

# 论出入境边防检查中的行政规范性文件

祝洁明 邵磊

(上海出入境边防检查总站, 上海 200335)

**摘要:**行政规范性文件在出入境边防检查法治进程中具有典型意义。当前,出入境边防检查中的行政规范性文件数量庞大,涉及面广,变化频繁。由于行政规范性文件存在效力问题与行政救济和司法救济制度方面的缺陷,因此,应当通过加强出入境立法工作,完善程序和实体方面的规定,在此基础上做好清理行政规范性文件的工作,以提高边检机关的执法权威和执法能力,维护出入境人员的合法权益。

**关键词:**边防检查;法治;规范性文件

**中图分类号:** D631.46

**文献标识码:** B

**文章编号:** 1008 - 5750(2008)04 - 0062 - (04)

自1985年我国出入境“两法”(《中华人民共和国外国人入境出境管理法》、《中华人民共和国公民出境入境管理法》)施行以来,我国出入境管理工作逐步走上了法治的轨道。除了“两法”及其细则、行政法规、规章外,二十多年以来我国出入境边防检查行政工作还大量依赖行政规范性文件的指导。行政规范性文件在我国出入境管理领域具有十分典型而特殊的意义。通过世界眼光和历史眼光来审视分析出入境边检行政规范性文件的意义和特质,有助于边检机关对行政规范性文件的认识层面和运用方式的进一步深化,有助于准确定位我国出入境检查领域在法治进程中所处的历史阶段,有助于推进当前出入境立法和日常依法行政等工作,从而在正确的道路上进一步推动我国出入境法治的历史进程。

## 一、出入境边防检查中行政规范性文件的定义、形式及特点

### (一) 行政规范性文件的释名及定义

行政规范性文件,通常也称“其他规范性文件”、“一般规范性文件”,迄今为止我国还没有统一的提法。在立法上,我国宪法和组织法称之为“行政措施”、“决定”、“命令”;《行政诉讼法》称之为“决定”、“命令”(第12条);《行政处罚法》称之为“其他规范性文件”(第14条);《行政复议法》称之为“规定”(第7条);《行政许可法》称之为“其他规范性文件”(第17条)。在司法实践

中,1999年最高人民法院在《关于执行中华人民共和国行政诉讼法若干问题的解释》中称之为“行政规范性文件”(第3条)、“其他规范性文件”(第62条)。

2004年我国行政法学界提出了关于规范性文件的通说:“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以外的决定、命令等普遍性行为规则的总称。”这可以作为对行政规范性文件的名称和定义的参考标准。

出入境边防检查中的行政规范性文件就是由国务院下属外交部、公安部和其他部委及所属行政机关依据出入境边检法律、法规所制定的,规章以下的行政决定、命令等普遍性行为规则的总称。

### (二) 出入境边防检查中的行政规范性文件的形式

出入境边防检查领域的行政规范性文件主要包含两个方面:一是内部的行政规则,主要是内部勤务组织和工作规程;二是外部行政规范,主要是边检机关据以作出具体行政行为的指导性文件。鉴于不少同行在实际工作中对行政规范性文件的认识存在模糊,笔者认为有以下方法来确定:

1. 行政规范性文件与“红头文件”的区别。行政规范性文件一般以“红头文件”的形式下发。比较而言,“红头文件”是一个更广义、更社会化、指称范围更宽的概念;行政规范性文件仅指设定行为标准的公文,指称范围较窄一些。

收稿日期:2008 - 05 - 19

责任编辑:何银松

作者简介:祝洁明,男,上海出入境边防检查总站办公室主任;邵磊,男,上海出入境边防检查总站办公室法制干部。

2. 行政规范性文件与规章的区别。一是从形式上来区分,2000年7月1日《立法法》实施以后,规章都必须以“令”的形式发布;行政规范性文件则不以令的形式发布,往往以通知、函等形式下发。二是从结构上看,规章一般采用章、节、条、款的结构,而行政规范性文件一般来说结构比较松散。三是规章要报国务院备案,行政规范性文件则不需要。

按照上述标准,像公安部制定的《出入境边防检查勤务规范》这样结构比较严谨,且不以“红头文件”形式下发,具备某些规章特点的重要指导性文件,其性质还是属于行政规范性文件。

### (三) 出入境边防检查中行政规范性文件的特点

长期以来,出入境边防检查机关对行政规范性文件非常依赖。基于出入境行政领域的特殊性,其行政规范性文件有以下特点。

1. 数量庞大,涉及面广。出入境边防检查行政规范性文件的数量之多难以精确统计,仅上海边检总站整理编写的《出入境边防检查工作指南》(第一辑)就收录了1980年至2000年期间出台的两百余个规范性文件,涉及到边检工作的方方面面。我国出入境法制起步晚、立法技术落后,上世纪八十年代施行的“两法”还只是“粗略的实体法”,1995年施行的《中华人民共和国出境入境边防检查条例》很多条款对实际工作已不适用,需要通过规章和行政规范性文件作出扩张性和延伸性解释;同时,由于现行出入境法律、行政法规在职能定位、行政规则、行政程序方面存在的空白和缺陷较多,因此必须制定大量规范性文件来指导行政工作,才能维持出入境边检工作的正常开展。

2. 变化频繁,有待“规范”。出入境边防检查机关的政策指导、行政规则是根据出入境形势发展而变化的。出入境“两法”施行20多年来,正是我国出入境事业发展最快的历史时期,从改革开放之初1978年的500多万出入境人次发展到2007年的3.45亿人次,经济建设长足发展,国家繁荣稳定,国际环境持续改善,国际交流与联系显著增强,对内、对外的出入境政策不断调整和放宽,新情况、新问题层出不穷。出入境法律、法规因滞后于时代发展所暴露出的问题越来越多,每年以规范性文件形式出台的新规定、新要求很多。由于缺乏系统的清理,各地边检站在具体行政行为方面存在认识不尽一致、适用不统一的现象;而且现存的大多数行政规范性文件有生效时间,却无失效时间。

## 二、出入境边防检查中行政规范性文件的法源属性和现实问题

行政规范性文件的大量存在,一方面临时性地解决了很多法律没有明确规定的问题,使全国边检机关能够按照统一的规定作出基本一致的行政行为;另一方面,由于其效力问题,既影响了边检机关执法的权威性,又容易引发一系列使边检机关难以面对的行政复议、行政诉讼案件。不少边检执法人员对其法源地位存在认识误区,认为所有依据规范性文件的行政行为都是依“法”行政,在实际工作中很容易引起争议,甚至引发诉讼。因此,我们必须清楚行政规范性文件的法源属性。

### (一) 行政规范性文件的法源属性易给边检行政执法造成被动

根据法律渊源的类别来判定,行政规范性文件本身不是法,其效力低于规章。而且,行政规范性文件无权为公民、法人或者其他组织设定权利或义务。在司法救济方面,最高人民法院在《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》中,第六十二条规定:“人民法院审理行政案件,可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他规范性文件。”这说明,第一,如规范性文件超越法律、法规规定的,司法审理中应当忽视;第二,依据法律、法规制定的行政规范性文件,司法审理中可以参考,也可以选择参考;第三,规范性文件如有另外设定公民、法人或者其他组织的权利和义务的,司法审理中应当忽视。

根据上述分析,对行政规范性文件的司法适用不同于对规章的适用,对符合法律、法规原则精神的规章,人民法院是应当参照适用的。因此,在边防检查机关依据行政规范性文件作出对当事人不利的行政决定(如阻止出入境)后所引发的行政诉讼案件,往往会使边检机关在诉讼中处于相当被动的境地。

### (二) 行政规范性文件不利于出入境人员正当权益的维护

1. 缺乏必要的透明度。长期以来,我国边检机关把行政规范性文件等同于“内部规定”,缺乏必要的透明度,不为公众所知。但边检机关忽略了一个问题,那就是行政规范性文件虽然属于行政机关的内部抽象行政行为,但其影响力往往是对外的。德国和日本的学者很早就认识到内部抽象行政行为的法律效果外部化问题。德国的毛雷尔教授说:“行政规则虽然只在行政内部有效,但可能对公民即外部领域具有重要意义。大量的行政规则都规定了行政机关及其工作人员如何在外部领域、针对公民执行行政任务。通过行政机关适用,行政规则具有事实上的外部效果。”现在普遍承认行政规则事实上的外部效果具有法律意义。”日本的盐野宏教授则称之为“行政规则的外部化现象”。

出入境人员缺乏必要的知情权,就容易在不知情的情况下踏入行政规范性文件设置的禁区。即使该文件是合乎出入境法律、行政法规原则精神的,也会使出入境人员蒙受不必要的损失。

2. 行政救济和司法救济制度存在缺陷。(1) 按照《中华人民共和国行政复议法》第7条规定,如果认为具体行政行为所依据的行政规范性文件不合法,公民、法人或者其他组织在申请行政复议时可以一并向行政复议机关提出审查该文件的申请。可见,《行政复议法》不仅提供了行政救济的途径,还作出了对规范性文件进行审查的规定。问题在于,当行政规范性文件引发了行政复议程序时,边检总站作为行政复议机关可以审查下级边检站的行政行为,却无权去审查上级机关所制定的规范性文件。所以对于此类案例,期望通过行政救济来维护申请人权利显然是不现实的,同时,边检总站作为复议机关也会处在十分尴尬的境地。(2) 司法救济则根据我国《行政诉讼法》第12条规定,人民法院对于“行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令”无权受理,因次,对于依据行政规范性文件作出的行政行为,迄今为止人民法院在审理行政案件时只能选择适用或者忽视,而无权裁定其无效。这意味着法院只有可能救济个别案例,而不能救济规范性文件涉及的所有同类案例。这是当前我国司法制度上的一个重大缺陷。世界上一些成熟的法治国家对行政规范性文件的司法救济则比较完善,如美国联邦法院认定,“在法律的解释上法院是最后的权威。正确地解释法律是设立法院的目的,也是法院不能放弃的任务。法院必须拒绝行政机关错误的解释。法院对法律问题可以进行深入的审查,用法院的意见代替行政机关的意见。”

### 三、加快完善出入境立法,“规范”行政规范性文件

世界范围内的出入境立法实践表明,出入境管理领域的事务受出入境形势发展、国家政策取向的影响很大,变化较为频繁,仅仅依靠一两部法律规定是难以穷尽的。对此,普通法系的国家通过频繁的立法修正案、握有大权的移民官的个案裁定和行政机关的解释来缓解这个矛盾;大陆法系的国家则根据法律、法规制定大量行政规范性文件来指导行政工作。从哲学意义上讲,由于法律规定无法穷尽现实中不断发展和演变的各种问题,以及出入境行政管理领域的特殊性,作为法律扩张性解释的行政规范性文件还将长期在出入境行政管理中占有一席之地。当前我们最紧要的工作是

如何更加规范地制定、运用行政规范性文件,消除其负面影响,确保依法行政,在维护国家主权、安全等利益的同时维护出入境人员的合法权益。

#### (一) 完善出入境立法,减少对行政规范性文件的依赖

出入境边防检查行政活动大量参照行政规范性文件,是我国出入境法制滞后、不完善的集中体现。由于行政规范性文件不具法源地位,要降低边检机关执法风险,保护出入境人员的合法权益,就应尽量减少对规范性文件的依赖,通过当前正在开展的出入境管理法立法工作,完善出入境法制体系,无疑是一个上佳的途径。

一是完善实体性规定,减少规范性文件的使用。严格来说,行政规范性文件只能作为法律、行政法规的扩张性解释;法制的空白和盲区不应由行政规范性文件来填补,而是立法的任务。因此,出入境立法首先应尽可能完善实体方面的规定,尤其是涉及出入境人员切身利益的签证检查权等核心问题,必须作出明确的规定。同时,出入境立法不应有“一劳永逸”的思想,出入境法律的不断修订正是世界各国的一个普遍现象,如美国平均五年有一次修订。出入境法律体系完善了,不仅能清理掉一大批行政规范性文件,还可以基本避免制定规范性文件时因法律依据不足而打“擦边球”的情况出现。

二是借鉴普通法系精华,提高立法技术。我国的立法体系参照大陆法系为主,重视实体法与程序法区分,我国的行政复议法、行政诉讼法在指导出入境案件方面明显过粗,没有体现出涉外法律在程序上“内外有别”的特殊性,在大多数条款上中国人和外国人同等待遇。纵观近代以来,普通法系和大陆法系国家互有借鉴,吸取长处以弥补其不足成为了世界潮流。从国外立法实践来看,日本的出入境立法具有典型意义,从法律设置上看是制定法,但运用了许多普通法系的优点:一是直接规定了移民官的设置及职能,移民主官拥有对案件的裁定权和对移民事务的决定权,从而减少了移民机关的内部行政规则,保证了行政执法的正当性,又防止了官员渎职、人浮于事等问题;二是选择了程序和实体合一的立法方式,操作性大为增强,而且做到了内外有别。这大大减少了出入境管理对行政规范性文件的依赖程度,提升了行政执法的权威和效力。

出入境管理法的立法难度很大,既是国内法,又要借鉴大量的国际法惯例和准则;既要坚持内外有别,外交对等,还要做到程序适用,善于应对多变的出入境形势。但是说到底,一切法律都是为了解决实际问题,我国以往过于拘泥和保守的立法手段理应有所转变,在

出入境立法技术方面深入研究,善于借鉴,大胆革新,制定出一部符合时代潮流的、广泛适用的出入境良法,从而最大限度地减少行政规范性文件使用。

## (二)“规范”出入境边检中的行政规范性文件

1. 规范主体机关和制定程序。这是规范性文件合法有效的前提条件之一,所以有必要提一下。实际上,公安部或公安部出入境管理局作为制定出入境边检行政规范性文件的主体机关的资格当然是没有问题的;制定程序一直以来也比较严谨。进一步规范行政规范性文件的制定程序,还有待于我国制定专门的行政程序法来加以规范。

2. 严格依法制定,确保内容合法。即出入境边检行政规范性文件必须严格依据出入境法律、行政法规制定,不能随意扩张法律、法规的外延。有学者提出行政规范性文件只要不偏离宪法、法律的原则精神就是有效的,我们则认为必须有对应的法律、法规条款且具备其要件才属有效,这样才能保证出入境边检行政执法的合法性和规范性。

3. 增强透明度。出入境边检机关应转变规范性文件就是“内部文件”的观点,厘清“涉外无小事”等笼统观念。从法治的视角来看,大部分行政规范性文件是适宜对外公开的,有助于出入境行政工作更加透明,提高社会公众的知情度,有利于减少出入境管理行政纠纷,营造和谐有序的口岸环境。

4. 设定时效,定期清理。(1)现有的绝大多数出入境行政规范性文件只有生效时间,而无失效时间的情

况,不仅容易给各地边检站的行政工作带来混乱,也不利于出入境人员权利的维护。广州市2004年4月1日起施行的《广州市行政规范性文件管理规定》修正案规定,红头文件有效期最长不超过5年,到期将自动失效,这是我国对行政规范性文件确立了有效期的首份规定,借鉴了国外较为成熟的做法。鉴于出入境行政工作的特殊性,在有效期的规定方面不宜“一刀切”,可按具体情况确定有效期。(2)定期清理的工作尤为重要。本着对边检执法机关依法行政和维护出入境人员权利的负责态度,应当由公安部出入境管理局承担起定期审查规范性文件的职责。作为出入境行政规范性文件的主要发布机关,建议公安部六局定期对发布的行政规范性文件集中清理一次,宣布有效、修正、作废情况,并对外公布,便于全国出入境管理机关及社会公众掌握。

5. 建立行政规范性文件司法审查制度。出入境法治是我国建设法治社会的一部分,相对于行政机关,个体一般处于相对弱势,成熟的法治社会鼓励公民与行政机关进行良性博弈,并有完善的程序保证,以此来监督行政机关执法、保障公民权利。在行政规范性文件涉及的出入境行政复议案件中,当申请人提请对规范性文件审查时,如按我国现行的行政复议制度设置状况,显然是行不通的。因此,只有赋予人民法院对行政规范性文件的审查权,即人民法院可裁定行政规范性文件有效或者无效,才能从根本上解决这个难题。当然,这也是一个全国范围内的问题。

## A Discussion on Administrative Normative Files of Exit - Entry Frontier Inspection

ZHU Jie - ming & SHAO Lei

(Shanghai General Exit - Entry Frontier Inspection Station, Shanghai 200335, China)

**Abstract :** Administrative normative files have a typical significance during the nomothetic process of exit - entry frontier inspection. At present , there are enormous and frequently changed administrative normative files of exit - entry frontier inspection. Therefore , we should improve the legislative process and established procedure because of their defect on potency and relief facilities. On the basis of the legislation , we must sort out documents of administrative normative files in order to heighten police 's vocational level and safeguard lawful rights and interests.

**Key Words :** Exit - Entry Frontier Inspection ; Government by Law ; Normative File