

禁区还是误区

——抽象行政行为司法审查的现状出路

邢鸿飞

(河海大学 法学院 江苏 南京 210098)

摘 要 :中国内地的行政诉讼制度建立迄今 ,围绕抽象行政行为的司法审查问题 ,讨论从未平息。抽象行政行为作为司法审查的“禁区” ,也一直为官方或通说所肯定。抽象行政行为之所以成了人民法院司法审查的禁区 ,那是由于人们的误解 ;人民法院完全可以在不违背现行法律规定的前提下实施对抽象行政行为的司法审查 ;未来的制度设计完全可以突破抽象行政行为的司法审查禁区。

关键词 :抽象行政行为 ;具体行政行为 ;司法审查 《行政诉讼法》

中图分类号 :D912.1

文献标识码 :A

文章编号 :1671-4970(2008)02-0043-05

在中国内地 ,抽象行政行为作为一个学理概念 ,最早见诸 1983 年法律出版社出版的《行政法概要》,该书在对行政行为作分类时 ,将行政行为分为“抽象的行为和具体的行为”^①。此后 ,抽象行政行为在中国内地的立法中 ,虽未以法律概念的形式存在 ,但各类著作、教材、论文纷纷使用这一概念^①。加之 1989 年颁布的《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)明确启用了“具体行政行为”的概念 ,因此 ,将与“具体行政行为”相伴而生的“抽象行政行为”视为法律概念应无大碍^②。

中国内地的行政诉讼制度建立迄今 ,围绕抽象行政行为的司法审查问题 ,讨论从未平息。抽象行政行为作为司法审查的“禁区” ,也一直为官方或通说所肯定。何以至此 ?“禁区”真的存在吗 ?“禁区”真的不可突破吗 ?

一、抽象行政行为何以成了人民法院司法审查的禁区

抽象行政行为何以成了司法审查的禁区 ? 原因

不一而足 ,但追根溯源 ,主要起因于《行政诉讼法》的模糊规定以及人们对模糊规定的模糊认识。有人或许会问 :“《行政诉讼法》的规定不是很明确吗 ?”该法第二条规定 :“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益 ,有权依照本法向人民法院提起诉讼”。接着 ,该法第十二条第(二)项对抽象行政行为的可诉性进一步做了排除规定 ,“人民法院不受理公民、法人或者其他组织对‘行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令’事项提起的诉讼”^③。据此 ,只有具体行政行为才可以起诉 ;人民法院对抽象行政行为的起诉又不受理 ,抽象行政行为作为司法审查的禁区岂不顺理成章 ?

但只要略加分析 ,便不难发现 ,问题并非如此简单。一方面《行政诉讼法》对这一问题的规定远没有人们理解的那样清晰。因为 ,除了上述涉及受案范围的两个款项 《行政诉讼法》还有法律适用、举证责任等其他相关条款 ,而这些相关条款的内容 ,又使

收稿日期 2008-02-28

作者简介 邢鸿飞(1963—)男 ,江苏南京人 ,教授 ,博士 ,从事宪法与行政法学研究。

① 由王珉灿先生主编 ,法律出版社 1983 年出版的《行政法概要》一书 ,作为编写组的集体成果 ,并未明示各章节的具体撰稿人。但据了解 ,“行政行为”一章的撰稿人是中国内地当代著名的行政法学家王名扬教授 ,他对抽象行政行为的概念作了如下表述 :“国家行政机关在进行行政管理活动时 ,有时只制定抽象的规范 ,不对具体事情进行处理 ,这种行为称为抽象的行为”。(参见《行政法概要》第 98 页)

② 《行政诉讼法》第二条明确规定 :“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益 ,有权依照本法向人民法院提起诉讼。”该法第十二条在列举人民法院不予受理的事项时 ,虽然只使用了“行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令”的表述 ,而没有明确启用抽象行政行为的概念 ,但学界多数人认为 ,既然具体行政行为可以是法律概念 ,作为与其对应并相伴而生的抽象行政行为为理应成为法律概念 ,何况《行政诉讼法》第十二条第(二)项的表述本身就是对抽象行政行为的界定。因此 ,将抽象行政行为视为法律概念应无大碍。

③ 一般理解 ,抽象行政行为包括“行政立法”和“行政规范” ,前者指行政机关制定“行政法规、规章”的行为 ,后者指行政机关制定、发布“具有普遍约束力的决定、命令”的行为。可见《行政诉讼法》第十二条第(二)项的内容包含了抽象行政行为的两种完整形态——“行政立法”和“行政规范”。

得抽象行政行为的司法审查问题显得模糊不清。

在法律适用方面《行政诉讼法》的制度设定为抽象行政行为的司法审查留下了空间。抽象行政行为可以作为具体行政行为的依据,但未必能作为人民法院审理行政案件的依据。根据《行政诉讼法》第五十二条、第五十三条的规定,人民法院审理行政案件,以法律、法规为依据,这里所谓的法规包括行政法规,不包括行政规章,规章只是参照,不是依据;至于规章以下的规范性文件,更不可以作为依据,是否可以参照《行政诉讼法》也没规定。《行政诉讼法》的上述规定,实际上通过立法表明了人民法院对抽象行政行为的3种态度:行政法规是人民法院审理行政案件的依据,原则上,人民法院必须无条件适用^①;人民法院审理行政案件“参照”规章,无论对部门规章还是地方规章,人民法院只是有条件适用^②;对规章以下的规范性文件,人民法院在审理行政案件的法律适用中,具有更大的自由裁量权,《行政诉讼法》无硬性规定,人民法院似乎连“参照”都不需要^③。显然,人民法院无论对作为依据的行政法规还是对作为参照的行政规章抑或对连参照要求都没有的其他规范性文件,都不是机械地遵行或适用,这种相对的独立性,恰恰取决于人民法院对上述法律规范的不同程度的司法审查权^[2]。

也正是基于这一理由,在举证责任方面《行政诉讼法》的制度设定同样为抽象行政行为的司法审查留下了空间。《行政诉讼法》第三十二条规定:“被告对作出的具体行政行为负有举证责任,应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。”最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》(法释〔2002〕21号)第一条第一款相应规定:“根据行政诉讼法第三十二条和第四十三条的规定,被告对作出的具体行政行为负有举证责任,应当在收到起诉状副本之日起10日内,提供据以作出被诉具体行政行为的全部证据和所依据的规范性文件。被告不提供或者无正当理由逾期提供证据的,视为被诉具体行政行为没有相应的证据。”可见,提供被诉具体行政行为所依据的规范性文件,是《行政诉讼法》要求被告承担的一项举证责任,被提供的这些规范性文件在诉讼中的地位居然类似于被诉具体行政行为的相关证据。不难理解,人民法院对被诉具体行政行为所依据的规范性文件负审查之责跟它对证

据材料负审查之责具有极其相似的诉讼意义。《行政诉讼法》之所以将本应居于较高地位的具体行政行为所依据的规范性文件降到与证据材料相提并论的地步,原因何在?还不是对具体行政行为所依据的规范性文件的合法性和正确性持怀疑或不信任态度!这一立法本意,不但与前文所涉行政诉讼的法律适用规则如出一辙,而且为人民法院对部分抽象行政行为的司法审查埋下了伏笔^[2]。

行文至此,笔者对将抽象行政行为视为司法审查禁区的观点,实难苟同。因为,一方面《行政诉讼法》本身的规定就非常模糊甚至自相矛盾,“禁区”是否真的存在尚难定论。而且,另一方面,由于《行政诉讼法》的这一模糊规定,又使人们基于模糊规定产生了模糊认识,从而将司法审查的对象与诉讼标的混为一谈,将司法审查权狭隘地理解成法院的实体裁判权或法院对案件的最终裁决权。

因此,所谓“禁区”只是人们的认识误区,是一个虚拟的不该成为禁区的领域。从诉讼标的及司法裁判角度理解,根据现行法的规定,抽象行政行为不能作为行政诉讼的诉讼标的,人民法院也不能以裁判文书的方式对抽象行政行为的合法性作出司法评判。如果仅仅遵循这一标准来理解司法审查,抽象行政行为当然是我国司法审查的禁区。但事实上,司法审查有着更为丰富的内涵。因为,从我国行政诉讼的制度设计看,抽象行政行为不作为行政诉讼的诉讼标的并不必然否定人民法院对其合法性的评价与判断;人民法院不能以裁判文书的方式对抽象行政行为的合法性作出司法评判也不必然否定人民法院对其行使“程序上的搁置权”或“程序性否定权”。倘若人民法院的上述行为或权力不属司法审查的范畴,我们对其诉讼意义又该如何理解呢?结论只能是:所谓抽象行政行为是我国司法审查的禁区,只是基于诉讼标的和司法裁判权而言的,就整个行政诉讼制度而言,抽象行政行为毫无疑问应成为人民法院司法审查的对象。

二、人民法院如何在不违背现行法规定的前提下实施对抽象行政行为的司法审查

按照中国内地现行法的规定,行政诉讼的诉讼标的只能是具体行政行为,不能是抽象行政行为;人民法院有权作司法裁判的也仅限于具体行政行为,

① 当然,此处的无条件适用具有相对性。因为根据《立法法》的有关规定,人民法院对行政法规并非无条件服从,人民法院有异议权。

② 根据《行政诉讼法》的有关规定,人民法院审理行政案件,只适用于那些与上位法不相抵触或相互间不矛盾的规章。

③ 事实上,在中国内地的行政诉讼实践中,人民法院审理行政案件时,对规章以下的不与上位法相抵触的规范性文件还是给予必要的尊重的,而且允许在裁判文书中引用规章以下的规范性文件。

不包括抽象行政行为。但基于前文结论,抽象行政行为理应成为人民法院司法审查的对象,那么,人民法院如何在不违背现行法规定的前提下实施对抽象行政行为的司法审查呢?

对此问题的讨论,只能以现行法的规定为基础。众所周知,中国内地涉及抽象行政行为司法审查的程序法主要有《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)、《行政诉讼法》和《中华人民共和国行政复议法》(以下简称《复议法》),从这3部法律的具体条款中,我们均能找到人民法院对抽象行政行为实行司法审查的依据。

首先,根据《立法法》第九十条规定之精神,最高人民法院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。地方各级人民法院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。

从《立法法》的上述精神看,人民法院对行政法规似乎也不是无条件地服从,人民法院审理行政案件时,一旦发现行政法规与上位法相抵触,则可依法启动立法救济程序。《立法法》所谓人民法院“认为”行政法规同上位法“相抵触”的表述是否包含有司法审查的意蕴?试想,如果不经审查,人民法院何以发现行政法规同上位法“相抵触”呢?

其次,根据《行政诉讼法》第五十三条规定之精神,人民法院审理行政案件,一旦发现规章与上位法相抵触,则可依法行使“程序上的搁置权”或“程序性否定权”,将该规章弃之不用,而直接援用相关的上位法;当发现地方规章与部门规章或部门规章与部门规章不一致时,应由最高人民法院送请国务院作出解释或裁决。

由此可见,人民法院审理行政案件,虽然无权通过判决或裁定的方式直接对规章的合法性与正确性作实体评判,但人民法院可以启动法定程序解决这一规范冲突所致的矛盾,并因此实际取得了对规章的“程序性司法审查权”^①。

再次,最高人民法院2004年5月18日发布的《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪

要》(以下简称《纪要》)要求:“行政审判实践中,经常涉及有关部门为指导法律执行或者实施行政措施而作出的具体应用解释和制定的其他规范性文件,主要是国务院部门以及省、市、自治区和较大的市的人民政府或其主管部门对于具体应用法律、法规或规章作出的解释;县级以上人民政府及其主管部门制定发布的具有普遍约束力的决定、命令或其他规范性文件。行政机关往往将这些具体应用解释和其他规范性文件作为具体行政行为的直接依据。这些具体应用解释和规范性文件不是正式的法律渊源,对人民法院不具有法律规范意义上的约束力。但是,人民法院经审查认为被诉具体行政行为为依据的具体应用解释和其他规范性文件合法、有效并合理、适当的,在认定被诉具体行政行为合法性时应承认其效力;人民法院可以在裁判理由中对具体应用解释和其他规范性文件是否合法、有效、合理或适当进行评述。”

可见,人民法院审理行政案件,一方面表现出对规章以下规范性文件的应有的尊重,人民法院甚至可以在裁判文书中引用合法有效的规章以下的规范性文件^②;另一方面,人民法院并不放弃对规章以下规范性文件“是否合法、有效、合理或适当进行评述”的权力,人民法院对那些合法、有效并合理、适当的规范性文件,在认定被诉具体行政行为合法时,还应承认其效力。

如果说对抽象行政行为只作程序性处置是前述各种司法审查的底线的话,那么《纪要》所确立及描述的司法审查已经突破了这一底线,它将人民法院对抽象行政行为的司法审查,从程序性处置拓展到实体性或实质性评判的领域。

其实,早在1999年,人民法院对抽象行政行为只作程序性处置的司法审查底线就已被《复议法》所突破。1999年10月1日起施行的《复议法》第七条第一款规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为所依据的下列规定不合法,在对具体行政行为申请行政复议时,可以一并向行政复议机关提出对该规定的审查申请:(一)国务院部门的规定;(二)县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定;(三)乡、镇人民政府的规定。”接着,其第二款规定:“前款所列规定不含国务院部、委员会规章和地方人民政府规章。规章的审查依照法律、

^① 最高人民法院2004年5月18日发布的《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》也要求:“在参照规章时,应当对规章的规定是否合法有效进行判断,对于合法有效的规章应当适用。”

^② 最高人民法院关于执行《行政诉讼法》若干问题的解释(法释〔2000〕8号)第六十二条第二款规定:“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。”

行政法规办理。”2007年5月23日公布,自2007年8月1日起施行的《中华人民共和国行政复议法实施条例》以下简称《复议法实施条例》)第二十六条也进一步规定:“依照行政复议法第七条的规定,申请人认为具体行政行为所依据的规定不合法的,可以在对具体行政行为申请行政复议的同时一并提出对该规定的审查申请;申请人在对具体行政行为提出行政复议申请时尚不知道该具体行政行为所依据的规定的,可以在行政复议机关作出行政复议决定前向行政复议机关提出对该规定的审查申请。”《复议法》及《复议法实施条例》均允许相对人在对具体行政行为申请行政复议时,可以要求行政复议机关对该具体行政行为所依据的规章以下的抽象行政行为的合法性一并进行审查。试想,倘若相对人不服行政复议机关的复议裁决而继续诉诸人民法院,并要求人民法院对该具体行政行为所依据的抽象行政行为的合法性也一并作审查的话,人民法院该何去何从?难道只对复议裁决涉及具体行政行为的部分作审查,而对行政复议机关一并审查的具体行政行为所依据的抽象行政行为的合法性不予理睬?回答当然是否定的!

可见,基于《复议法》及《复议法实施条例》的规定,人民法院对抽象行政行为的司法审查权有了质的飞跃——人民法院在裁判文书中对具体行政行为是否合法做裁判的同时,可以一并对该具体行政行为所依据的规章以下的抽象行政行为的合法性进行裁判。但必须指出,即便人民法院的司法审查权有所扩张,行政诉讼的诉讼标的只能是具体行政行为这一底线依然未能突破。因之,行政诉讼的诉讼标的突破具体行政行为的底线,即将行政诉讼的诉讼标的拓展到部分抽象行政行为,理应是未来行政诉讼制度改革的方向。

三、未来的制度设计如何突破抽象行政行为的司法审查禁区

当下,人民法院对抽象行政行为的司法审查已成共识,直接以部分抽象行政行为为诉讼标的提起行政诉讼并非不可能,经过近20年的制度铺垫,此项改革的呼声愈来愈高,其必要性和可行性也日益凸现。在未来的制度设计中,突破抽象行政行为的司法审查禁区,赋予相对人对抽象行政行为的行政诉讼权,将抽象行政行为直接纳入行政诉讼的受案范围,势在必行。但这一改革不仅是诉讼制度的创新,而且涉及司法体制的变革,甚至事关宪政制度的大局,必须循序渐进,不能一蹴而就。在具体操作层

面,起码要关注并解决如下问题。

其一,能够作为行政诉讼诉讼标的的,只有部分抽象行政行为。

行政诉讼的诉讼标的可以是抽象行政行为,但绝不是所有的抽象行政行为,换言之,相对人可以直接诉诸法院的只能是部分抽象行政行为。接踵而至的问题是,哪些抽象行政行为可以直接作为行政诉讼的诉讼标的,哪些抽象行政行为不可以直接作为行政诉讼的诉讼标的?对此问题的答复和结论,既要尊重历史,又要考虑现实。中国内地的行政诉讼制度建立迄今,人民法院审理行政案件以行政法规为依据、以行政规章为参照的事实从未改变,尽管在法律适用的过程中,人民法院对行政法规和行政规章行使一定的司法审查权也是不争的事实,但其审查是程序性的,也是非实体性的。何况,行政机关制定行政法规或行政规章的抽象行政行为,《立法法》赋予了它一定的立法属性,在过去相当长的时间内没有成为行政诉讼的诉讼标的,完全有理由相信,在现在及未来相当长的时间内,这类抽象行政行为作为行政诉讼的诉讼标的依然没有必要和可能。因此,有可能成为行政诉讼诉讼标的的抽象行政行为,仅限于制定、发布规章以下的规范性文件的的行为。由于现行法对此类抽象行政行为的司法审查已有突破性规定,人民法院也做了有益的尝试,将制定、发布规章以下的规范性文件的抽象行政行为纳入行政诉讼受案范围,允许相对人直接诉诸法院,不但必要而且可行^{3-4]}。

其二,既然有部分抽象行政行为可以直接纳入行政诉讼的受案范围,那么人民法院对其作司法裁判的方式与效力问题便是无法回避的核心问题。

一般而言,人民法院对纳入行政诉讼的受案范围的抽象行政行为作司法裁判的方式不外乎判决和裁定,前者解决实体问题,后者解决程序问题,但无论哪种裁判方式,都会不同程度地对抽象行政行为的合法性和有效性产生影响。问题的关键在于,人民法院能否否定这类抽象行政行为的效力,进而撤销违法的抽象行政行为;被某一人民法院认定违法并宣布撤销的抽象行政行为,对其他行政机关及人民法院还有没有约束力。从某种意义上讲,这不是个诉讼法问题,而是个宪法命题。这一问题引起的困惑若不及时消解,则必然成为行政诉讼制度改革桎梏。

以中国内地现行的司法体制及宪政制度为背景,上述问题的解决面临两难境地,如果人民法院在个案中只能拒绝适用被其认定为违法的抽象行政行

为,而不能将其撤销,那么该违法的抽象行政行为的效力依然存在,其他行政机关及人民法院完全可能认定其合法而继续维护其效力。这显然有悖于法制的统一和尊严,也违背了行政诉讼的本意或初衷,不足取。但如果人民法院在个案中不但能拒绝适用被其认定为违法的抽象行政行为,而且能将其撤销,那么该违法的抽象行政行为的效力将不复存在,其他行政机关及人民法院也不能认定其合法而继续维护其效力。这一结局当然更容易被接受或认同,但问题在于,该人民法院基于个案对抽象行政行为合法性及有效性的认定有无公信力,其评判能否为其他行政机关及人民法院所公认。倘若该人民法院级别较高,其下级法院对其结论的遵从当无大碍,可那些级别相对较高的人民法院或不在同一辖区的人民法院,它们对有关法院的上述判断会持何种态度呢?

类似问题在西方似乎不成其为问题。英美法系国家遵循“先例约束原则”,上级法院的裁判对下级法院有约束力。某一抽象行政行为一旦被上级法院的裁判认定违法并遭拒绝适用,所有的下级法院对同类案件的审理应一体遵行。上级法院甚至无需撤销被认定为违法的抽象行政行为就能实现否定其效力的目的。大陆法系国家,专门行政法院的建制,也使得上述难题迎刃而解,行政法院特别是最高行政法院对抽象行政行为合法性的判断具有高度的权威性。

我国不存在“先例约束原则”,也没有行政法院的设置,因此,对上述英美法系和大陆法系的经验,我们均无法照搬,只能走中国特色的行政诉讼改革之路。基于这一认识,对此问题的解决,有赖于我国行政诉讼管辖制度的完善。原则上,依法对抽象行政行为直接提起的行政诉讼,由中级人民法院一审管辖。一审管辖法院的确定,严格遵循“级别对等”原则,即:中级人民法院一审管辖对区、县人民政府及市级政府主管部门的抽象行政行为提起的诉讼,高级人民法院一审管辖对市人民政府及省级政府主管部门的抽象行政行为提起的诉讼,最高人民法院一审管辖对省级人民政府及国务院主管部门的抽象行政行为提起的诉讼。这一制度架构,既有利于维护法制的统一和尊严,又有利于提高行政诉讼的效力与效益,何乐而不为?

参考文献:

- [1]王珉灿.行政法概要[M].北京:法律出版社,1983:98-99.
- [2]胡锦涛.论我国抽象行政行为的司法审查[J].中国人民大学学报,2005(5):10-11.
- [3]张献勇.试论对抽象行政行为的司法审查[J].河北法学,2003,21(3):108.
- [4]姜颖.建立和完善对抽象行政行为的监督机制[J].中外法学,1999,6(3):45.

(上接第38页)及互动论的分析模式,下启常人方法学、布迪厄的惯习和场域论、哈贝马斯的生活世界系统殖民化理论^[8]和吉登斯的“双重解释”观,在社会学研究方面具有重大而深远的意义。

除却通常看到的批评不说,我们认为,以下几方面问题将可能促进我们对现象学社会学的思考和完善:首先,如何从一般化的理论阐述中提炼出可操作的假设,并在实际研究时进行相应的论证和检验?其次,行为意义的产生,是不是都是关注和反思的结果?那种处在社会化初期(少儿时期)的被动接受是否也能形成一些行为的意义感?再次,意义跟文化有什么关联和区别吗?这些问题需要后来者作进一步的思索。

参考文献:

- [1]阿尔弗雷德·许茨.社会实在问题[M].霍桂桓,索昕,

译.北京:华夏出版社,2003:477.

- [2]转引自乔纳森·特纳.社会学理论的结构:下[M].邱泽奇,译.北京:华夏出版社,2001.
- [3]马克斯·韦伯.社会学的基本概念[M].胡景北,译.上海:上海世纪出版集团,2005:1.
- [4]李猛.舒茨早期著作中的意义理论[J].社会科学辑刊,1995(3):28-33.
- [5]何雪松.迈向日常生活世界的现象学社会学:舒茨引论[J].华东理工大学学报(社会科学版),2000(1):65-69.
- [6]李芳英.赋予行动以意义:舒茨的意义理论述评[J].重庆社会科学,2004(2):59-63.
- [7]杨善华.当代西方社会学理论[M].北京:北京大学出版社,1999:31.
- [8]李芳英.生活世界:在舒茨的视域中[J].重庆邮电学院学报(社会科学版),2005(2):202-205.