

# 行政规范性文件的司法审查问题研究

## ——基于《行政诉讼法》修订的有关思考

张 浪\*

【摘 要】 新修订的《行政诉讼法》规定了人民法院可对规章以下的行政规范性文件进行司法审查。在立足现行权力配置体系和司法体制改革的基础上,参考借鉴国外的司法理论和实践经验,将立法的前瞻性和可操作性有机结合,对审查主体的设置、提起诉讼的方式、审查的内容和强度、裁判的种类及执行等具体制度设计和司法适用问题进行探讨,以构建符合我国现实需求的审查机制。

【关键词】 行政规范性文件;司法审查;制度设计

### 一、问题的提出

行政规范性文件不仅是行政法学上一个重要概念,而且也是行政法律制度中广泛存在的一类行政行为。学界存有多种概念和称谓,本文认同通识性的定义是:“行政机关为了执行法律、法规和规章以及实现行政目的,制定发布的,除行政法规和规章之外的,具有普遍约束力的决定、命令和行政措施。”<sup>①</sup>域外法律制度中与之可类比的观念和种类大致有:行政命令、行政规则、法规、命令、条例、通令、规程等。司法审查制度比较完备的国家和地区,基本都行使其司法监督的权力,“大多数国家的法院可以直接对抽象的、有约束力的规定进行审查(除了议会立法),一些国家法院可以直接撤销具有普遍约束力的命令。”<sup>②</sup>

依照我国现行《行政诉讼法》规定,行政规范性文件具有不可诉性,但这一制度设计饱受质疑。随着立法的修订完善,2014年11月1日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过《关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》(自2015年5月1日起施行),在新增的第五十三条中规定:“公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件不合法,在对行政行为提起诉讼时,可以一并请求对该规范性文件进行审查。前款

\* 法学博士,淮阴师范学院法学院副教授,223300。

①陈瑞莲:《论区域公共管理研究的缘起与发展》,《政治学研究》2003年第4期。

规定的规范性文件不含规章。”因而,开启对行政规范性文件的司法审查大门已是指日可待。需要进一步讨论和关注的是,如何建立符合中国现实需求的合理化审查机制。对此,我们除了积极参考和研究国外的相关制度设计,还要立足于国内现行的权力架构体系、司法资源配置、司法体制改革的需求与发展等具体国情。

## 二、关于审查主体的设置

### (一) 两种模式的代表

司法审查的模式基本上可分为两大类:欧陆模式与美国模式。前者也被称为专门法院审查制度或集中抽象审查制度,主要是以法国为代表的德国、西班牙、葡萄牙、比利时、意大利、瑞士、希腊等国和我国的台湾地区。这些国家和地区在普通法院系统之外设立专门的行政法院,受理审查有关行政争讼案件。比如法国,政府制定行政规范的权力不仅范围广,而且适用一般行政行为法律制度,对其司法审查由行政法院管辖。法国的行政法院主要被视为具有行政机关的性质,因而,享有对行政行为的广泛监督权。“行政机关的行为除极少数情况以外,都受行政法院管辖。”<sup>①</sup>最高行政法院初审管辖的重大案件中包括:撤销总统和部长会议的命令的诉讼,包括普遍性的条例和具体性的处理在内;撤销部长做出的规范性文件的诉讼。<sup>②</sup>

美国模式也称普通法院审查制度或分散、具体的审查制度。法院通过在审理具体诉讼案件时,附带审查所适用的法规、命令的合宪性,主要针对行政机关作出的法规内容是否违反宪法、法律,是否有合法的授权,作出的过程是否符合法定程序等法律问题审查,并于认定违宪时拒绝予以适用。美国模式在世界范围内产生了较大影响,尤其是美洲、英联邦国家,普遍地建立了美式司法审查制度。

### (二) 设立行政法院的理想期许

行政诉讼审判权的有效行使与公民行政诉讼权利的充分保障,是衡量法治国家建设状况与水平的重要标志。为提高我国行政审判的实效,关于设立专门行政法院的呼声由来已久,这种主张由于涉及国家权力机构的分工和制衡,对现有的司法架构将产生很大冲击,一直是止步于理论上的设想。对于设立行政法院的必要性和可行性,实务界和理论界的有关专家学者在专题研究中均有详尽阐述与论证,<sup>③</sup>其中的实证研究方法和资料数据颇具说服力。其构想在省级和省以下设置单独的行政法院受理和审理行政案件,行政法院的具体审级模式可概括为:四级机构的两审终审制,即从下至上的“初级行政法院→中级行政法院→高级行政法院→最高人民法院行政审判庭”的组织结构模式。作为受大陆法系传统影响较深的我国,建立专门的行政法院可在制度上彰显出应有特质,同时,专门法院的建立势必会有效推动行政诉讼制度的发展与完善。“我国行政法院的设立,是建设社会主义法治国家的必要步骤,也应是司法体制改革的重要内容。”<sup>④</sup>如这一设想能付诸实施,则我国行政诉讼

①王名扬:《法国行政法》,北京:中国政法大学出版社,1988年,第145页。

②胡建森主编:《世界行政法院制度研究》,北京:中国法制出版社,2013年,第73页。

③近期的代表性文章可参见耿宝建:《再谈中国是否应当设立行政法院》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2013年第3期;江必新:《中国行政审判体制改革研究——兼论我国行政法院体系构建的基础、依据及构想》,《行政法学研究》2013年第4期;马怀德:《行政审判体制改革的目标:设立行政法院》,《法律适用》2013年第7期。

④江必新:《中国行政审判体制改革研究——兼论我国行政法院体系构建的基础、依据及构想》,《行政法学研究》2013年第4期。

制度的运作效果将有根本改观,这也势必对行政规范性文件的司法审查产生积极影响。

新《行政诉讼法》对行政法院的设立采取了谨慎回避的态度,而是确立了“经最高人民法院批准,高级人民法院可以根据审判工作的实际情况,确定若干人民法院跨行政区域管辖行政案件”的审判体制。当然,设立行政法院的理想模式,也并非就此行不通,今后可以通过修改《人民法院组织法》的方式加以解决。从国外的司法制度看,初级行政法院一般审理简易诉讼案件、特定类型争议的行政案件和强制执行等案件。就专门行政法院模式下的行政规范性文件受理和审查主体而言,可统一规定由中级行政法院作为第一审法院,毕竟行政规范性文件具有区别于一般具体行政行为的性质和特点,对其审查宜由较高层级的法院担当。

### (三) 现行体制下的机构设置

我国行政诉讼制度有着自身的特点。作为传统上属于大陆法系的国家,在审查机构的设立上,却采用了与英美相同的普通法院审查模式,“全国只设立一套法院系统,并不设立专门的行政法院审理行政案件,但又并不存在英美法系国家法院系统内部的先例约束原则。”<sup>①</sup>按照新《行政诉讼法》,行政案件的管辖除了仍维持现有的法院设立体系,将逐步实行建立跨行政区域的法院管辖行政案件。同时,根据新法第15条规定:“对国务院部门或者县级以上地方人民政府所作的行政行为提起诉讼的案件”由中级人民法院作为第一审管辖法院。结合行政规范性文件具有制定主体的多层级性、效力的本源性和普遍适用性的属性特征,对其审查的司法业务能力和水平作出相应的较高要求。笔者主张由中级以上人民法院作为初审法院,并结合采用异地管辖的方式,行使对行政规范性文件的初级审查权,即受理审查的行政规范性文件,其制定主体为异地的同级人民政府及其工作部门或辖区内县级以上人民政府及其工作部门。这样,可在行政区划与司法管辖制度真正实现分离前,尽量避免文件的制定机关对法院施加的负面影响,保证司法审查的相对独立性、公正性。

## 三、审查方式上的选择

### (一) 诉讼功能视角下的模式差异

现有国家和地区的审查方式大体上可分为:直接审查方式和附带性审查方式。直接审查方式是指法院可专门就行政规范有无违反上位规范进行直接审查,并不需要附随在具体诉讼案件中才可审查;附带性审查方式是指法院仅可以在审理具体案件或争议时,一并审查其中适用的规范。

1. 直接审查的方式。主要是以法国为代表,其将行政规范视为行政行为,并使之适用与个别行为相同的救济途径。在法国,利害关系人认为条例违法时,可在条例公布后2个月内向行政法院直接提起诉讼,主张条例无效。在允许直接起诉的同时,法国还确立了附带审查方式提起诉讼,行政相对人“质疑的不再是规范性行政行为本身,而是其对自身的适用。诉讼的标的是适用该合法性受到质疑的条例而作出的具体行政行为。”<sup>②</sup>如确认违法,则法官会宣布该条例违法,排除其在案件审理中的适用并撤销依据其作出的受诉具体行政行为。追随法国模式的意大利、比利时、瑞士、希腊等国,均承认抽象规范的直接诉讼。西班牙、葡萄牙则较为特别。西班牙既承认可针对命令(即行政规范性文件)提起撤销之诉,又要求如果法官在附带审查中排除违法命令的适用,之后应将此命令的违

<sup>①</sup>胡锦光:《中国抽象行为之司法审查研究》,《厦门大学法律评论》(总第13辑),厦门:厦门大学出版社,2007年,第37页。

<sup>②</sup>[法]让—马克·索维(Jean—Marc SAUVE):《法国行政法官对规范性行政行为的合法性审查》,张莉译,《比较法研究》2011年第2期。

法性问题提交到上级行政法院,由其决定撤销。葡萄牙的设计较为复杂,仅对特定主体制定的命令性规定,可提起越权之诉;但对所有的命令只要三次在附带审查中被法院认定违法,则检察署在获悉后,有义务向行政法院请求宣告命令的违法性,此外,被此规定可能损害的利害关系人,亦可提起宣告之诉。

2. 附带性审查的方式。主要是以德国和我国的台湾地区为代表。依据德国基本法第19条第4项的规定:任何人之权利受官署侵害时,得提起诉讼。如别无其他管辖机关时,得向普通法院起诉。其《行政法院法》第40条集中规定了行政诉讼的受案范围:发生非宪法行政的公法争议且争议不依法由其他法院明确受理的,则由行政法院受理。这意味着“对于任何一个其权利受到公权力侵害的人而言,法律救济途径都是敞开的。”<sup>①</sup>因此,各种形式的行政决定,都可以成为司法审查的对象,行政机关制定的法规命令也不例外。就审查的方式而言,各级行政法院和法官,享有针对法规命令的附随于个案的违法违宪审查权。台湾地区的行政法律制度长期且大量继受德国法,所不同的是台湾法院附带审查行政命令并没有法律明文规定,只有大法官第137号及216号解释确立的司法惯例。台湾宪法规定法官依据法律独立审判,所以行政命令不拘束法官,法官可以附带审查行政命令的合法性。

3. 基于主、客观诉讼功能而形成的模式差异。对于直接审查和附带性审查方式的差异成因,从司法权的功能角度剖析,主要是缘于对诉讼功能上的主、客观不同定位。法国及与其相近模式的国家,其行政诉讼制度带有强烈的维护客观法秩序的色彩,基于维护法律的统一,所有行政行为无论其作出的主体或介入的事项,均遵守相同的合法性,接受相同的司法审查,对诉讼的提起和诉讼利益的要求较为宽松,对违法命令通过起诉途径使其自法秩序中消失。<sup>②</sup>

而德国行政诉讼在传统上是以保护个人的主观公权利为目的,“确立行政诉讼审判权之首要功能为保护人民权利,对抗公权力不法侵害。”<sup>③</sup>其行政诉讼制度仿效民事诉讼而设计,为了能提起诉讼,请求人必须有权利受到损害的事实,当事人在诉讼中被置于平等的地位,且裁判的效力仅及于诉讼当事人,“由于德国行政诉讼是以主观方式来构思,且其行政法是建立在行政当局以及其决定之对象间的二元关系上,因此,对于承认命令的直接诉讼,有其固有的困难。”<sup>④</sup>在特定条件下,高等行政法院为保护当事人权利,或者基于单纯维护客观法秩序的目的,也享有直接针对部分规范审查的权限。依据《行政法院法》第47条之规定,审查的对象包括依建设法规定所制定的法规,以及联邦法律明文规定的非联邦当局所发布的命令。

## (二) 行政规范性文件诉讼的客观功能取向

我国的行政诉讼脱胎于民事诉讼,保护个人权利的主观诉讼功能与维护客观法秩序的客观诉讼功能交融并存,是现行诉讼制度的构造特点,这亦体现在开宗明义的立法宗旨中,《行政诉讼法》第1条规定:“为保证人民法院正确、及时审理行政案件,保护公民、法人和其他组织的合法权益,维护和监督行政机关依法行使行政职权,根据宪法,制定本法。”(新法中该条内容新增了“解决行政争议”,这主要是要求法院不只是一要通过裁判的方式实现定纷止争的功能,还应该通过调解等多种方式解决行政争议各方的矛盾)。尽管围绕该立法宗旨,学界存在诸如“三重目的说”、“双重目的说”、“惟一目的说”的争议,<sup>⑤</sup>但行政诉讼中主观诉讼和客观诉讼的价值取向及其制度设计均有所体现,正如学

<sup>①</sup>胡建森主编:《世界行政法院制度研究》,第155页。

<sup>②</sup>参见王必芳:《行政命令的抽象司法审查——以法国法为中心》,《“中研院”法学期刊》2012年第11期。

<sup>③</sup>Thomas Württemberg:《德国行政诉讼法之新发展》,刘建宏译,《“国立”中正大学法学集刊》2009年第5期。

<sup>④</sup>王必芳:《行政命令的抽象司法审查——以法国法为中心》,《“中研院”法学期刊》2012年第11期。

<sup>⑤</sup>参见马怀德主编:《行政诉讼原理》,北京:法律出版社2004年版,第68—71页。

者分析认为:“我国行政诉讼既不是完整意义上的主观诉讼,也不是完整意义上的客观诉讼,诉讼请求的主观性与法院审判的客观性使得我国行政诉讼在构造上呈现出一种扭曲的‘内错裂’形态。”<sup>①</sup>

行政法治原则的主要要求之一,就是行政机关必须采取行动保证法律规范的正确实施。行政规范性文件一般是为执行法律、法规、规章而制定的,界于立法与行政执法之间,其制度建设的水平关系到依法行政的建设。根据国务院《全面推进依法行政实施纲要》(国发[2004]10号)的基本原则和基本要求:必须维护宪法权威,确保法制统一和政令畅通。因而,保障能反复适用和具有普遍约束力的行政规范性文件的合法性,对于维护客观法秩序的统一至关重要。对行政规范性文件的合法性审查,更多是彰显出客观诉讼的功能。“行政诉讼不仅为保护当事人的主观公权利,而且也要求确保行政法规的正确适用,以贯彻行政的合法性,维护公共利益,因此在立法政策上,也有承认特殊的‘客观诉讼’类型的余地,例如民众诉讼乃至规范审查程序,均属之。”<sup>②</sup>新《行政诉讼法》采行了附带提起的审查模式,但基于维护客观法秩序的主要功能定位,对行政规范性文件的司法审查,宜借鉴法国模式,允许亦可采用直接审查的方式,即利害关系人可直接对其合法性提出审查要求。当然,根据立法至上的原则,笔者这一看法只应被视为理论上的主张。

#### 四、司法审查的强度问题

司法审查的强度问题,一直是理论研究和司法实践不断探索的核心话题。所谓审查强度,可概括为是司法对行政行为干预的纵深范围,即已经纳入诉讼程序的行政行为将受到何种程度的监督和审查,法院如何看待行政机关在行政程序中作出的认定,能否以自己的判断来代替行政机关的判断。<sup>③</sup>就针对行政机关制定的普遍规范审查强度而言,各国在具体的制度设计上差异较大,限于篇幅,就代表性的制度作简要分析比较,以期有所启发和借鉴。

##### (一) 有关国家的制度比较

1. 美国法院的审查标准,按照制定的程序不同而分别对待。美国行政法规的制定程序主要分为正式程序和非正式程序。对依正式程序制定的行政法规,其所接受的司法审查,须依严格的实质证据标准,即审查行政机关是否依法准备有完整的证据记录,并足以充分支持其作出的结论。由于大部分的行政法规是以非正式程序作出,对其审查则又适用专断恣意标准,“所谓专断恣意标准,所着重的是对程序面的审查,审查行政机关对于行政命令的订定,是否有专断恣意的情形。”<sup>④</sup>实质性证据标准和专断恣意标准,在实际应用中的区分并非明确,而是呈现出互相融合的态势。此外,针对法规的审查还有些特殊做法:<sup>⑤</sup>(1)行政机关可在法律规定以外增加新的程序,以保障公众更多的参与。(2)法院对科技法规的审查,尽量自我克制,最大限度地尊重行政机关的判断。(3)法院对未经立法授权的解释性法规,进行严格的审查。

2. 法国对行政命令的审查统归在对行政行为的审理制度中,并不特别区分行政命令与具体行为的撤销理由,除极少数情况以外,都在越权之诉的范围。越权之诉的违法形式分为四种情形:无权限、形式上的缺陷、权力滥用、违反法律。不过,对于命令的审查,基于此行为本身的某些特点,仍表

<sup>①</sup>薛刚凌、杨欣:《论我国行政诉讼构造:“主观诉讼”抑或“客观诉讼”?》,《行政法学研究》2013年第4期。

<sup>②</sup>陈清秀:《行政诉讼法》,台北:元照出版有限公司,2013年,第155页。

<sup>③</sup>江必新:《司法审查强度问题研究》,《法治研究》2012年第10期。

<sup>④</sup>翁岳生主编:《行政法》(上册),北京:中国法制出版社,2002年,第616页。

<sup>⑤</sup>参见王名扬:《美国行政法》(下),北京:中国法制出版社,2005年,第712—721页。

现出一些特殊之处,总体上体现出相对宽松的审查态度。主要表现为:<sup>①</sup>(1)在超越权限方面,行政行为僭越宪法保留给法律的事项,仅发生在有关命令的诉讼中。(2)在程序瑕疵方面,要求较为宽松,如不附理由原则上并不构成撤销命令的理由。(3)在滥用权力方面,特别难以支持请求人的这一主张。(4)在违反法律方面,法院在审查行政行为与审查基准之间的合法性关系时,一般而言,对于个别行为是采取较为严格的相符性关系的审查,对于命令则较是涉及到简单的相容性关系的审查;此外,法院对于在作成命令中所为的判断,经常仅进行有限审查,因而很少导致撤销的后果。总体看,针对行政命令提起的越权之诉,基于维护客观法秩序的立场,其放宽受理的条件,“但相对地,法官的审查密度通常较低。”<sup>②</sup>

3. 与欧洲其他国家相较,德国行政法院对于行政行为无疑拥有最为广泛的审查权。二战后德国基于对专制独裁政体的反思,积极倡导法治建设,注重对行政权的监督控制和基本人权保障,强调有权利必有救济,行政措施受法院审查的需求特别高,行政诉讼审查密度也随之大幅增加。早在20世纪50年代,行政诉讼审判权的范围即已包括不确定法律概念,并对行政机关适用不确定法律概念的结果加以广泛审查。这种高强度的审查方式,也引发了争议与反思。原德国联邦行政法院院长Horst Sendler进行跨国比较研究后指出:德国行政法院的控制密度过高,而代价为高度的法官人事成本、审判时间的延宕、法官之难以胜任、行政部门专业性不受尊重、个案裁判的标准难以清楚预见等结果,并在世界成为孤儿。<sup>③</sup>

此后,德国行政法院开始采用联邦宪法法院在1979年劳工企业参决权判决中,总结确立的三种由弱到强的审查标准:明显性审查、可支持性审查和强烈的内容审查。<sup>④</sup>(1)明显性审查。其审查强度最弱,只有当法院发现行政命令有“明显错误”、“明显可以反驳”或“明显不合乎事理”时,法院才认为违法。(2)可支持性审查。是“中庸”的审查标准,其适用频率也最高。法院的判断并非仅止于“明显错误”,只要能找到理由支持行政机关的评价是合理的,法院就不加指责,体现出对行政机关的形成自由给予相当程度的尊重。(3)强烈的内容审查。是最强、最严的审查标准,法院可以对行政命令的具体内容加以深入而详尽地审查判断。该标准主要适用于:法律授权明确、严格限制行政机关自由裁量的命令,属于法律保留事项但未经法律授权制定的命令,根据空白授权条款制定的命令,以及内容涉及生命、人体健康与人身自由等法益时。

从晚近发展的趋势看,行政机关在部分领域中逐渐掌握自我决定的权利。此种不受司法审查的自我决定空间存在于计划行政、价值或评价相对性(可比较性)较高的领域,以及在自然科学领域中只能由行政机关加以确认的科学及科技状态。<sup>⑤</sup>德国学界主张,针对高度专业性或政策裁量性的审理,虽然法官一般难以胜任,但也不能完全退却,应转向行政程序面的控制,强化行政程序瑕疵的法律后果。<sup>⑥</sup>

## (二) 行政规范性文件司法审查范围及强度

就我国行政诉讼的司法审查强度而言,学者提出“法官应本着有限审查的原则,依据案件的具体类型选择恰当的审查方式,妥善解决行政争议,避免‘过’和‘不及’的双重危险。”<sup>⑦</sup>结合这一主张以

<sup>①</sup>参见王必芳:《行政命令的抽象司法审查——以法国法为中心》,《“中研院”法学期刊》2012年第11期。

<sup>②</sup>王必芳:《行政命令的抽象司法审查——以法国法为中心》,《“中研院”法学期刊》2012年第11期。

<sup>③</sup>黄锦堂:《行政判断与司法审查》,汤德宗、李建良主编:《行政管制与行政争讼》,“中央研究院”法律学研究所筹备处,2007年,第361页。

<sup>④</sup>参见许宗力:《订定命令的裁量与司法审查》,《当代公法理论——翁岳生教授六秩诞辰祝寿论文集》,台北:月旦出版公司,1997年,第313—317页。

<sup>⑤</sup>关于德国行政诉讼的审查密度发展变化,可参见德国佛莱堡(Freiburg)大学法学院Thomas Würtenberger教授所撰写的《德国行政诉讼法之新发展》,刘建宏译,《“国立”中正大学法学集刊》2009年第5期。

<sup>⑥</sup>黄锦堂:《行政判断与司法审查》,汤德宗、李建良主编:《行政管制与行政争讼》,2007年,第362页。

<sup>⑦</sup>江必新:《司法审查强度问题研究》,《法治研究》2012年第10期。

及国外制度实践的经验,在对行政规范性文件审查中,应注重已下几方面问题:

1. 形式合法性的审查。(1)是否超越职权。主要审查和判断:制定的主体有无权能,有无超越管辖的事务权限、地域权限和层级权限等。(2)是否违反法律保留。根据《立法法》第8条和第9条的规定,对公民重要的基本权利,如人身的强制和处罚、政治权利的剥夺,财产的征收,以及涉及国家机关组织事项的内容,予以法律保留,只能由立法机关加以规范,行政规范性文件不得对此作出规定。同时,依据侵害保留原则,在审查规范性文件时,如其内容涉及相对人的实体权利义务时,应判断其有无上位法规范的授权或规定,如没有,则不具有合法性。(3)是否违反法律优先原则。主要对其内容有无超越上位法设定的范围或与上位法规定的内容是否相抵触进行审查。

2. 程序合法性的审查。在行政规范性文件制定程序中,有一系列的顺序、步骤、方法、时限的程序要求,尽管具体文件的制定程序有所差别,但应遵循最低限度的正当程序要求,即制定过程中是否提前预告通知,是否给予公众有效参与的机会,对反馈的意见是否进行应有的评价考虑,文件是否公布等,作为判断程序合法的基本要件。根据国外的做法,对程序瑕疵通常采取宽松的要求,一般不轻易因程序的个别瑕疵而否定其效力。

3. 强弱有别的审查事项。(1)对涉及公民生命健康和人身自由等基本权益、具有明确的损害事实存在、缺乏足够的民主正当性基础、违反正当程序、合理性明显欠缺等这类事项,司法则应积极干预,采用严格的审查标准,深入全面地审查行政规范性文件作出的事实基础和证据要求。(2)对当事人权利义务影响不明确、具有授权制定或委托制定的合法权力来源、经过必要的正当程序,以及内容涉及特定领域的专业事项(如专业技术标准、科技经济政策管制等)时,则采用较为宽松的审查标准,法院主要针对制定的程序、制定主体的独立性和参与者的利益代表广泛程度等进行审查。(3)合理性的审查要求。行政规范性文件中的不合理,主要表现为自由裁量权的滥用。构成自由裁量权滥用的判断方法可归结为四种:①主观判断法、过程判断法、结果判断法、比较判断法。具体到行政规范性文件中存在的不合理主要概括为这些情形:背离法定目的;违反平等对待原则;违反可行性原则;违反惯例原则;结果显失公正等。合理性审查由于涉及行政自由裁量权,对合理性审查,一般应保持克制的态度,上列情形只有在达到明显程度时,方可考虑作为构成不合理的判定。

## 五、司法裁判的效力及执行

### (一) 裁判的不同效力及意义

行政规范性文件经司法审查后,如确认合法,自然不会影响到该文件的效力。如确认违法,法院应如何处理,主要有不予适用和撤销二种后果。不予适用,是指法官只能在具体案件中裁决该文件不合法,有权在个案中拒绝适用,但不能直接宣告其无效,以致于该文件在法秩序中继续有效。其理由主要是基于司法权限于个案争议,争议发动之后形成的结果也应限于个案,且就行政规范性文件而言,作为一方当事人的被告往往并不是争议对象的制定者,该种裁判方式主要存在附带式审查模式中。如果行政规范性文件违法被宣告撤销,其裁判的效力不仅及于当事人,而且具有对世效力,该裁判方式主要存在于直接审查模式。

从这两种裁判效力的利弊分析看,由于仅在个案中否定其效力,修改、废止该规范的权力仍为行政机关所享有,可以最大限度地减少司法对行政的不当干预。而该规范继续有效存在于法秩序中,

---

①参见应松年主编:《当代中国行政法》(下卷),北京:中国方正出版社,2005年,第1533—1536页。

一方面,其违法性可能会导致在反复适用时继续损害不特定多数人的利益,另一方面,如果在另案诉讼中,被不同的法院或法官认为合法而适用,将造成裁判的分歧,这不符合法安定性的要求,且有违适用上的平等原则。而撤销不合法的行政规范性文件,既可以一劳永逸地及早于上游清除违法来源,给予相对人更有效、更合理以及更经济的权利保护,同时,可以避免因之引发的许多个别诉讼,此外,做成具有普遍约束力的审查判决,亦可避免在个别诉讼程序中发生判决歧异,以维护法安定性,符合法治国家的要求。新《行政诉讼法》在第64条中规定:人民法院发现规范性文件不合法的,不作为认定行政行为合法的依据。这在立法上确立了个案中否定其效力的制度。

## （二）撤销判决中的调整权机制

在采行撤销裁判方式的法律制度中,由此引发的一个问题是,依据行政行为的效力理论,撤销的后果要在效力上溯及既往。原则上,废弃行政行为的效力应回溯到该行为被作成之时,而在其被法院撤销之前的存续期间可能被反复适用,依此作出的特定行为虽不具有合法依据,但都已可能产生具体的法律效果或状态,如一律发生回溯效力可能会产生严重的不利后果。国外判例中虽认为,如对这些具体行为未在诉权保护期间内提起争讼,则效力状态可归于确定,但同时不排除会启动另一波诉讼,而造成对已生效具体行政行为效力的质疑和司法的困境。鉴于此,法国行政法律制度中确立了法官“调整权”机制,对命令撤销后的溯及力问题,宣告撤销的行政法院法官有权决定是否以及如何具有回溯的效力。

最高行政法院在2004年的 *Association AC! et autres* 判决中宣告:依据本益分析比较后,如认为撤销的溯及既往可能造成“明显过度之后果”时,可以在时间上调整撤销的效力。“调整权的发展则是中央行政法院基于实务的考量,透过其判例所建置的机制。在没有立法者之实证法为基础的情形下,法院纯粹是依自己的司法权威,运用调整权。”<sup>①</sup>在2009年7月24日的判决中,法院决定一个介入法律保留领域的命令不具合法性,但其至2010年6月30日方才失效。<sup>②</sup>因此,对撤销的不合法行政规范性文件,是否产生溯及力,应区别对待,由法官审慎地进行利益衡量,以体现出法律必须保护国家、社会和第三人利益的价值作用,以维护正常的社会秩序,保证社会关系稳定。这样的利益衡量由于涉及司法权与行政权之间的紧张关系,无疑是对法官的业务能力和水平提出更高要求,难以一时在当下审判现实中建成为常态机制。

## （三）司法裁判执行力的问题

执行难一直是长期困扰我国行政审判的突出问题。基于司法权与行政权的权力分立原则,法国中央行政法院也曾一直认为行政法官不得向行政机关下达指令,以执行法院的判决。这种情形的存在,与判决既判力应有的权威相违背,其在2005年通过立法填补此漏洞,该法律赋予行政法院指令权与处罚权,以迫使行政机关必须执行行政法院所作出的判决。自此法律通过后,这些机制在实际中均有所运用。

我国现行《行政诉讼法》第65条规定了对行政机关拒绝履行判决、裁定时,可以采取划拨、罚款、提出司法建议乃至追究刑事责任等执行手段,从这几种手段采用的现实可能性分析,采用司法建议的方式,更有利于保障生效判决的执行和实现司法权与行政权之间的良性互动。“在行政审判过程中,如果加入合理有效的司法建议制度,法官的良知和职业使命感会促使更多的有问题的行政行为因为接受司法建议而被纠正。”<sup>③</sup>新《行政诉讼法》规定,人民法院对不合法的规范性文件应向制定机关提出处理建

<sup>①</sup>Pierre Delvolvé:《法国行政法之新近发展》,陈淳文译,王必芳主编:《行政管制与行政争讼》,“中央研究院”法律学研究所筹备处,2010年,第90页。

<sup>②</sup>Pierre Delvolvé:《法国行政法之新近发展》,陈淳文译,王必芳主编:《行政管制与行政争讼》,第91页。

<sup>③</sup>黄学贤、丁钰:《行政审判中的司法建议制度运行分析——以江苏法院为视角》,《行政法学研究》2011年第3期。



议。结合原立法规定的除了可向该行政机关的上一级行政机关或者监察、人事机关提出司法建议外,可拓展延伸到同级政府的法制部门和同级人大,将行政机关内部上级对下级的监督、外部异体监督和专门监督相结合,并纳入到行政执法责任制的考评体系,充分发挥司法建议能动司法的效能。

## 六、结语

行政规范性文件作为普遍的规范,与具体行政行为涉及的权利救济性质不同,加之司法权具有反多数决、被动、资源少等诸多性质,使得司法审查在运作上包含着更多的特质和要求。新修订的《行政诉讼法》,初步勾勒出对行政规范性文件的审查框架:附带式审查、个案中不予适用、向制定机关提出处理建议等制度设计,体现出立法的价值追求和现实要求。作为我国行政诉讼制度的一次重大修正,立法不仅要具有前瞻性,还要具有可行性、易操作性,对该项制度中涉及的审查主体设置、提起诉讼的方式、审查的内容和强度、裁判的种类及执行等实务问题,在立法作出原则规定或不宜明确规范的前提下,司法理论和实务应尽可能地作出具体合理的回应,以使其在今后的实际运行中,真正实现权力有效监督与权利充分保障间的平衡统一,彰显出制度应有的价值和生命力。

(责任编辑:蔡道通)

## A Study on Judicial Review of Administrative Normative Documents Based on Reflections on the Newly-amended Administrative Procedure Law

ZHANG Lang

**Abstract:** The newly-amended Administrative Procedure Law stipulates that People's Courts can conduct judicial review on administrative normative documents below the level of rules and regulations. Based on the existing system of power allocation and the reform of judicial system, we take judicial theories and practices in western countries as reference to integrate the prospect of legislation with its practicability. Besides, we discuss concrete issues on system design and judicial application like the identification of the subject of review, the ways to file a lawsuit, the content and intensity of review, and the classification of court decisions and their enforcement, so as to establish a mechanism of judicial review which meets the realistic needs of China.

**Key words:** administrative normative documents; judicial review; system design