

当红头文件与法律条文不一致时，坚持依法办事

致公党南通经济支部徐跃 2023.09.26

政府主管部门根据地区或行业的发展状况，不时出台一些红头文件来指导工作，这对于提高行政效能有积极作用。但是一些部门存在多发甚至乱发红头文件的现象，个别红头文件游离于法律的边缘，甚至出现违反法律的情形，成为依法治国基本国策的一大隐疾。

一、兹列举三例，说明红头文件或执行过程存在问题

1、2019-2022 年国家知识产权局出台了《关于进一步严格规范专利申请行为的通知》等系列文件，认定大量非正常专利申请：2019 年 3.9 万件，2020 年 22 万件，2021 年 81.5 万件，2022 年 95.5 万件(国内发明申请总量 146.5 万件)，经反复催告后的撤回率达到 97%左右。如专利研发成本以 1 万元/件计算，社会财富的直接损失 200 亿元以上；另算上单位的发展机遇成本，研发人员的时间成本，技术公开得不到保护的泄密成本等，损失则更大。

有问题的专利申请依靠成熟的《专利法》、《专利法实施细则》就能给予审查结论，没必要出台被社会广泛诟病、不成熟的“非正常”红头文件。

2、《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》规定：工业用地一般不得分割转让，工业用地上产业用房只能按整栋方式办理一个房产证。如需分割转让，须经过有关部门批准等流程。

某市先后出台 2015 年第 15 号文件、2019 年第 5 号文件，对工业地产的分割销售面积做了不同的规定，文件本身无可厚非。但是两份不一致的红头文件导致在 2015-2019 之间签订的符合《合同法》的合同事实上中止，行政机构不给走流程，司法机构不给审裁结论，增加了社会矛盾。

3、科技部《高新技术企业认定管理工作指引》规定：要求科技成果转化 15 件才能拿到满分 30 分；多个地方科技部门和评审专家因此硬性要求 15 件以上。

以全国高企数量 2021 年 33 万家、2022 年 27.5 万家平均计，申报高企的企业三年内有效专利需 450 万件以上，成为形式主义专利数量泛滥的根源之一。这与《中华人民共和国促进科技成果转化法》无数量硬性要求的原则不符；国际科技界对高价值专利、高质量论文的评价，也并非依据数量。

二、鉴于上述情形，有如下建议供相关部门参考

1、红头文件需要进行合规性审查：

制定红头文件需要事先进行规范性、合法性审查；红头文件的有效性以法律条款作为判别依据。避免临时出台、仓促实施，政策要有连续性，新政要有过渡期，不宜急刹车，不宜矫枉过正；有问题的红头文件需要及时作废或调整。

2、政府人员坚持依法行政：

尽量采用法律规定的既有条款，而不是频繁出台新的红头文件。严格遵守时序观念、上下位观念。在后出台文件，不溯及既往；红头文件的法律效力低于成熟的法律，可引导而非强制，政府公信力才能得到人民群众的认可与支持。

3、市场主体坚持依法签订合同：

甲乙双方依据《民法典》等国家法律的规定签署合同，而不是仅仅依据地方或行业主管部门临时出台的红头文件，学会自我保护，减少纠纷产生。

4、司法机构坚持依法审判仲裁：

人民法院或仲裁机构，应以成熟稳定的法律文件作为审判或仲裁依据；对案件中具体行政行为涉及的红头文件应当严格判别，对不合法的红头文件不予采信并敦促行政机关及时纠正。

5、建立红头文件的奖惩条例：

出台违法红头文件的主管人员，因问题红头文件存在而没有坚持依法行政的公职人员，宜事后问责；出台合法的高质量红头文件，解决社会难题，乃至发展新法律条文的有功人员，应给予表彰或晋升机会。