

抽象

udicial Review of
行政行为的

司法审查 研究

Abstract
Administration
act

本专著的总体思想表现为：一方面注重了观念的创新，以“抽象行政行为具有可诉性”观念的确立作为抽象行政行为司法审查研究的逻辑起点，并且，还努力进行政治、法治和宪政理论的创新，为抽象行政行为司法审查研究提供新的思想基础；另一方面，又根据创新的观念和理论，探求我国司法审查制度的创新。根据我国国情，借鉴国外的经验，提出了我国抽象行政行为司法审查的立法、制度和组织建设的对策建议。

● 刘俊祥 主编

中国检察出版社

抽象行政行为的 司法审查研究

刘俊祥 主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

抽象行政行为的司法审查研究/刘俊祥主编. —北京:
中国检察出版社, 2005
ISBN 7-80185-531-0

I. 抽… II. 刘… III. 行政执法-司法监督-研
究-中国 IV. D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 139785 号

抽象行政行为的司法审查研究

刘俊祥 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjcbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68650027(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 12.375 印张

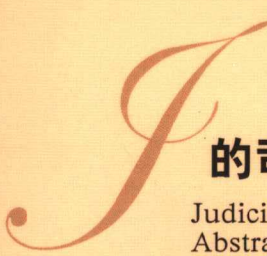
字 数: 341 千字

版 次: 2005 年 12 月第一版 2005 年 12 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-531-0/D·1506

定 价: 25.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换



抽象 行政行为 的司法审查研究

Judicial Review of
Abstract Administration act

内 容 题 要

本专著的总体思想表现为，一方面注重了观念的创新，以“抽象行政行为具有可诉性”观念的确立作为抽象行政行为司法审查研究的逻辑起点，并且，还努力进行政治、法治和宪政理论的创新，为抽象行政行为司法审查研究提供新的思想基础；另一方面，又根据创新的观念和理论，探求我国司法审查制度的创新。根据我国国情，借鉴国外的经验，提出了我国抽象行政行为司法审查的立法、制度和组织建设的对策建议。



主 编 简 介

刘俊祥，汉族，1964年出生，四川省乐至县人。法学（政治学）博士，武汉大学政治与公共管理学院副教授，西南政法大学政治文明与地方治理研究中心研究员。硕士生导师。现从事政治学、宪法学与行政法学的教学与科研。近年来，重点研究法治政治、宪法政治和人本政治的理论与实践问题。主持完成了司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目《抽象行政行为的司法审查研究》等。发表了《日本行政法的基本原理——法治主义论》、《我国政治文明建设的制度取向》、《法治政治与规则政治》和《以人为本与宪政文明建设》等30多篇论文，以及《福利国家与接近正义》（译著）和《法治政府建构论——依法行政理论与实践研究》（合作）等著作。

责任编辑/安 斌

司法部法治建设 与法学理论研究部级科研项目

主 编 刘俊祥

副主编 黄顺康

撰稿人(按姓氏笔画排列)

卢幸福 刘俊祥 陆伟明 张 震

周连辉 胡正明 黄顺康

前 言

抽象行政行为的司法审查，即是司法机关对行政机关制定行政规范性文件的行爲所进行的审查监督。司法审查抽象行政行为，既是司法监督行政的重要方式，也是司法权制约行政权的具体体现。从宪政角度来看，司法审查抽象行政行为，正是现代宪政的权力平衡理念的现实形式。众所周知，早在 1803 年，美国因最高法院的“马伯里诉麦迪逊一案”的判决而建立了违宪司法审查制度。那之后，西方各国以致其他发展中国家，都先后建立了对于违宪或违法的立法、行政行为的司法审查监督制度。西方从近代宪政向现代新宪政的政治发展，一个重要的方面，就是从“议会至上国家”向“行政集权国家”的转型，这种趋势通过“委任立法”表现为行政权的扩张并渗透到传统的议会立法领域。于是，这可能带来立法、行政与司法三权之间的失衡。因此，司法审查抽象行政行为实际上就是为了谋求“行政集权国家”的立法、行政与司法三权之间的新宪政平衡。

20 世纪 80 年代以来，我国的行政机关和行政权，在传统优势的基础上，又获得了新的权威基础，即我国后发赶超型的发展、从计划经济向市场经济的转型、国内利益矛盾的调控、国家安全的保障与国际地位的谋求等，这些都促使了我国行政权的强大化；同时，随着依法治国和法治国家的推进，政府“法治权力”不断扩大。所谓“法治权力”，就是行政机关制定行政法律规范及其他行政规范性文件，并以此推行政务和进行公共管理的权力。这种

“法治权力”，在我国现行政治文化之下，并未得到有效地规范与制约，导致抽象行政行为违法侵害公民与社会组织合法权益的情况日益严重。

更让人不安的是，这种抽象行政行为的日益严重的侵权，由于我国传统法学理论的僵化和法治机制的缺失，而不能得到必须的抑制和矫正。因为，传统的行政法观念奉行“抽象行政行为具有不可诉性”。基于这样的观念，我国在建立行政诉讼制度时，并没有将抽象行政行为纳入受案审查的范围。

然而，实践是检验真理的惟一标准，现实的需要是推动人们思想创新和制度创新的发动机。在1990年以后，行政法学者们也开始质疑“抽象行政行为具有不可诉性”的传统观念，并提出应该将抽象行政行为纳入行政复议，特别是司法审查的范围。在1999年4月29日通过的《行政复议法》第一次将对部分抽象行政行为的审查（规章以下的规定）纳入了行政复议的范围，这是我国民主行政、依法行政制度的重大发展。以此为契机，学者们认为随着我国市场经济和民主法治的发展，建立具有中国特色的对抽象行政行为的司法审查制度已呈必然趋势。因此，需要重新认识对抽象行政行为的监督与救济机制，并在我国《行政诉讼法》等的修改中，对抽象行政行为的司法审查制度作了明确的规定。于是，与此相关的法律理论和实务的研讨文章逐渐增多，形成了宪政理论与法治政府理论的一个学术新热点和重点。

正是这种思想氛围，引起了我对抽象行政行为司法审查问题的理论兴趣。对此进行思考的突破口，首先选择了抽象行政行为是否具有可诉性的问题。在《论我国抽象行政行为的司法审查》（载《现代法学》1999年第6期，中国人民大学复印报刊资料《诉讼法学、司法制度》2000年第3期全文转载）一文中，提出了“我国现行行政诉讼立法已经确立了中国特色的对抽象行政行为的司法审查制度。然而，我国现行对抽象行政行为的司法审查，只是间接的、附带的和有限的司法审查”。这就从我国的实践方面颠覆了“抽象行政行为具有不可诉性”的观念。在此基础上，该文还论述

了我国现行抽象行政行为司法审查的特点、现状与发展。如上所述,抽象行政行为司法审查是西方分权制约宪政理念的实现。因此,必须从西方的司法审查抽象行政行为的理论与制度中,寻求我国司法审查抽象行政行为的理论定位与实践发展。于是,主持翻译了《福利国家与接近正义》(法律出版社2000年版)一书。该书在西方福利国家的政策环境下,分析总结了西方国家法院通过公益诉讼,谋求社会正义的实践经验。其中,行政法学者特别强调法院对行政包括抽象行政行为的审查监督。实际上,司法审查抽象行政行为是西方国家的宪政传统与优势,《西方国家抽象行政行为的司法审查制度》(载《西南政法大学学报》2000年第5期)一文对此作了专门的分析和归纳。

基于这些研究,我主持申请了司法部法治建设与法学理论研究部级科研2001年项目《抽象行政行为的司法审查研究》,并获批准。于是,吸收了有兴趣研究该问题的教师与研究生,组成了课题组。在统一规划与协调下,分工从抽象行政行为的可诉性;抽象行政行为的政治理念;抽象行政行为的法理基础;抽象行政行为的宪政视角,以及西方国家抽象行政行为司法审查的理论与制度;我国抽象行政行为司法审查的现状、特点与存在问题;完善我国抽象行政行为司法审查制度的必要性、可行性与迫切性;完善我国抽象行政行为司法审查制度的对策措施等方面,进行思考与研究。

同时,我又参加了文正邦教授主持的司法部人文社会科学研究1998年项目《依法行政的理论与实践问题研究》以及重庆市哲学社会科学1998年重点研究项目《重庆市依法行政问题研究》的研究工作。在作为研究最终成果的《法治政府建构论——依法行政理论与实践研究》(文正邦主编,法律出版社2002年版)一书中,所写的“论抽象行政行为的司法审查”,从合法性审查的角度,对这之前我所作的抽象行政行为司法审查的理论研究进行了总结。

在我国,抽象行政行为司法审查制度的健全与完善,必然要涉及行政公开与世贸组织规则这两个问题。首先,行政规范性文件只有事先公布生效,才能作为具体行政行为的依据,从而,也才能为

行政相对人所了解与监督,以及司法审查监督。对此,《论行政公开的权利保障功能》(载《现代法学》2001年第5期)和《论西部大开发中的行政公开》(载《重庆实施西部大开发战略研究》,重庆出版社2002年3月出版)两篇论文作了相应的论述。其次,我国加入世贸组织,意味着对世贸组织规则的认同与遵循。《WTO规则对我国抽象行政行为司法审查制度的挑战》(载《加入WTO与行政法制改革研究》,重庆出版社2002年版)一文,对于世贸组织规则对我国抽象行政行为司法审查制度的挑战以及我国抽象行政行为为司法审查制度完善的迫切性作了论述。

司法审查抽象行政行为,是司法权对行政权的监督制约,它所体现的内在宪政理念是法律规则的最高性和权威性,因此,司法监督行政,在实质上就是法律规则对于行政权的优位以及对行政权的规范制约。这是西方规则政治与法治政治文化的基本理念。2000年以后,我开始到武汉大学攻读博士学位。基于法治政治与人本政治的研究,着力探讨司法审查抽象行政行为的政治文化基础,并发表了《我国政治文明建设的制度取向》(载《西南政法大学学报》2003年第4期)、《以人为本与宪政文明建设》(载《江西社会科学》2004年第4期)和《法治政治与规则政治》(载《武汉大学学报》(人文科学版)2004年第4期)等论文。这为思考司法审查抽象行政行为以及我国抽象行政行为司法审查制度的完善,提供了有特色的理论基础。

二

根据规则制约权力的法治政治文化和司法权监督行政权的宪政政治理念,在对我国近年来的抽象行政行为司法审查的理论研究与实证分析进行梳理的基础上,我们于2004年12月完成了该项目,并写成《抽象行政行为的司法审查研究》一书,作为研究的最终成果。

本书的总体思想表现为:一方面,注重了观念的创新。以“抽象行政行为具有可诉性”观念的确立,作为抽象行政行为司法

审查研究的逻辑起点。并且，还努力进行政治、法治和宪政理论的创新，为抽象行政行为司法审查研究提供新的思想基础。另一方面，又根据创新的观念和理论，谋求我国司法审查制度的创新。根据我国国情，借鉴国外的经验，提出了我国抽象行政行为司法审查的立法、制度和组织建设的对策建议。为此，本书由以下八章内容构成。

在辨明抽象行政行为 and 抽象行政行为司法审查含义的基础上，主要着力于对抽象行政行为的可诉性进行分析，这是第一章“抽象行政行为的可诉性”的主要内容。首先，对抽象行政行为不可诉讼、全部可诉讼和部分可诉讼三种观点进行了分类分析。并认为，抽象行政行为在本性上是具有可诉性的。其次，又从抽象行政行为可诉性的内在本质、理论根据和现实缘由这三个方面，论述了抽象行政行为具有可诉性的原因。

第二章是“抽象行政行为司法审查的政治理念”。这主要是从法治政治的规则性和人本政治的人本性的视角，为司法审查抽象行政行为提供政治文化的理念基础。基于规则政治与法治政治的基本理念，司法审查抽象行政行为，实际上就是以规则制约行政权力，谋求行政权力的合法化。

从法律运行的一般理论来看，抽象行政行为既是执行法律的活动，又是创制行政规范的活动，不论从哪个角度看，抽象行政行为作为法律运行的环节，都应当受到监督制约。这就是司法审查抽象行政行为的法治理念。当然，司法监督行政不是无所不能的，从法治理念与实践来看，司法监督行政都被设定了一个功能界限，以此防止司法对行政的越位渗透和过分干涉。这是第三章“抽象行政行为司法审查的法理基础”的主要思想。

抽象行政行为的司法审查是现代宪政的核心机制之一，脱离开宪政理念和宪政制度，司法审查抽象行政行为是不能独立存在的。因此，必须关注抽象行政行为司法审查的宪政属性，从宪法政治视角观察司法权制衡行政权，寻求我国司法权与行政权关系机制的重构。这是第四章“宪政制度下的抽象行政行为司法审查”首先研

究的问题。为推动我国宪政的实质性进步,违宪审查、宪法诉讼、宪法司法化和宪法的司法适用等术语,为宪政学者广泛运用。可以说,宪法的司法化将为我国抽象行政行为司法审查的完善提供有力的宪政理论基础。为此,我们主要就宪法司法适用的一般理论、我国宪法的司法适用与宪法诉讼以及抽象行政行为的违宪司法审查等方面,分析了这种宪政理论。

抽象行政行为司法审查的理论与实践都原生于西方国家。因此,不论我们进行理论探讨,还是设计我国抽象行政行为司法审查的新制度,都需要借鉴西方成熟而有益的经验。于是,我们在第五章主要分析总结了“国外的抽象行政行为司法审查制度”。在分别分析英美法系国家和大陆法系国家司法审查抽象行政行为的法治背景、发展变迁以及现状与特点之基础上,归纳出了国外抽象行政行为司法审查在审查的对象范围、审查机构的体制、审查的方式、审查的价值标准和审查的效力方面的制度共性。

第六章是对“我国现行的抽象行政行为司法审查”进行分析评价。从我国现行的抽象行政行为来看,存在着违法并侵害公民权益的众多问题,人们进行了不同的实证总结,主要表现为抽象行政行为缺乏规范性与公正性、抽象行政行为损害法治的统一性、抽象行政行为与世贸规则相冲突、抽象行政行为与具体行政行为界限不清、抽象行政行为异化为侵害公民权益的工具以及抽象行政行为成为争权夺利的武器,等等。这现实地提出了我国必须健全和完善抽象行政行为的司法审查制度。而现实状况是,我国已经有了一定的抽象行政行为的司法审查机制,而且,还有法律和制度依据。但是,从我国现有抽象行政行为司法审查的特点来看,只具有间接性、附带性,特别是有限性,所以,我国现有抽象行政行为司法审查制度,是不能适应我国的现实和未来发展需要的。

正因为如此,必须健全和完善我国的抽象行政行为司法审查制度。第七章提供了“完善我国抽象行政行为司法审查的理由”。首先,完善我国抽象行政行为司法审查制度具有必要性,这主要是基于人权与公民权保障的需要、宪政文明建设的需要、建设法治政府

的需要以及司法审查制度自身发展的需要。其次,由于我国已经形成完善审查制度的法律文化、我国宪政体制也能容纳审查制度的完善、我国已经具备完善审查制度的社会环境,并且还有国外的司法审查制度可资借鉴,所以,完善我国抽象行政行为司法审查制度具有可行性。最后,世贸组织规则的要求和我国对世贸组织的承诺,使我国的抽象行政行为司法审查制度的完善具有了紧迫性。

可见,健全与完善我国抽象行政行为司法审查的观念与理论已经具备,从现实的国内环境与国际环境来看,已大势所趋。因此,我们认为,我国应当尽快通过立法和制度改革,构建适合我国宪政理念和宪政体制的抽象行政行为行政诉讼的新制度。于是,第八章从理论上设计了“我国抽象行政行为司法审查的制度构建”。首先,要求将抽象行政行为纳入行政诉讼受案范围,具体措施包括了扩大抽象行政行为的外延、修改宪法和修订行政诉讼法、确定司法审查的对象和范围、明确司法审查的原告资格、选择司法审查的方式与标准和建立抽象行政行为责任追究机制等方面。其次,要求渐进地改革司法审查机关的组织体制,建立专门的行政法院,保障法官独立与提高法官职业素质,并明确司法审查的权限和效力等。

以上是我们思考和研究抽象行政行为司法审查问题的基本构想。由于能力有限,虽有一孔之见,但也有思考不及、构想不周之处。因此,恳请学界专家和同仁不吝赐教,批评指正,以助我们能够深入地研究下去。

刘俊祥

2005年7月于武汉珞珈山麓

目 录

前 言	(1)
第一章 抽象行政行为的可诉性	(1)
一、抽象行政行为司法审查的概念	(1)
(一) 抽象行政行为的含义与类型	(1)
(二) 抽象行政行为司法审查的含义	(9)
二、抽象行政行为可诉性的定性	(13)
(一) 不具有可诉性	(13)
(二) 具有全部可诉性	(15)
(三) 具有部分可诉性	(18)
三、抽象行政行为可诉性的原因	(24)
(一) 可诉性的内在本质	(25)
(二) 可诉性的理论根据	(28)
(三) 可诉性的现实缘由	(34)
第二章 抽象行政行为司法审查的政治理念	(42)
一、司法审查的规则向度	(42)
(一) 法律主治的法治政治	(42)
(二) 法治政治的规则本位	(48)

(三) 西方的法治政治文化	(58)
二、司法审查的人本价值	(61)
(一) 以人为本的政治	(61)
(二) 政治的人本性	(66)
(三) 人本政治的规则性	(80)
三、行政权力的合法化	(91)
(一) 权力政治的强力性	(91)
(二) 以规则制约行政权力	(103)
第三章 抽象行政行为司法审查的法理基础	(107)
一、法律运行与法律监督	(107)
(一) 法律运行的概念	(107)
(二) 法律运行的环节	(114)
(三) 法律运行的非常态	(123)
二、司法监督行政的法治理念	(128)
(一) 法律运行要求司法监督行政	(128)
(二) 司法监督行政的功能界限	(129)
第四章 宪政制度下的抽象行政行为司法审查	(133)
一、抽象行政行为司法审查的宪政属性	(133)
(一) 宪政政治与宪政监督的视角	(133)
(二) 司法权监督行政权的宪政理念	(141)
二、宪法的司法适用与抽象行政行为司法审查	(148)
(一) 宪法司法适用的一般理论	(148)
(二) 我国宪法的司法适用与宪法诉讼	(176)
(三) 抽象行政行为的违宪司法审查	(200)
第五章 国外的抽象行政行为司法审查制度	(208)
一、英美法系国家司法对抽象行政行为的审查	(211)
(一) 英美法系司法审查的法治背景	(211)
(二) 英美法系司法审查的发展变迁	(218)
(三) 英美法系司法审查的现状与特点	(220)

二、大陆法系国家司法对抽象行政行为的审查	(225)
(一) 大陆法系司法审查的法治背景	(225)
(二) 大陆法系司法审查的发展变迁	(229)
(三) 大陆法系司法审查的现状与特点	(231)
三、国外抽象行政行为司法审查的制度共性	(234)
(一) 司法审查的对象范围	(234)
(二) 司法审查的机构体制	(235)
(三) 司法审查的方式	(237)
(四) 司法审查的价值标准	(239)
(五) 司法审查的效力	(241)
第六章 我国现行的抽象行政行为司法审查	(244)
一、我国现行抽象行政行为的主要问题	(244)
(一) 行为缺乏规范性与公正性	(246)
(二) 损害国家法治的统一性	(248)
(三) 与世贸规则相冲突	(257)
(四) 与具体行政行为的界限不清	(259)
(五) 异化为侵害公民权益的工具	(262)
(六) 成为争权夺利的武器	(265)
二、我国抽象行政行为司法审查的现状	(268)
(一) 抽象行政行为司法审查的有限存在	(268)
(二) 现行抽象行政行为司法审查的制度依据	(274)
三、我国现行抽象行政行为司法审查的特点	(277)
(一) 司法审查的间接性	(277)
(二) 司法审查的附带性	(278)
(三) 司法审查的有限性	(278)
第七章 完善我国抽象行政行为司法审查的理由	(282)
一、完善我国抽象行政行为司法审查的必要性	(282)
(一) 人权与公民权保障的需要	(282)
(二) 宪政文明建设的需要	(287)

(三) 建构法治政府的需要	(288)
(四) 司法审查制度自身发展的需要	(291)
二、完善我国抽象行政行为司法审查的可行性	(295)
(一) 已经形成完善审查制度的法律文化	(296)
(二) 宪政体制也能容纳审查制度的完善	(300)
(三) 已经具备完善审查制度的社会环境	(306)
(四) 国外司法审查制度的借鉴作用	(309)
三、世贸组织规则与我国的抽象行政行为司法审查	(315)
(一) 世贸组织要求司法审查抽象行政行为	(316)
(二) 司法审查机关的设置应具有独立性	(321)
(三) 司法审查应遵循的基本法律原则	(323)
第八章 我国抽象行政行为司法审查的制度构建	(332)
一、将抽象行政行为纳入行政诉讼受案范围	(332)
(一) 扩大抽象行政行为的外延	(332)
(二) 修改宪法和修订行政诉讼法	(334)
(三) 确定司法审查的对象和范围	(337)
(四) 明确司法审查的原告资格	(338)
(五) 选择司法审查的方式与标准	(345)
(六) 建立抽象行政行为责任追究机制	(347)
二、改革司法审查机关的组织体制	(351)
(一) 建立专门的行政法院	(351)
(二) 保障法官独立与提高法官素质	(352)
(三) 明确司法审查的权限和效力	(355)
参考文献	(359)
后 记	(377)