

中国抽象行政行为司法审查制度的建构

程 静

(西华师范大学 马克思主义学院,四川 南充 637002)

摘 要:在我国建构抽象行政行为司法审查制度的必要性和可行性已经具备的情况下,可以考虑从宪法和行政诉讼法两个层面着手建构:在宪法层面上,应考虑将司法对行政的监督权写进宪法;在行政诉讼法层面,应参照国外立法,完善中国抽象行政行为司法审查的审查主体、审查范围、审查方式和审查效力等主要要素。

关键词:抽象行政行为;司法审查;建构

中图分类号:D922.1 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-9841(2008)04-0097-05

有着分权制衡传统的西方法治国家,在司法优位、人权保障、司法最终救济以及诉权最大化一系列理论理念的支撑下建构了完整而成熟的抽象行政行为司法审查制度。这在理论上为建构我国的抽象行政行为司法审查制度提供了可能且必要的参照。我国抽象行政行为司法审查制度相对滞后。在理论上,我国对于抽象行政行为司法审查的关注多集中于其是否属于司法审查范围问题,或者说其可诉性问题,缺乏全面性和系统性。在司法实践中,各地法院处理方式各异的做法也没有能够切实解决涉及抽象行政行为诉讼案件的受理问题。现行立法的滞后,司法实践的混乱,迫使我们在世界行政法治发展潮流的推动下,必须刻不容缓地将这项当前我国行政法学界研究薄弱且不平衡的课题提上日程,重新建构抽象行政行为司法审查制度。

一、抽象行政行为司法审查的必要性

(一)中国抽象行政行为司法审查现状所决定

从我国行政诉讼现行立法虽然可以大致概括出对抽象行政行为进行司法审查的基本方面,但是,总的来讲,我国《行政诉讼法》对于抽象行政行为司法审查制度的立法的确存在“规定不明确,不具体,对司法审查的对象、范围、标准、方式、程序和效力等,没有建立起基本的法律制度,这在很大程度上限制了我国司法审查工作的展开”^[1]。由于中国社会特殊的法律传统和法治背景,注定了《行政

诉讼法》这样一部具有特殊意义而又特别的法律必然会充斥着矛盾的激荡并反映到法律条文中来。在新的行政法治环境下,重新审视和厘清立法上的这些不足,全面建构具体明确、操作性强的抽象行政行为司法审查制度是十分必要的。

(二)抽象行政行为本身存在的问题所决定

首先,有学者明确指出我国行政授权立法存在固有的正当性缺陷,即:“授权立法的人民性不足;授权立法导致立法权与执法权由同一机关行使;授权立法导致权力的被授予者再度将权力授出。”^[2]

其次,“我国行政立法乃至整个国家有关行政方面的立法起步较晚,程序上缺乏严格规范和制约,且政府行政部门长期习惯于通过颁布文件的形式对社会进行管理等因素”,由此,行政领域出现“立法膨胀,规范之间冲突无序,抽象行政行为泛滥的状况”^[3]。我国《立法法》、《行政法规制定程序条例》和《规章制定程序条例》虽然规定了听证程序,但并不详尽,且听证也不属于硬性要求,所以在实践中没有制度化、规范化。中国有关授权法规定授权立法的范围主要采取的是用限制的方法明确规定了授权机关的立法范围(形式和类别),而对于采取列举的方法规定授权机关能够或不能立法的事项的规定则不甚明了,因此,规章及其他规范性文件的制定中,越权的现象时有发生。同时,由于我国行政机构职能存在交叉重叠,也是形成抽象行政行为冲突、重复和管理失控的重要原因。近年来抽

* 收稿日期:2008-04-07

作者简介:程静(1976-),女,四川渠县人,西华师范大学马克思主义学院,讲师,主要研究行政法学。

象行政行为违法在行政违法中占了很大比例。

第三,抽象行政行为制定过程中的部门保护主义和地方保护主义突出。有些行政机关,特别是基层行政机关,习惯于使用抽象行政行为为征收财物,摊派费用。行政机关通过制定“红头文件”的方式来剥夺、限制行政相对人的权益,从而达到谋取私利的目的。有学者深刻指出:“我国行政规章以对公权或管理权的保护为基本价值取向,而对私权的保护明显不足。主要表现在:突出管理秩序维护的功能;以为相对人设定义务为主要行文方式;最大限度地方便行政主体而最小限度地方便行政相对人;法律责任的不对等规定等。”^[4]

(三)抽象行政行为与具体行政行为的关系到决定

抽象行政行为与具体行政行为本身不可截然分割。这不仅表现在二者范围界定上的困难,还表现在具体行政行为的作出本身已经牵涉到了抽象行政行为,对具体行政行为的审查必然涉及对抽象行政行为本身的理解。同时,与具体行政行为相比,抽象行政行为规模大、层次多,涉及面广,对社会的正、负面影响效果远远超过具体行政行为,而抽象行政行为又是作出具体行政行为的依据。在现实生活中,相当一部分政府机关的抽象行政行为是造成社会公益损害的根源。依法行政在某种意义上实际就是依规章行政,而再具体到某一地域,甚至成了依规范性文件行政。在中国,又由于法院受制于地方政府的客观现实,在行政诉讼中,地方政府规范性文件自然占有重要的地位。而随着市场经济的发展,政府职能逐步向宏观控制方面转变,抽象行政行为将会增多,人为缩小这种行为侵害公民权利的司法救济途径,后果将是严重的。

(四)抽象行政行为现有监督体制的缺陷所决定

首先,从现行立法来看,虽然宪法和有关法律法规规定了行政法规和规章的备案和审查制度,但是,实际的监督效果几乎为零。全国人大法工委原副主任陈延庆指出:“现在,备案程序大都履行了,漏报的是极少数,但备案以后的审查却缺乏法律程序,往往是由工作部门看一下,应当撤销的也没有经过权力机关作出决定予以撤销。”

其次,由行政机关自身确认其行为的合理性,难免有失公正性,同时也违背了“任何人不能当自己的法官”这一法治原则^[5]。虽然人们一再强调司法审查仅有有限的职责,但是无可怀疑的是“人们一般还是视司法审查为能够抑制行政活动中的过度行为的最重要的保障”^[6]。同时,在我国,由于上下级行政机关存在的领导与被领导关系,使得上下

级行政机关制定的规范性文件存在一定的关联,所以,对抽象行政行为的行政监督往往有名无实。

(五)与中国加入WTO之要求相适应所决定

司法审查在WTO规则中具有非常重要和突出的地位。加入WTO无疑会对我国司法审查制度产生直接的影响和冲击,但同时也为我们推动司法审查制度的发展带来契机。我国加入WTO承诺的司法审查的范围远远大于WTO有关协议所明确规定的范围,几乎将货物贸易、服务贸易和知识产权有关的行政行为,都纳入司法审查^[7]。另一方面,我国行政行为关于具体行政行为与抽象行政行为的基本分类,在理论和实践上与主要建构在英美法系的法律理念基础之上的WTO规则发生矛盾^[8]。WTO规则没有对行政行为作抽象行政行为与具体行政行为的分类,而是采取了将行政行为分为行政命令、行政处分、行政契约、行政事实行为的国际上通用的划分方式。WTO规则要求各成员国(方)都须“遵循其对于司法审查地位的判定,即任何行政行为都是可诉的,都应该接受司法部门的审查,从而最终确定行政行为的合法性,这便是法治原则国际化的直接体现”^[9]。

二、抽象行政行为司法审查的可行性

(一)世界主要行政法治国家的立法可资借鉴

世界主要行政法治国家早已建立了比较稳定成熟的抽象行政行为司法审查制度。司法审查制度作为一种行之有效的先进法律文化是全世界共同的财富,自然可以且应当为我国立法所借鉴。

(二)市场经济体制的确立和逐步深入发展为司法审查提供了条件

“大凡实行市场经济的国家,其对行政权的审查都毫不例外地包括了全部或主要行政行为的审查”^[10]。市场经济的最大特点就是充分保障各种经济主体在获得平等地位基础上进行自由竞争,这样就会促使整个社会权利意识的产生和发展。为了维护基本的竞争秩序,保证经济主体的基本权利,平衡政府管理过程中出现的社会利益与个人利益的冲突,司法审查作为一种能够实现这种平衡的国家力量,在获得了经济基础和动力之后,便得以产生和发展。

(三)对抽象行政行为的司法审查具有默示的宪法基础

从表面来看,现行宪法并没有直接授予人民法院对抽象行政行为的司法审查权,但其蕴含了对抽象行政行为进行司法审查的依据:《宪法》第二条规

定：“中华人民共和国的一切权利属于人民，人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务。”该条规定明确了主权在民，行政机关只是人民的公仆，其权力来源于人民的授权，接受人民授权管理国家。《宪法》第四十一条规定：“中华人民共和国公民对任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向国家机关提出申诉、控告或检举的权利。”此处“国家机关和国家工作人员”显然包括行政机关及其工作人员。此处的“违法失职行为”也不排除行政机关违法的抽象行政行为。《宪法》第五条规定：“一切国家机关和武装力量，各政党和社会团体，各企事业单位都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。任何组织和个人不得有超越宪法和法律的特权。”据此，如果行政机关的抽象行政行为违反宪法和法律，同样必须予以追究，这一宪法原则排除了抽象行政行为不受法律控制的可能性，从而提供了抽象行政行为接受司法审查的依据。

（四）行政复议对抽象行政行为审查的实践可以为司法审查提供借鉴

《行政复议法》第七条规定：“公民、法人或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：（1）国务院部门的规定；（2）县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定；（3）乡、镇人民政府的规定。”此处，法律明确规定了行政相对人对部分抽象行政行为申请审查的权利。行政复议中对抽象行政行为进行审查的经验无疑可以给抽象行政行为的司法审查提供借鉴——只是采用行政复议的方式对抽象行政行为进行审查，具有自身难以克服的缺点。尽管行政复议对规范性文件的审查还仅限于申请审查和附带层面审查，“但这无疑标示着对于立法的司法审查已不存在根本性的理论障碍。复议法的这一突破为授权立法的司法审查奠定了坚实的理论和实践基础。”^[2]

（五）人民法院对于抽象行政行为的司法审查实际上已经存在

在我国行政诉讼司法实践中，已经出现了对象行政行为进行司法审查的先例。这种情形不仅说明法院对抽象行政行为进行司法审查的不可避免，而且也表明了对抽象行政行为进行司法审查的可行性。

三、中国抽象行政行为司法审查制度的建构

我国抽象行政行为司法审查制度的建构，可以分别从宪法和行政诉讼法两个大的层面考虑。

（一）宪法层面

我国现行宪法并没有明确承认分权制度，而且在短期内将西方国家的三权分立制度写进我国宪法也是不太现实的——当然，照搬西方国家的三权分立制度也并非就是好事。其实，在保持我国现行宪法确定的人民代表大会制度的前提下，宪法可以规定司法对行政的监督制约权，而此种规定也不会对我国根本的政治制度构成任何实质性的改变。而从现实状况来看，我国中央国家行政机关就行政接受司法监督已经作出了主动反映：2004年3月22日，国务院发布的《全面推进依法行政实施纲要》第二十八条已经作出明确规定：“（行政机关）接受人民法院依照行政诉讼法的规定对行政机关实施的监督。对人民法院受理的行政案件，行政机关应当积极出庭应诉、答辩。对人民法院依法作出的生效的行政判决和裁定，行政机关应当自觉履行。”^[1]可以说《全面推进依法行政实施纲要》充分表达了我国中央国家机关全面推进依法行政，建设法治政府的真切愿望。由此观之，将司法对行政的监督权写进宪法，不仅有其理论基础，而且从现实来看，时机也已成熟。司法对行政的监督权如果能写进宪法，无疑将极大地增强司法的权威，进而可能在很大程度上改变当前司法与行政不平衡的权力格局。

（二）行政诉讼法层面

从行政诉讼的层面考虑，参照国外立法，完整的抽象行政行为司法审查制度应当包括审查主体、审查范围、审查方式及审查效力诸多方面。

1. 审查主体

关于将抽象行政行为纳入司法审查范围后管辖制度如何设计，法学界存在不同的看法。其中之一是主张保持现行做法不变，由各级人民法院进行审查。笔者认为，考虑到我国的具体国情，行政机关对同级法院的行政审判形成严重干扰已是不争的事实。法院在事实上无法摆脱行政权的控制，所以，由各级人民法院按照现行体制对同级行政机关的抽象行政行为进行审查难以取得实效。同时，“我们必须承认，审查抽象行政行为的难度远远超过审查具体行政行为。它需要法官不仅仅是对法律条文的理解、识别，还应具备较高的法学理论素

养,丰富的立法学知识以及对法律精神的深刻理解”^[12],基层法院,甚至不少中级法院必然难以胜任。而从国外立法来看,对于抽象行政行为的司法审查一般均由较高级别的法院或专门的行政法院进行审查,这样方能保证对抽象行政行为的审查质量和权威。在我国,对抽象行政行为的司法审查宜实行向下审查原则,即人民法院审理行政案件,限于对所管辖范围内的下级行政机关所作的抽象行政行为进行审查,不对上级及同级行政机关或不属于本辖区内的其他行政机关的抽象行政行为进行审查。相对人对上级及同级行政机关或其他行政机关的抽象行政行为有异议的,人民法院应中止审理,将异议逐级上报至与本院有隶属关系的同级或上级法院,直至最高人民法院,待其作出审查结论后再依据该结论恢复对具体行政行为的审理。就法院的级别管辖而言应规定由中级以上法院管辖。

另一种行之有效的做法就是设立专门的行政法院。相对于民事和刑事案件的审理来说,行政案件尤其是涉及对抽象行政行为审查的案件的审理更加可能受到来自行政机关的强大阻力,致使法院对抽象行政行为的司法审查力不从心。而且,对抽象行政行为的司法审查往往还涉及行政方面的专业知识和技能。在大陆法系的法国、德国等国家,都设立有专门的行政法院。我国可在最高人民法院之下设立两级行政法院,即省、自治区及直辖市设高级行政法院,在设区的市、自治州一级设立地方行政法院。各级行政审判机构的经费均由最高人民法院统一拨付,人员配置由最高人民法院统一安排。从而得以使行政审判机构真正脱离行政权力的干扰,法院对抽象行政行为的司法审查方才能够真正取得实际的效果。

2. 审查范围

从原则上讲,根据“司法最终救济”的原理,行政相对人通过行政诉讼寻求司法救济的一切行政争议,法院均应受理。按照西方国家的惯例,全部政府委任立法均应成为司法审查对象。但是具体而言,考虑到我国的国情,对于抽象行政行为的审查可以区别为以下情形:

第一,规章及规章以下的其他规范性文件全部纳入诉讼范围。中国加入WTO之后,规章及其以下的其他规范性文件必须接受司法审查,而不再是作为“参照”^[13]。

第二,目前条件下,行政法规暂不纳入司法审

查范围。这是主要基于下面的考虑:目前,中国权力机关立法不仅相对于行政立法来说数量较少,而且存在原则性强、操作性差的缺点,从而形成了“权力机关立法是骨架,行政机关立法是血肉”的局面。我国行政立法是大量的、经常的,在社会生活中的作用也十分突出。同时,我国行政立法层次复杂,如果不分情况对所有抽象行政行为均实行同样的审查,必将对整个国家的行政管理秩序带来巨大的冲击,甚至影响社会的稳定。

3. 审查方式

世界各国对抽象行政行为的审查中,直接审查与间接审查两种方式均存在。我国抽象行政行为的司法审查也可以采取间接审查与直接审查相结合的模式。在一般情况下宜采用间接审查的方式,即在行政相对人因不服行政机关具体行政行为提起的诉讼中附带审查相关的抽象行政行为。而在直接审查中,对于能够直接对抽象行政行为提起诉讼的原告,应当对其资格进行严格限制。在我国现阶段宜实行利害关系人集团诉讼方式,即直接受到有关抽象行政行为潜在的、特定的不利影响的一定数量的公民、法人或其他组织,可以向人民法院提起行政诉讼^[14]。这种做法既重视了行政诉讼制度保护行政权力的依法行使,又保证了司法审查对行政权力的监督。同时,一定程度上限制了对抽象行政行为随意提起诉讼,从而导致滥诉的可能。但是如果一律实行受害人诉讼,即只有受到直接具体的实际侵害,才允许提起行政诉讼,对于行政相对人来说是不尽合理的。从世界各国的行政诉讼立法来看,对原告诉讼资格逐步放宽已是发展趋势。^①有学者指出,我国行政立法将对象具有广泛性的抽象行政行为排除在受案范围之外,更有思想观念上的根源,即在于“中国法观念中对个体权利意识和整体权利意识的看法。……过分强调的是整体的作用与功能和力量,使各个个体自身的独立性不复存在。”^[15]

此外,对于事关公民重大权益的抽象行政行为,还可以考虑实行行政公诉制度。在行政诉讼中,虽然立法在理论上确立了原、被告二者地位平等的原则,但实际上,相对于行政机关来讲,行政相对人处于弱势地位是不争的事实。实践中,行政相对人不愿、不能、不敢起诉或迫于压力而撤诉的情形十分普遍。而且,由于抽象行政行为并不一定直接给行政相对人带来实体权益的损害,而往往表现

^① 国外行政诉讼制度中,对于原告资格的确认大致有三种模式,即受害人诉讼,利害关系人诉讼和民众诉讼。

为一种潜在的、间接的影响,所以,直接针对抽象行政行为的司法审查缺乏像具体行政行为那样较强的启动机制。同时,由于抽象行政行为“针对不特定对象,能够反复适用”之特点,实行行政公诉则可以避免重复诉讼。此外,确立行政公诉制度的理论基础还在于“行政行为旨在建立一种法律确定的社会公共秩序,都与社会公共利益密切相关,即具有社会公益性”,由此决定了“必然要求有一个代表公共利益的专门机关实施专门的监督职能,阻止各种以损害公共利益为代价的行为。而不论行政行为是否侵犯了相对人独立的合法权益。”^[16]

4. 审查效力

即使是在间接审查中,立法也应当赋予人民法院宣告接受司法审查的抽象行政行为的效力的权力,这是世界主要行政法治国家抽象行政行为司法审查制度立法的共同做法。但是,由于我国没有实行判例法制度,因此即使法院有权在个案中宣告某一抽象行政行为无效,但其效力无法在以后的案件中产生当然的拘束力,故而,被宣告无效的抽象行政行为的效力依然存在,这样的宣告不能从根本上对行政机关产生影响^[17]。因为抽象行政行为具有针对不特定对象能够反复适用的特点,类似的诉讼就有可能重复出现。所以,对于抽象行政行为宣告无效的效力不应仅仅适用于个案之中,而且应该使该抽象行政行为的普遍拘束力丧失,方能真正起到司法审查监督行政的实际作用。不过,为保证法治的统一性和作出此种宣告的权威性及其正当性,规章无效的宣告,应当由最高人民法院统一行使。宣告应以司法解释的方式作出,具有普遍的约束力^[18]。规章以下的其他规范性文件无效的宣告,可由各省、自治区和直辖市的高级人民法院作出,并对各省、自治区、直辖市的地方法院具有普遍的约束力^[19]。但是,法院不能对接受审查的抽象行政行为进行变更,否则就有可能形成以法院的判断代替行政机关的判断的情形。此外,按照一般法律原理和维护行政秩序的稳定,被撤销或宣布无效的

抽象行政行为应该不具有溯及既往的效力。

参考文献:

- [1] 刘俊祥. 论我国抽象行政行为的司法审查[J]. 现代法学, 1999(6):69-74.
- [2] 柳砚涛. 授权立法的正当性缺陷及其矫正[J]. 宪政手稿, 2003(1):94-108.
- [3] 李蕊. 抽象行政行为审查体系的构筑[J]. 济南大学学报, 2004(6):71-74.
- [4] 关保英. 论行政法规对私权的保护[J]. 法学, 2004(8):46-52.
- [5] 龙春媛, 马晓敏. 论行政规定的司法审查[J]. 山西大学学报(哲学社会科学版), 2001(3):79-81.
- [6] 孙笑侠. 法律对行政的控制——现代行政法的法理解释[M]. 济南: 山东人民出版社, 1998:258.
- [7] 孔祥俊. 建立与 WTO 相适应的司法审查制度[M]//中国诉讼法学精粹. 北京: 机械工业出版社, 2004:466.
- [8] 刘雅斌. 论加入 WTO 我国抽象行政行为的可诉性[J]. 黑龙江省政法管理干部学院学报, 2002(3):13-15.
- [9] 朱淑婷, 许江晖. 经济全球化与行政法治国际化及回应[J]. 当代法学研究, 2001(4):25-28.
- [10] 程宗璋. 部分抽象行政行为具有可诉性之管见[J]. 行政论坛, 1998(4):25-27.
- [11] 国务院. 全面推进依法行政实施纲要[N]. 人民日报, 2004-04-21.
- [12] 罗文燕. 对抽象行政行为进行司法审查的法律思考[J]. 杭州大学学报, 1996(12):23-28.
- [13] 马怀德. 司法改革与行政诉讼制度的完善——《行政诉讼法》修改建议稿及理由说明书[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004:317.
- [14] 王宝明, 赵大光, 任进, 高秦伟. 抽象行政行为的司法审查[M]. 北京: 人民法院出版社, 2004:196.
- [15] 王良钧. 抽象行政行为可诉性误区的探析[J]. 河南省政法管理干部学院学报, 1999(4):47-49, 53.
- [16] 蓝邓俊. 行政公诉——兼论行政诉讼受案范围[J]. 河北法学, 2000(3):111-114.
- [17] 张本顺. 行政判例视野中的行政法原则研究[J]. 西南大学学报(社会科学版), 2007(5):94-98.
- [18] 范愉. 关于法律解释的几个问题[EB/OL]. 中国法学网, <http://www.jcrb.com/zyw/n502/ca343085.htm>.
- [19] 程宗璋. 创新我国对抽象行政行为的司法审查制度[J]. 北京行政学院学报, 2003(2):64-69.

责任编辑 刘荣军

The Construction of Judicial Review of Abstract Administrative Act in China

CHENG Jing

(College of Marxism, China West Normal University, Nanchong 637002, China)

Abstract: This article first makes an analysis on the necessity, feasibility of the establishment of judicial review of abstract administrative act, and then gives an introduction to the system of judicial review of abstract administrative act throughout the world, which includes the scope, subject, method, effect and intensiveness of judicial review of abstract administrative act. It finally states the design of establishing judicial review of abstract administrative act in China.

Key words: abstract administrative act; judicial review; construction