政许可法》(2019年)第16条第3款规定：“规章可以在上位法设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定。”

〔47〕 参见《行政诉讼法》(1989年)第12条第(2)项、第53条第1款。

〔48〕 参见王汉斌：《关于〈中华人民共和国行政诉讼法(草案)〉的说明》(1989年3月28日在第七届全国人民代表大会第二次会议上)，载《中华人民共和国国务院公报》1989年第7期，第311页。

〔49〕 参见《行政诉讼法》(2014年)第53条；信春鹰：《关于〈中华人民共和国行政诉讼法修正案(草案)〉的说明》，载《全国人民代表大会常务委员会公报》2014年第6期，第689页。

〔50〕 参见最高人民法院民事判决书，(2005)民二终字第150号。

人民法院援引原银监会规章《商业银行股权管理暂行办法》来否定商业银行股权代持行为的法律效力。<sup>〔51〕</sup>在2022年发布的公报案例“饶国礼与江西省监狱管理局物资供应站等房屋租赁合同纠纷案”中，最高人民法院援引原住建部规章《商品房屋租赁管理办法》否定了双方当事人合同行为的法律效力。<sup>〔52〕</sup>

由上可见，部门规章在我国立法体制中发挥着极其重要的功能。部门规章作为行政立法的主体，其不仅缓解了法制转轨时期人大立法不足的问题，而且为维护社会经济秩序提供了必要的行为规范。<sup>〔53〕</sup>党的二十大报告要求“优化政府职责体系和组织结构，推进机构、职能、权限、程序、责任法定化，提高行政效率和公信力”，<sup>〔54〕</sup>这就需要部门规章为行政管理供给及时、灵活、有效的规范资源。因此，有必要进一步规范和完善部门规章制定主体体系。

## （二）现行规定的局限性

根据现行《立法法》第80条，有权制定部门规章的主体为“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”。该条以明确列举的方式严格限定了部门规章的制定主体范围，并且难以通过解释进行延展。

### 1. 部门规章制定主体限于国务院体系内

现行《立法法》第80条中“国务院”的总体限定和其所列举的机构表明，部门规章制定主体仅限于国务院体系内。其实，部门规章制定主体限于国务院体系内是2000年《立法法》规定部门规章制定权的重要标准。《立法法》中的部门规章制定主体范围是对现行《宪法》第90条第2款国务院“各部、各委员会”作扩张解释的结果。<sup>〔55〕</sup>促进国务院直属机构更好行使行政职权既是扩张解释的根据，也是框定扩张范围的依据。<sup>〔56〕</sup>其结果是，当前《立法法》中的部门规章制定主体仅限于国务院领导的机构。

### 2. 有限的“具有行政管理职能的直属机构”

从文义解释的角度来看，当前的部门规章制定主体范围中，“部、委、行、署”均十分明确，“具有行政管理职能的直属机构”是唯一存在解释空间的不确定法律概念。不过，2000年《立法法》制定时立法者对直属机构的界定是清晰明确的。

参与2000年《立法法》制定的工作人员曾专门就部门规章制定主体范围问题做过说明：

“制定部门规章的主体有哪些呢？……赋予具有行政管理职能的直属机构享有规章制定权，是立法法新增加的内容。根据第九届全国人民代表大会第一次全体会议审议批准的国务院组成部门设置方案和经国务院第一次全体会议审议通过的国务院直属机构设置方案，国务院现有组成部、委员会29个，直属机构17个。”<sup>〔57〕</sup>

根据当时国务院的机构设置方案，这17个直属机构分别是：海关总署、国家税务总局、国家环保总局、民用航空总局、国家广电总局、国家体育总局、国家统计局、国家工商行政管理局、国家新

〔51〕 参见最高人民法院民事判决书，(2016)最高法民再360号。

〔52〕 参见“饶国礼与江西省监狱管理局物资供应站等房屋租赁合同纠纷案”，载《最高人民法院公报》2022年第6期，第24—36页。

〔53〕 参见陶广峰：《效率与正当性：我国行政立法制度的核心——美国行政立法制度的借鉴意义》，载《比较法研究》2013年第6期，第120页。

〔54〕 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》，载《人民日报》2022年10月26日，第2版。

〔55〕 见前注〔6〕，蔡定剑书，第392页。

〔56〕 见前注〔14〕，乔晓阳书，第278—279页。

〔57〕 见前注〔15〕，张春生书，第212页。

闻出版署、国家林业局、国家质量技术监督局、国家药品监督管理局、国家知识产权局、国家旅游局、国家宗教事务局、国务院参事室、国务院机关事务管理局。<sup>〔58〕</sup>也就是说,2000年《立法法》中有权制定部门规章的直属机构是以国务院机构设置方案中狭义的“直属机构”为标准,不包括直属事业单位,更不包括国务院部委管理的国家局。<sup>〔59〕</sup>目前国务院的组织机构包括办公厅、组成部门、直属特设机构、直属机构、办事机构、直属事业单位六种类型,直属机构与其他五类机构为并列关系。<sup>〔60〕</sup>据此,国务院直属事业单位和直属特设机构不能依据《立法法》制定部门规章。

至于“具有行政管理职能”的规定,其只是职能限定条件。按照2000年《立法法》制定时立法工作者的理解,“具有行政管理职能”是指面向社会实施行政管理。<sup>〔61〕</sup>那么,在上述17个直属机构中,并不承担公共管理职能的国务院参事室和国务院机关事务管理局,就不应享有规章制定权。

可见,《立法法》关于部门规章制定主体的规定是清楚明确的,享有部门规章制定权的主体只能是“部、委、行、署”和狭义的“具有行政管理职能的直属机构”。这样明确规定的结果是,该规定缺乏解释空间上的弹性和延展性。进而导致承担行政管理职能的国务院直属特设机构、直属事业单位和党政合署机构无法通过解释现行《立法法》第80条而获得规章制定权。虽然个别机构可依据法条授权制定部门规章,但法条授权与《立法法》第80条构成了事实上的“双轨制”,反过来也说明《立法法》本身存在局限性。因此,解决方案只能是扩大部门规章的制定主体范围,以及如何合法合理地实现扩容。

## 五、部门规章制定主体扩容的立法设计

前文已经论及,部门规章制定权只能由组织法并且首先应当是《立法法》进行调整。但在我国目前的组织法秩序内,通过《立法法》规定并不当然排除其他组织法做出规定的可能。因而在此有必要就上述问题的解决是采取分散立法模式还是统一立法模式展开分析,方可进一步讨论扩容的具体规定问题。

### (一) 立法模式:分散抑或统一?

目前,部门规章制定主体条款规范效力面临的问题理论上可以通过分散立法模式解决。但结合现实情况来看,由《立法法》作统一规定更符合规范要求,也更为可行。一方面,前文已经论证,《立法法》中的部门规章条款具备合宪性基础,若拟扩容对象满足部门规章制定主体应具备的规范要件,那么由《立法法》实现扩容是顺其自然的。现实情况是,前文指出的党政合署机构和国务院直属特设机构、直属事业单位符合承担行政管理职能的要求,其组织层级设置上也可满足保持政令统一的要求。另一方面,《立法法》对规章的制定主体、权限、内容和程序的重点内容作了规定,<sup>〔62〕</sup>因而部门规章制定主体范围的变动理由由《立法法》进行回应和调整。

就具体问题的解决力而言,由《立法法》统一规定是更为合宜的。法条授权与《立法法》第80条所形成的“双轨制”格局有赖于《立法法》进行规制和调整,从而统一部门规章制定权的分配机制,维护法制统一。同时,就扩容对象涉及的党政合署机构和国务院有关机构而言,由《立法法》做出规定是更为行之有效的。

〔58〕 参见《国务院关于机构设置的通知》(国发〔1998〕5号)。

〔59〕 国务院1998年的机构设置方案中,部委管理的国家局的设置方案以另文发布。参见《国务院关于部委管理的国家局设置的通知》(国发〔1998〕6号)。

〔60〕 参见《国务院关于机构设置的通知》(国发〔2018〕6号),载《国务院公报》2018年第10期,第21—22页。

〔61〕 见前注〔15〕,张春生书,第213—214页。

〔62〕 参见《立法法》第四章第二节。

是否承认党政合署机构规章制定权的关键在于其是否应当享有立法权。对于党政合署后继续承担行政管理职能的这部分机构而言,它们制定部门规章以更好实施行政管理的需求客观存在,这是必须面对的现实问题。更深层的原因还在于,由于党政合署机构的“党-政”二元属性,对于其制定的规则,立法体制需要设立“党规”与“国法”的界分装置。《立法法》在统一调整立法权分配上的地位决定了其能够就上述问题提供解决方案。同时,此次《立法法》修改拟将典型的党政合署机构即国家监察委员会制定的监察法规纳入调整对象。这亦说明《立法法》能够且应当对党政合署机构的规章制定权做出规定。

就国务院体系内的扩容对象而言,由《立法法》做出规定更为可行。尽管国务院可以通过机构改革程序改变有关机构为“部、委”或“直属机构”,使相关主体享有部门规章制定权,但该方案的可行性和解决力十分有限。第一,国务院国资委作为国务院直属特设机构,是否应当赋予其公共职能目前尚存争议。国资委之所以是政府特设机构,正是为了强调其不同于承担公共管理职能的一般行政机构。<sup>[63]</sup>在国资管理体制还有待进一步论证的情况下,目前暂不宜调整其机构属性。第二,个别国务院直属事业单位的规章制定权已具备单行法的授权。因此,调整机构属性方案对于确立国务院直属事业单位的规章制定权而言,其作用也是有限的。

## (二) 立法内容:依据宪法标准修改《立法法》

《立法法》在扩容部门规章制定主体时,应当遵循《宪法》所确立的承担行政管理职能的职能属性和维护政令统一的双重标准。

因《立法法》已在第四章第二节中专门规定了部门规章的有关事宜,故此次扩容调整的立法位置是清晰的。结合部门规章制定条款和当前扩容需要,立法者可以考虑做两处修改。一是在第四章第二节中增设条文:“第\*条(党政合署机构规章)党政机构改革后继续行使行政管理职能的机构制定规章,参照国务院部门规章的规定。”二是将现行《立法法》第80条第1款调整为:“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和直属领导的其他具有行政管理职能的机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在各自权限范围内,制定规章。”

对于这两个条款,需做如下解释:

第一,扩容对象系依据《宪法》所确立的承担行政管理职能和维护政令统一两项规范要素确定。这也是《国务院组织法》和2000年《立法法》在部门规章制定主体范围问题上所一贯遵循的。部门规章制定主体及其扩容应由《立法法》统一规定,这有利于维护社会主义法制的统一和尊严。同时,明确法条授权的功能主要在于为规章提供调整事项范围上的依据,这既有利于理顺部门规章制定权的设定机制,也有助于发挥法条授权对规章内容的规范功能。

第二,党政合署机构规章条款,旨在明确党政合署之后继续行使行政管理职能这部分机构的规章制定权。这部分机构满足承担行政管理职能和维护政令统一的宪法要求,其行政管理实践也存在制定规章的客观需求,《立法法》对此亦做出规定。这样规定符合依法立法、依法行政、依法治国和建设社会主义法治国家的要求。需要明确的是,相应规章的制定工作应当以对外行使行政职权的机关名义进行,从而区别其制定的是规章还是党内规定。由于《立法法》对国务院部门规章权限范围、制定程序、决定程序、公布程序、公布载体、效力层级的规定已相对完备,故党政合署机构规章原则上可参照国务院部门规章的规定。

第三,国务院部门规章制定主体条款的调整主要是解决当前国务院直属特设机构、直属事业

<sup>[63]</sup> 参见王全兴、傅蕾、徐承云:《国资委与国资运营主体法律关系的定性探讨》,载《法商研究》2003年第5期,第32页;王新红:《论企业国有资产管理体制的完善——兼论国资委的定位调整》,载《政治与法律》2015年第10期,第133页。

单位的规章制度制定权问题,弥补现行规定范围过窄而形成的“开放性漏洞”。同时,该调整亦可厘清多年来部门规章制度制定权问题上“直属机构”“直属事业单位”“直属特设机构”概念的混淆。

## 六、结 语

综上所述,现行《宪法》第90条第2款的内涵经由2000年《立法法》的扩张解释而变迁,承担行政管理职能和维护政令统一是界定部门规章制定主体的宪法标准。现行《立法法》第80条虽然合乎宪法规定,但其规范效力由于自身科学化不足和实践发展而受到挑战。这些挑战涉及部门规章制定权的分配机制和分配对象,并具体表现为法条授权现象待规范、党政合署机构制定部门规章欠缺规范依据和国务院机构部门规章制定主体范围待完善三个方面。文章分析指出,依据《宪法》所确立的双重标准,由《立法法》扩大部门规章制定主体的范围是解决上述困境可行的方法。在文本层面,立法者可以考虑对《立法法》作如下调整:

第一,在第四章第二节中增设条文:“第\*条(党政合署机构规章)党政机构改革后继续行使行政管理职能的机构制定规章,参照国务院部门规章的规定。”

第二,将现行《立法法》第80条第1款调整为:“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和直属领导的其他具有行政管理职能的机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在各自权限范围内,制定规章。”

---

**Abstract** The constitutional departmental rule legislator should undertake administrative function and maintain the unification of government decrees. However, there is a challenge on the normative effectiveness of Article 80 paragraph 1 of the Legislation Law though it is constitutional. Firstly, a “dual-track system” formed between the delegation by clause and the Legislation Law on the setting of the rule-making power is detrimental to the unification of the legal system. Secondly, the specific scope of the provisions of Article 80 paragraph 1 needs to be improved. The co-working institutes of the Communist Party and government organs, public institutions and ad hoc committee directly under the State Council undertake administrative management, and their legal basis of rule-making power needs to be defined. At the moment, the scope of the departmental rule-makers should be expanded by the amendment of the Legislation Law in accordance with the Constitution. Meanwhile, the function of delegation by clause which is just applied to the authorized item must be clarified in the amendment to establish a normative, rational, and methodical system of departmental rule-makers. As a result, the department rule clause on the co-working institutes of the Communist Party and government organs should be added and the written form of the State Council’s departmental rule-makers needs to be redefined in the text structure of the Legislation Law.

**Keywords** Legislation in Accordance with the Constitution, Delegation by Clause, Co-Working of the Communist Party and Government Organs, Directly Affiliated Institutions, Constitutional Change

---

(责任编辑:黄宇骁)