

行政规范性文件附带审查制度实施困境的解决之道

——基于最高人民法院典型案例的观察

薛小蕙

(华东政法大学 法学院,上海 200042)

摘要:最高人民法院于2018年发布了第一批行政规范性文件附带审查典型案例,以期从审查原则、审查标准、审查方式三个维度为地方法院审理规范性文件附带审查案件提供指导。这些典型案例反映了法院易基于多种判断规避审查、后续处理环节存在差异、法院审理呈现保守倾向和审慎思维等问题。法院应当在现有制度框架的基础上“有可为有不可为”,建立宽松的审查入口体系,针对不同类型的行政规范性文件建立不同的审查标准,发挥司法建议制度的应有功能,加强与备案审查制度的衔接,并以建立规范性文件独立之诉作为努力方向。

关键词:行政规范性文件;附带审查;典型案例

中图分类号:D922.1

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2020)06-0061-10

2015年《行政诉讼法》的修改建立了行政规范性文件附带审查制度,这既是对之前学界关于行政规范性文件是否纳入司法审查争议的回应,同时也实现了与《行政复议法》相关规定的制度衔接。^[1]2018年最高人民法院发布《关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(法释[2018]1号)(以下简称“法释[2018]1号”),其中第145条至151条就附带审查的标准和程序等作出了进一步的细化。2018年10月,最高人民法院公布九个行政诉讼附带审查规范性文件典型案例,旨在为各级人民法院审理此类案件提供参考,并提供可推广的审判经验。然而,通过对这九个案例的深入解读不难发现,典型案例中的各级法院对行政规范性文件附带审查的标准、方式及后续处理等环节并不完全统一,这也暴露出法院在行政规范性文件附带审查制度中的踟蹰。对此,本文拟以九个典型案例为分析对象,试图梳理行政规范性文件附带审查制度的困境,并提出相关的解决路径。

一、典型案例集中体现的指导意旨

最高人民法院此次发布的典型案例既不同于指导性案例,也不属于公报案例,而是专门针对行政规范性文件附带审查这一新型的行政诉讼类型而颁布的一系列典型案例,意欲为此类案件的审判发挥指导功能。笔者以裁判结果、后续处理、典型意义三个维度,将九个典型案例的要点凝练为表1。

最高人民法院此次发布的九大案例是从全国范围内撷取,并且一审法院、二审法院皆有涉及。这九个案例中,有两个案例分别因被诉的基础行政行为是非实质性行政行为(成都金牌天使公司案)、行政规范性文件条款和被诉行政行为没有关联性(毛爱梅案)这两个原因而没有进入到实体审查阶段。其余的七个案例中,有三个案例的行政规范性文件被认定为不合法。通过对九个案例“典型意义”的梳理发现,此次最高人民法院公布这九个典型案例的指导意旨主要有以下三个方面。

收稿日期:2020-07-29

作者简介:薛小蕙(1989—),女,宁夏固原人,宁夏师范学院文学院讲师,华东政法大学法学院博士研究生。

表1 九个附带审查典型案例的要点

案例	裁判结果	后续处理	典型意义
徐云英诉山东五莲县社会医疗保险事业处不予报销医疗费用案(下文简称“徐云英案”)	行政规范性文件不符合上位法的规定,不能作为认定依据,属于适用法律法规错误	无	与上位法相冲突的行政规范性文件条款不具有合法性,不能作为认定行政行为合法的依据
方才女诉浙江省淳安县公安局治安管理局行政处罚案(下文简称“方才女案”)	行政规范性文件内容符合上位法之授权,内容合法,与上位法不抵触	无	行政规范性文件没有对上位法概念进行扩大解释,所以规范性文件与上位法不抵触
袁西北诉江西省于都县人民政府物价行政征收案(下文简称“袁西北案”)	行政规范性文件违反上位法的规定,不得作为合法性依据	向制定机关发出司法建议	司法建议可以有效扩大审判效果并促进执法质量
大昌三昶(上海)商贸有限公司诉北京市丰台区食品药品监督管理局行政处罚案	行政规范性文件具有上位法依据,制定主体适格,并符合原食品安全法的立法目的	无	裁判理由从立法目的、上位法的具体法律规定、法律适用等多方面进行深入说理
郑晓琴诉浙江省温岭市人民政府土地行政批准案(下文简称“郑晓琴案”)	行政规范性文件的相关规定对本案原告不适用	向制定机关发出司法建议	人民法院的裁判维护了社会广泛关注的“外嫁女”及其子女的合法权益
上海苏华物业管理有限公司诉上海市住房和城乡建设管理委员会物业服务资质行政许可案	行政规范性文件的规定与上位法不相冲突,制定主体、制定目的、制定过程符合规范,并无明显违法情形	无	对于不存在违法情形的行政规范性文件,应当在判决理由中予以认可,并在该案中进行适用
孙桂花诉原浙江省环境保护厅环保行政许可案	行政规范性文件并未违反上位法的规定,其不合法的主张不能成立	无	人民法院在对行政规范性文件附带审查时可以征求制定机关的意见
成都金牌天使医疗科技有限责任公司诉四川省成都市科学技术局科技项目资助行政许可案(下文简称“成都金牌天使公司案”)	因基础行政行为不属于本案的受案范围,因而被申请审查的规范性文件也不是本案受案范围	无	原告提起行政规范性文件的审查需符合“附带性”的原则
毛爱梅、祝洪兴诉浙江省江山市贺村镇人民政府行政强制及行政赔偿案(下文简称“毛爱梅案”)	被审查的条款与本案的被审查对象即行政强制行为无关联,不予审查	无	再次明确了行政规范性文件附带审查制度中审查对象的附带性

(一) 审查原则:“附带性”审查原则

依据新《行政诉讼法》第53条的规定,行政规范性文件的司法审查,是以作为基础行政行为的“附带性”条件而被提起。“附带性”审查原则在成都金牌天使公司案和毛爱梅案中得到了集中体现。在前案中,一审法院认为金牌天使公司所诉的基础行政行为,是科技项目的资助进行实质审查程序之前的一项告知行为,该行为不属于实体性行政行为,所以,因被诉的基础行政行为未进入到行政诉讼的实体审查阶段,故而附带审查的行政规范性文件也未进入实体审查。该案集中体现了附带审查制度中审查对象的附带性、审查模式的附带性和审查结果的附带性。后一案中,法院认定被审查的行政规范性文件的条款和被诉的行政强制行为之间没有关联性,再次明确了行政规范性文件“附带性”的审查原则。

(二) 审查标准:“有限性”审查标准

根据“法释[2018]1号”第148条的规定,对“行政规范性文件合法”的认定标准为职权标准、内容合法性标准及程序合法标准三个维度,但是实践中法院更多地是从内容合法性角度进行审查,职权标准及程序合法两个维度鲜有涉及。在行政规范性文件被认定不合法的案件中,均不同程度地体现了有限性审

查标准的运用。例如,在袁西北一案中,二审法院的判决认定被审查的《于都县城市污水处理费征收工作实施方案》违反了上位法的规定,因而不能作为行政行为的合法性依据;在徐云英一案中,二审法院认定行政规范性文件的相关条款限缩了行政相对人的权利,同样认定其不得作为行政行为的合法性依据。

(三)审查方式:可采用征求制定机关意见的审查方式

行政规范性文件附带审查制度必然要涉及到文件制定主体与行政诉讼中的被告不是同一主体的情形,因此,在审理过程中征求制定机关的意见有助于法院更好地审查行政规范性文件的合法性。在孙桂花一案中,被审查的《机动车环保检验合格标志管理规定》是由原环保部制定,因文件内容具有较强的专业性和政策性,所以法院在审理过程中向原环保部发函了解该文件的制定目的和出台背景等内容,原环保部复函对这些内容作了详细的介绍。法院在掌握了行政规范性文件制定机关的意见并充分听取了诉讼双方的主张后,作出了审慎的判决。

二、行政规范性文件附带审查制度的现实困境

附带审查制度的建立,是意欲通过“下游”阶段的司法审查规制手段,来有效遏制红头文件的乱象,以提高政府行政行为的合法性,所以该项制度本身被寄予诸多期待,更被“视为社会进步的标志”。^{[2]139}最高人民法院通过公布典型案例的方式,为该类案件的审判提供裁判指导,针对性地回应了审判实践中存在的“要不要审”“审查哪些方面”“怎么审”等问题,相对明确地确立了行政规范性文件附带审查制度的规范,具有较强的宣示意义。然而,从典型案例制度角度来看,典型案例大都在案例指导制度运行的背景之下,“效仿”指导性案例的形式和实质要件,其自身尚未凝练出统一的遴选规则,也缺乏普适的核心要义;^[3]再从行政规范性文件附带审查制度本身来看,此次发布的九大案例,典型性有余而代表性不足,同时也暴露出该制度存在的诸多困境。

(一)法院基于多重判断来规避对行政规范性文件的审查

依前文所述,行政规范性文件的附带审查是一种有限性审查。所谓“有限”主要集中于两点。一是根据《行政诉讼法》的规定,只有行政规范性文件 and 被诉行政行为之间具有符合“依据”的“关联性”,才可进入到实体审查的阶段,但是何谓“依据”,以及在司法审判的实务中如何判断二者之间的关联性,法律并没有作出明确限定,法院事实上拥有较大的自由裁量权,这导致在司法实践中产生对依据关系如何认定的司法争议,也反映了对依据关系认定的复杂性。^[4]正因如此,实践中法院大多以行政规范性文件与行政行为之间不存在“依据”为由规避审查。正如学者所言,关联性判断逐渐成为基层法院调整附带审查装置“流量”的阀门,在客观上也具有限制附带审查请求权的法律效果。^[5]二是根据“法释[2018]1号”第146条规定,附带审查应当在一审开庭审理前提出,有正当理由的,也可以在法庭调查中提出。由此可以推断附带审查的提起时间是在一审开庭前,但是“法庭调查”是一审期间还是同样也包括二审,则不可知;其次,如果行政机关在一审期间提出了新的行政规范性文件作为行政行为的依据,那么原告在二审中提出对新行政规范性文件的审查,法院要不要审?上述两个方面的“限制”使得本身就是有限审查的附带审查制度,在司法实践中更难进入到实体审查的程序。最高人民法院公布的多个典型案例体现出此困境。

以孙桂花案为例,法院在一审和二审期间,分别以审查标准中的职权来源和提起时间限制为由,排除对行政规范性文件的司法审查。首先,在一审期间,法院认为行政机关核发环保标志的职权,来自法律和地方性法规,而不是被审查的《机动车环保检验合格标志管理规定》(环发[2009]87号),所以“原告提出的被告依据该行政规范性文件增设标志管理的主张,不能成立”;^①然而,在行政机关提交的证据、依据列表中,又将环发[2009]87号文件作为行政行为作出的依据之一。换言之,法院在审理过程中,以职权来源为由,自行将被审查的行政规范性文件排除在审查范围之外。其次,因行政机关在一审中提到行政机

^① 参见(2015)杭西行初字第291号。

关作出的依据之一包括《浙江省机动车环保检验合格标志管理办法》这一新的行政规范性文件,故在该案的二审阶段,上诉人提出对该份文件进行附带审查,但是依据“法释[2018]1号”146条规定,行政规范性文件附带审查应当在第一审开庭审理前或法庭调查中提出,故而对第二份文件附带审查的申请被法院直接驳回。综上,因“依据”的限制性判断与提起时间的限制,该案中的两个行政规范性文件均被排除在司法审查范围之外。

(二)不同案例在对附带审查的后续处理环节上存在差异

依照“法释[2018]1号”第149条和150条的规定,如果经法院审查认为行政规范性文件存在违法情形时,法院可作出的后续处理包括不作为认定行政行为合法的依据、向制定机关提出处理建议、向制定机关的上级机关和相关机关抄送、报送上一级人民法院备案等四种情形。^[6]可以说,后续处理环节作为行政规范性文件附带审查的“最后一公里”,是保障不合法的行政规范性文件能够得到彻底纠错的最后一道防火墙,所以,如果后续处理措施得不到事实上的落实,行政规范性文件附带审查制度也将面临落空。具体来讲,这四种情形虽然在法律条文的表述有“应当”也有“可以”,但是依据对行政规范性文件制度的理解,法院都应作出“应当”式的强制性表达。但是在司法实践中,法院的做法却不完全统一。

第一,不作为认定行政行为合法的依据。学者称之为“不予适用”说,^[7]虽然距离“普遍不予适用说”的效力还有一定的距离,但是“不予适用说”对行政规范性文件合法性与否进行陈述的直接呈现,法院应当在裁判理由中作出清晰的表述,并明确缺乏依据与被诉行政行为合法性之间的关系。结合九个典型案例不难看到,法院在这一环节的后续处理中已经存在一定的差异。例如,徐云英案、袁西北案和方才女案中的行政规范性文件被认定为不合法,但是对不合法的认定强弱都有所不同。袁西北案中,二审法院认为《于都县城市污水处理费征收工作实施方案》违反上位法规定,不能作为于都县政府征收袁西北污水处理费的合法性依据;在徐云英案中,二审法院认为附带审查的《五莲县新型农村合作医疗管理工作实施办法》第五条第二款的规定,是对行政相对人权利的限缩,“不能作为认定涉案行政行为合法的依据”,“属于适用法律法规错误,应予撤销”,^①并判决由被上诉人重新审查并作出处理;在郑晓琴一案中,一审法院只是简单认定“行政规范性文件的相关规定对本案原告不适用”。可以说,这三个案件分别以“不能作为合法性依据”“不能作为认定行政行为合法的依据”“对本案原告不适用”——从强到弱的三个层次对行政规范性文件作出评价,强度各有不同。如果典型案例意图发挥指导作用,那么在仅有的三个行政规范性文件被认定不合法的案例中,此种强度不一的裁判说理,可能反而会加剧法院对行政规范性文件合法性评述的不确定性,不仅不利于附带审查制度功能的发挥,还会对该制度带来负面影响。

第二,向行政规范性文件的制定机关提出司法处理建议、向制定机关的上级机关和相关机关抄送、报送上一级人民法院备案。这三种后续处理环节,已然超出司法裁判过程,属于行政规范性文件“后司法监督”的制度安排。如果说行政规范性文件司法审查在《行政诉讼法》修改之前就已隐性存在,^[8]那么这三个后续处理制度应当是真正意义上的“新制度”,换言之,行政规范性文件司法审查是否能达到“普遍不予适用说”的效果,就在于这三项“后司法监督”制度是否能发挥功效。然而,在上述三个案例中,法院在判决后向制定机关发送了司法建议的,仅有郑晓琴案和袁西北案,至于是否“抄送”和“报送”,从裁判要旨中也无法得知。如果经法院发送司法建议的行政规范性文件有可能在后续处理过程中被修改或者废止,那么没有向有关机关发出司法建议的行政规范性文件,也只是在该案中不予适用,并没有完全否定其现实效力,使得附带审查制度的“最后一公里”无法到达。

(三)法院在裁判过程中呈现保守倾向与审慎思维

行政规范性文件附带审查制度的确立,涉及到司法权对行政权的干预边界以及二者的分工问题,从整体上来讲,法院在对行政规范性文件的适用和审查上秉持着保守倾向与审慎思维。法院在诸多问题上

① 参见(2016)鲁11行终9号。

采取从纸面到纸面静态对比的审查进路,反映出谦抑有余而能动不足的司法立场。^[9]

第一,裁判文书说理的模糊性体现了法官在行政规范性文件审查中的保守倾向。因行政规范性文件具有抽象性与普遍性的特征,加之实践中文件制定机关的行政级别有时要高于受理法院,故而有些法院在裁判文书中的说理部分采用模棱两可的语言进行表述,难以服人。这个困境在郑晓琴一案中得到凸显。关于郑晓琴案的典型意义,官方表述是“从更大范围内对外嫁女等群体的合法权益予以有力保护”。然而,这样的宣示意义在裁判文书中并没有得到体现。一审法院的裁判文书只是简单地认定“行政规范性文件对本案原告不适用”,并未阐明被审查的行政规范性文件合法与否,也正因如此,原告上诉的诉求便主要针对该判决意见,认为“这一裁判理由不符合事实和法律规定”“没有阐明行政规范性文件不合法,也没有阐明行政规范性文件不能作为法院认定行政行为合法的依据”。^①在二审判决书中,法院认定“一审法院认为该两份文件的相关规定对上诉人郑晓琴不适用,在表述上有所不当,本院予以指正”,^②但是如何指正,在二审法院的裁判文书中也没有体现。于是行政规范性文件合法与否的判断,在一审和二审的裁判文书的说理部分始终没有得以清晰的呈现。

第二,裁判思路的不一致性体现了法院在行政规范性文件审查中的审慎思维。在徐云英一案中,一审法院认定被审查的规范性文件不符合上位法的相关规定,即“该条款不具有合法性”,^③但同时又作出了驳回原告诉讼请求的矛盾判决;到二审阶段时,法院才明确相关条款是“对行政相对人的权利作出了限缩性规定”,不能作为认定依据,并要求“被上诉人重新审查并作出处理”。^④最高人民法院旨在通过该案,树立行政规范性文件在审查过程中要以上位法为依据的指导意旨,但是根据笔者的追踪,该案后续的处理并未结束。在二审法院要求行政机关重新审查并作出处理时,被告五莲县社会医疗保险事业处又依据《山东省新型农村合作医疗定点医疗机构管理暂行规定》(鲁卫基妇发[2006]10号)和《关于巩固和发展新型农村合作医疗制度的实施意见》(鲁卫农卫发[2009]5号)这两个新的行政规范性文件,作出和第一次结果相同的行政行为。但是当原告基于新的行政行为提起诉讼,以及针对新的行政规范性文件提起附带审查时,法院认为行政机关“适用法律正确”。^⑤事实上,此案的核心争议在于,原告所就诊的医院虽不属于新型农村医疗保险不予报销的范畴,但现有规范中也没有为其报销医疗费用的政策文件依据和具体执行标准。换言之,原告亲属因病所发生的医疗费用是否能按照新农合制度进行报销,没有明确的上位法依据。而在没有上位法依据的情形下,法院则针对不同的行政规范性文件作出前后不一致的判断。第一次是以具体条款违反上位法为由,认定规范性文件不合法;第二次则结合政策以及多份行政规范性文件的规定,进而得出规范性文件合法的判断。质言之,法院对两份不同的行政规范性文件的审查遵循了不同的裁判思路,进而得出不一样的判决结果。而最高人民法院仅将该案件的第一次裁判过程纳入到典型案例中,是否是认可了第一种裁判思路呢?虽然答案无法明确,但是该案例从侧面反映出法院在行政规范性文件审查过程中的审慎思维,以及由审慎思维所带来的同案不同判的困境。

(四) 典型案例的代表性稍显不足

典型案例作为指导性案例制度的补充,^[3]如果想发挥“准指导性”的参考作用,就应当围绕审判实践中具有争议和难点的议题。然而,综观这九个典型案例,其中并未出现实践中真正困扰法院审理行政规范性文件附带审查案件的疑点和难点问题,其代表性稍显不足。依照学者的总结,司法实践中普遍的审查进路是:第一步判断被审查的行政规范性文件是否在附带审查范围内;第二步判断基础行政行为与被审查的行政规范性文件之间是否具有关联性;第三步对行政规范性文件的合法性进行审查。^[5]在此次公

① 参见(2015)浙台行终字第186号。

② 同上。

③ 参见(2015)莲行初字第14号,但是笔者在中国裁判文书网和无讼网上均未找到该裁判文书。

④ 参见(2016)鲁11行终9号。

⑤ 参见(2017)鲁1121行初12号。

布的典型案例中,针对审查进路的第二步,即关联性判断在多个案例中被反复强调,不断重申“附带性”的审查原则。但是针对第一步和第三步审查路径,典型案例并未提出值得借鉴的审判经验,而审判实践中的难点和疑点却恰恰集中在这两个环节中。

第一,具体案件中的行政规范性文件是否是附带审查的范围。这涉及审查的门槛问题,即使新《行政诉讼法》明确被审查的文件只能是“国务院部门和地方人民政府及其部门制定的行政规范性文件”,但是实践中行政机关和党的机关、司法机关联合发文的情况屡见不鲜,尤其是颇有争议的党政联合发文要不要审,怎么审,是行政规范性文件在审判实践中的现实难题。在实践中,对于各级党委文件以及党政联合制发的行政规范性文件的审查,地方法院呈现出不同的倾向。虽然一般倾向于将其排斥出附带审查的涵摄范围,^[10]但是也有法院曾对党政联合发布的行政规范性文件进行过审查。^①随着十九大以后所推崇的党政协同模式,可以合理预见的是,在党政合署或党政同责的大背景下,党政联合发文的情形将会越来越普遍,^[11]法院必然要面临诸多类似文件,在此种情形下,法院要不要审?审查的力度如何?审查的边界在哪里?这都是审判实践中的难点所在,同时不能否认的是,因政治势能的不同,党政联合发布的规范性文件会影响法院对于类似文件的审查思路与强度。^[12]最高人民法院公布的典型案例中没有此类案件,或许也说明高层司法机关在党政联合发文的附带审查问题上,也没有形成足够明确的定论和结论,这不仅体现了典型性案例的局限性,也呈现出行政规范性文件附带审查制度在实践中的困境。

第二,审查进路中的第三步,即对行政规范性文件合法性进行审查。九个典型案例基本依照“法释[2018]1号”第148条的规定,形成了一套较为完整的整体性思维,但是第148条的审查标准不仅适用于内容审查,其中,还有对行政规范性文件制定程序的审查要求,即“未履行法定批准程序、公开发布程序、严重违反制定程序”。程序审查需要法院介入到行政规范性文件制定的全过程中去考量,而如何获取行政规范性文件制定过程的相关信息,对法院而言并不是一件易事。在法律未对行政规范性文件制定机关的诉讼地位作出明确规定的前提下,这不仅是对司法机关提出了更高的要求,也是司法实务中的难点所在。如何认定“严重违反制定程序”也是一个极具主观意味的判断,行政规范性文件制定程序的规定大多散见于地方立法当中,各地规定不一,司法实务中也不好掌握,而在最高院公布的典型案例中,也未见有对行政规范性文件制定程序作出审查的案例,许多案件都是以“制定过程符合规范”而一笔带过。^②

三、行政规范性文件附带审查制度实施困境的解决方案

2015年《行政诉讼法》修改之后,确立了“通过解决行政争议,保护公民权利,监督行政机关”的功能定位,并将“解决行政争议”功能放在首位。正如学者所言,《行政诉讼法》的修改使得司法与行政的分野明确,在保持中立和独立地位的前提下,行政诉讼制度需要考虑的是法律是否被遵守,而不是行政治理目标是否实现。^[13]由此看来,行政诉讼制定的功能定位决定了在附带审查制度当中,司法应该回归到一种理性的应然状态,有可为有不可为,在保持司法权的克制和谦抑的同时,在现有制度框架之下,完善对行政规范性文件的法律监督。

(一)建立宽松的审查入口体系

从此次九个典型案例角度来分析,许多被审查的行政规范性文件都因关联性判断、提起时间等因素被排除在司法审查范围之外,这不仅是典型案例暴露出的困境,也是全国附带审查案件的整体情形。^[14]可以说,附带审查案件建立起了收紧审查门槛、严格审查标准的“窄入口”的审查体系。但是,在司法审查

① 例如,在欧玉龙诉佛山市南海区狮山镇人民政府一案中,根据中共广东省佛山市南海区委员会南发[2008]11号文件规定,非婚生育的子女不应具备农村集体经济组织成员资格。法院认为,该文件对当事人权益的限制超出了《广东省人口与计划生育条例》的规定,“在本案中不应适用”。据此,法院撤销被告依据该文件作出的行政处理决定。参见佛山市中级人民法院行政判决书(2014)佛中法行终字第168号。

② (2015)黄浦行初字第503号。

制度功效本身有限的前提下,这样的审查模式并不利于对行政规范性文件的监督。所以,建立宽松的审查入口体系是十分必要的。首先,应当建立相对宽松的“关联性”判断基准,只要该行政规范性文件与涉诉行政行为存在一定的关联性,法院都应当对其进行审查。其次,关于附带审查提起时间的限制,应当在“正当理由”中予以适当放宽。在行政实践中,行政机关作出行政行为所依据的行政规范性文件,当事人在多数情况下并不知晓,这在实践中很容易造成双方信息的不对称,从而不利于行政相对人维护自己的合法权益。如前述孙桂花案,如果行政机关在一审期间又提出了新的行政规范性文件作为行政行为作出的依据,也应当允许当事人在二审中提出对新的规范性文件的审查。事实上,全国人大法工委编写的《行政诉讼法》释义只强调当事人有权申请审查,而未强调当事人申请审查的期限。^[2]¹⁷²⁻¹⁷⁴有法官也基于同样理由,告诫对当事人申请审查的期限不应把握过严。^[15]最后,关于党政联合发文的情形,审判实践中应当跳脱出以制定主体为判断标准的惯性思维,转化为客观标准,即只要行政规范性文件的内容实质性地损害了行政相对人的权益,就应当对其进行审查。

(二) 针对不同类型的行政规范性文件建立不同的审查标准

行政机关制发大量的行政规范性文件,并不是中国行政实践中的独有现象,在欧美国家,依非法定程序制定的规范性文件在行政治理过程中同样大量存在。比如在美国行政法上,行政机关制定的规则包括立法性规则、解释性规则和政策声明,其中后两者统称为“非立法性规则”,即对应我国的行政规范性文件。依据美国《行政程序法》的规定,立法性规则与非立法性规则的区分标准主要在于法律效力及制定程序,前者对行政机关及公众具有法律上的约束力,且制定时需要严格的通告评议程序,而后者则不具有法律拘束力,也不需要通告评议程序。在美国行政实践的现实情形是,立法性规则和非立法性规则的界限愈发模糊。司法实践中,美国法院面临着对立法性规则和非立法性规则如何进行区分以及审查的难题,因为这意味着如果轻易将实质是立法性规则认定为非立法性规则,则行政机关就会规避通告程序进而影响公众的合法权益。

美国在不断的司法嬗变中形成了一套较为完整的司法审查体系,而这种审查标准的建构,是建立在对不同的非立法性规则进行区别对待的基础上。具体来讲,关于解释性规则与立法性规则的区分,在于解释性规则是否只是对不确定法律概念的细化明确,还是已经超出了上位法的权限范围进而创设了新的法律,这套规则是在“美国矿山案”的基础上建立起来的“法律效力说”,其重点在于如果上位法的条文模糊,那么解释性规则实际上承担了立法的功能。关于政策声明与立法性规则的区别重点则在于是否对外有拘束力。同样的,法院通过“太平洋天然气与电力公司诉联邦电力委员会一案”和“阿巴拉契亚电力公司诉环保部”两个案件,确立了区分政策声明与立法性规则的拘束力原则,即只要政策声明具有法律上的拘束力和事实上的拘束力,就将其认定为无效的立法性规则。^[16]正是基于这样的类型化区分,使得法院在对非立法性规则的司法审查上也适用不同的审查标准。针对解释性规则,其若想获得法院尊重并具有现实拘束力的唯一途径,在于行政机关的经验以及信息判断是否能有足够的理由说服法院,质言之,即法院对行政机关关于解释性规则的审查遵循对行政机关有限尊重的原则;^[17]而针对政策声明,则要看文本中是否使用了“应当”“必须”等确定性词语,亦或是虽然没有表达约束力的意图,但是下级机关或者公众认为其有约束力而遵守,那么法院则会断定这是无效的立法性规则。^[16]

我国在理论上虽对行政规范性文件有类型化研究,但是司法实践中并未实际借鉴,而是按照“法释[2018]1号”第148条的审查标准,将其统一应用于所有的行政规范性文件。但是行政规范性文件本身种类繁多,如果适用一个审查标准,无法做到具体案情具体分析,也不利于附带审查制度功能的发挥。基于此,我国法院可以借鉴美国的经验,在现有法律规定基础之上,针对不同类型的行政规范性文件建立不同的审查标准。

依照我国公法学界的通说,行政规范性文件可分为创制性行政规范、解释性行政规范与指导性行政规范。^[18]具体来讲,创制性行政规范因对行政相对人权利义务的影响较大,可以借鉴美国做法,第一步先

甄别该行政规范性文件的制定是否得到法律授权,第二步再结合“法释[2018]1号”第148条关于合法性审查的内容,对是否具有职权、是否与上位法相抵触、是否违法增加相对人义务或者减少相对人权利的标准,对行政规范性文件内容进行合法性审查。这里需要注意的是,在面对大量行政规范性文件在无上位法依据而制定的情况下,法院不能简单地以与上位法相抵触来作出不合法的判断,应当结合法律原则甚至是国家政策作出系统性甄别。针对解释性和指导性行政规范,法院则应当保持一定的谦抑,做到“有可不为”,重点针对合理性进行审查。尽管理论界普遍认同法院应当对行政规范性文件中“明显不当”的内容进行审查,^[19]并且在“法释[2018]1号”出台以前,司法实践中也有法院敢于对行政规范性文件内容合理性作出审查,^①但是司法解释出台后,148条的审查标准中除了兜底条款,没有明确提出对合理性审查的要求,并且在审判实践中,如果要求法院对文件内容合理性进行审查也不符合实际。在面对行政事务越来越专业且趋于精细化分工的情势下,法院也没有足够的能力对合理与否作出判断。在此可以借鉴美国经验,法院在审理过程中尽可能地征求和咨询制定机关的意见,并结合审判经验作出综合判断。

(三)发挥司法建议制度的应有功能

依据现有的制度安排,对审查后的行政规范性文件的效力评价只能停留在本案“不予适用”的阶段,可以说,现有的制度安排距离通过司法审查来全面否定行政规范性文件的效力还有一定距离。但是新《行政诉讼法》新增的“向行政机关提出司法处理建议”的规定,可成为对行政规范性文件进行否定性评价的重要一环,促使文件制定机关能够及时修改或者撤销不合法的行政规范性文件。在最高院发布的案例中,徐云英案并未向制定机关发出司法建议,这有可能导致制定机关对法院裁判不予回应甚至不知情,使得法院认定为非法的行政规范性文件在实践中却依然有效,所以,扩大司法建议的功能就显得必要且及时。第一,法院通过向行政机关发送司法建议,督促制定机关修改或者废止有关规范性文件,提高行政规范性文件的合法性;第二,行政规范性文件的效力如果只是止步于个案裁判中的合法性评述,并不利于行政纠纷的实质性解决,司法建议可作为对法院裁判的必要补充,最大限度地保护行政相对人的合法权益;^[20]第三,法院通过向行政机关发布司法建议的方式,实现司法权与行政权的良性互动与沟通,使得行政机关不仅可以提高自身的法治化能力,也可以实现司法权对行政权的有效监督。

(四)加强与备案审查制度的衔接

从现有的制度体系来看,除司法审查之外,地方人大和政府还建立了对行政规范性文件的备案审查制度,这也表明,行政规范性文件的监督必然是一个多制度协同配合、共同发力的过程。我国《立法法》所建立的备案审查制度只是针对行政法规、规章和地方性法规。面对海量的行政规范性文件的备案审查,大多散见于地方立法文本当中,且因地方制度设置存在多头备案、备案审查标准不一、纠错制度疲软等问题,使得行政规范性文件的备案审查制度并未激活。^[21]在《法治政府建设实施纲要(2015—2020)》中,“加大对行政规范性文件的备案审查力度,做到有件必备、有错必究”被明确强调;2017年底全国人大常委会首次听取审议了备案审查工作情况的报告,这预示着备案审查的发展趋势将从消极审查、形式审查向积极审查、实质审查转变。从司法审查固有局限性角度考察,法院的司法审查毕竟只是针对个案的适用和判断过程,而备案审查则是全面性的审查,其审查广度和深度都较司法审查更有优势。从功能分化和机构分工的维度来看,应当“跳出司法中心主义的传统思维”,^[10]把上文提到的诸如合理性审查和制定程序的审查交给备案审查机构或许更为适当。

在程序操作上,应当重视“法释[2018]1号”中新增的抄送制度,加强与备案审查机关的沟通协作。抄送作为公文处理的一种方式,在日常行政过程中起到备案、协调、告知和执行等作用。依据“法释[2018]1号”第149条的规定,司法处理建议抄送至制定机关的同级人民政府、上一级行政机关、监察机

^① 例如,在肖鹏诉广州市交通委员会小客车指标案中,原告小客车被盗、未能找回,被告以广州市人民政府办公厅印发的《广州市中小客车总量调控管理办法》相关规定为由,拒绝原告重新配置指标的申请。广州市铁路运输中级法院认为相关措施违反比例原则,对被盜车辆车主构成不当限制。参见(2017)粤71行终2203号。

关以及备案审查机关。“法释[2018]1号”规定了不同的抄送机关,隐藏了各个抄送机关在对行政规范性文件监督中的分工有所不同。在全面建立行政规范性文件备案审查制度的背景之下,备案审查机关在抄送机构中应当扮演更为重要的角色。因备案审查机关可以直接对不合法的行政规范性文件作出修改或废止,故而在法院将相关附带审查案件抄送至备案审查机关之后,应当对其进行全面的合法性审核,以此达致两个制度的有效衔接。

(五)适时建立行政规范性文件审查独立之诉

行政规范性文件的司法审查制度经历了从隐性到适度显性,再到新《行政诉讼法》修改后正式确立附带审查制度的嬗变。^[8]从现有的司法环境与制度框架来看,附带审查制度的建立是现阶段司法“下游”环节能做到的最好选择。行政规范性文件在我国行政实践中具有重要的现实意义,其长期以来承担着政策载体与社会治理的功能,如果在现阶段建立独立之诉,法院缺乏足够的制度能力。然而,随着备案审查制度等行政自制功能的发挥,如果可以使行政规范性文件的违法情形从源头得以减少和遏制时,那么针对个案适用中的违法行政规范性文件,则可赋予相对人对行政规范性文件单独提起诉讼的权利。当然,行政规范性文件独立之诉的建立必然是一个漫长的过程,这有赖于更深层次的司法改革,以及对“政策实施型”的司法制度逻辑的转变。^[22]可以预见的是,随着我国行政法治程度的提高,行政规范性文件不规范的现象从源头逐渐减少之后,法院可在司法审查的环节轻装上阵,更大程度地发挥司法监督的作用。

四、结语

行政规范性文件不规范的问题由来已久,严重损害了行政机关的公信力与依法行政的理性程度。被寄予厚望的行政规范性文件附带审查制度,是以司法规制手段作为最后的屏障,在个案适用中对行政规范性文件进行监督,具有不同于其他制度安排的优势所在。然而,因行政规范性文件自身的复杂性,以及法院制度能力的限制,也需要理性看待附带审查在行政规范性文件监督环节的制度功效。最高人民法院发布的典型案例无疑提供了一个精巧的窗口,从中不仅可看到行政规范性文件附带审查制度在现阶段的困境,也可以窥见司法高层对于附带审查的态度和倾向。在面对新制度所带来的困境时,法院应当秉持司法机关的中立性和独立性,同时在行政化的专业问题上保持谦抑,以有可为有可不为的态度,在行政规范性文件监督过程中发挥应有的制度效能。

参考文献:

- [1]程琥.新《行政诉讼法》中规范性文件附带审查制度研究[J].法律适用,2015(7):88-94.
- [2]信春鹰.中华人民共和国行政诉讼法释义[M].北京:法律出版社,2014.
- [3]张忠民.典型环境案例的案例指导功能之辩——以最高人民法院公布的23个典型环境案例为样本[J].法学,2015(10):141-149.
- [4]王春业.论行政规范性文件附带审查中“依据”的司法认定[J].行政法学研究,2019(3):52.
- [5]李成.行政规范性文件附带审查进路的司法建构[J].法学家,2018(2):62-65.
- [6]王春业.论行政规范性文件附带审查的后续处理[J].法学论坛,2019(5):120-121.
- [7]夏雨.行政诉讼中规范性文件附带审查结论的效力研究[J].浙江学刊,2016(5):152.
- [8]黄学贤.行政规范性文件司法审查的规则嬗变及其完善[J].苏州大学学报(哲学社会科学版),2017(2):75-80.
- [9]程琥,王雪梅,侯丹华,等.新行政诉讼法疑难问题解析与实务指引[M].北京:中国法制出版社,2019:295.
- [10]卢超.规范性文件附带审查的司法困境及其枢纽功能[J].比较法研究,2020(2):3-12.
- [11]王春业.论附带审查中行政规范性文件的司法识别[J].法治现代化研究,2019(2):113.
- [12]贺东航,孔樊斌.中国公共政策执行中政治势能——基于近20年农村林改政策的分析[J].中国社会科学,2019(4):7.
- [13]谭宗泽.行政诉讼功能变迁与路径选择——以法与治的关系为主线[J].行政法学研究,2016(4):22.
- [14]刘婧.加强对规范性文件的司法监督促进公民权益保护[N].人民法院报,2018-10-31(1).
- [15]霍振宇.规范性文件一并审查行政案件的调查研究:以新行政诉讼法实施后北京法院审理的案件为样本[J].法律适用,

2018(20):115.

[16]王留一.美国非立法性规则与立法性规则的区分标准及其启示[J].河北法学,2018(3):150.

[17]沈开举,任佳艺.行政规范性文件附带司法审查的实现机制研究——美国经验与中国经验探索[J].湖北社会科学,2018(9):142.

[18]叶必丰,周佑勇.行政规范研究[M].北京:法律出版社,2002:69-77.

[19]陈良刚.规范性文件一并审查的范围、标准与强度:以方才女诉淳安县公安局治安行政处罚案为例[J].法律适用,2017(16):93.

[20]章志远.我国行政诉讼司法建议制度之研究[J].法商研究,2011(2):74.

[21]薛小蕊.地方行政规范性文件备案审查制度的文本分析[J].河南财经政法大学学报,2019(5):22.

[22]余军,张文.行政规范性文件司法审查权的实效性考察[J].法学研究,2016(2):54-59.

Solution to the Dilemma in the Implementation of Incidental Review of Administrative Regulatory Documents

—Observations on Typical Cases of the Supreme People's Court

XUE Xiaohui

(School of Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042)

Abstract: In 2018, the Supreme People's Court issued the typical cases of incidental review of administrative regulatory documents, with a view to providing guidance from three dimensions: principles, standards and methods, for local courts in handling cases of incidental review of regulatory documents. However, the typical cases also expose a series of problems, including the reluctance of being reviewed based on a variety of judgments, the differences in the follow-up processing, the conservative tendency and prudent thinking of the court trial, and the lack of typicalness of the cases. On the basis of the existing system framework, the court should establish a loose entry system, establish different review standards for different types of administrative regulatory documents, fulfill the expected functions of judicial suggestion system, strengthen the connection with the filing and review system, and stride towards the establishment of independent litigation of regulatory documents.

Key words: administrative regulatory documents; incidental review; typical cases

(责任编辑:董兴佩)