

二十一世纪法学学术文丛

抽象行政行为的司法审查

王宝明 赵大光 任 进 高秦伟 著



JUDICIAL REVIEW OF
ABSTRACT ADMINISTRATIVE MEASURE

人民法院出版社
The People's Court Press

抽象行政行为的司法审查

王宝明 赵大光 著
任 进 高秦伟

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

抽象行政行为的司法审查/王宝明等编著. —北京:
人民法院出版社, 2004. 1

ISBN 7-80161-694-4

I. 抽… II. 王… III. 行政诉讼-审理-研究-
中国 IV. D925.318.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 124109 号

抽象行政行为的司法审查

王宝明 赵大光 任 进 高秦伟 著

责任编辑 陈建德 赖佐夫

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里安园甲 9 号(100101)

电 话 (010)65290566(责任编辑) 65290516(出版部)
(010)65290558 65290559(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 191 千字

印 张 7.125

版 次 2004 年 1 月第 1 版 2004 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-694-4/D·694

定 价 18.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

作者简介

王宝明,国家行政学院法学教研部教授,法学博士,从事法学理论、宪法学、行政法学、行政诉讼法学等法律学科的教学和研究工作。著有《行政法学论纲》、《行政程序与行政诉讼》、《中国法律实施问题研究》、《行政法前沿问题研究》等十余部专著以及学术论文百余篇。

赵大光,最高人民法院行政审判庭副庭长。著有《行政诉讼释疑》等三部专著,在《法学研究》、《中国法学》等刊物上发表论文三十余篇。

任进,现任国家行政学院法学部教授,法学博士。著有《比较地方政府》等三部专著,在《法学研究》、《中国法学》等刊物上发表论文九十余篇。

高秦伟,国家行政学院教师,博士研究生。著有《宪法司法化在中国的适用问题》、《中国宪政框架下的行政权与司法权关系之重构》、《欧洲的一体化与欧盟制宪——一种宪法学的解读》等学术论文数十篇。

目 录

导 论	(1)
一 我国抽象行政行为的现状	(2)
二 现行的抽象行政行为审查制度	(6)
三 将抽象行政行为纳入司法审查范围的 实践与主张	(9)
四 抽象行政行为审查研究的几个主要视角	(15)
第一章 司法审查概述	(22)
一 司法审查的定位	(22)
二 司法审查制度产生的条件	(23)
三 各国司法审查制度的历史回顾	(28)
四 司法审查的功能	(43)
第二章 抽象行政行为及其法律地位	(48)
一 行政行为与抽象行政行为	(48)
二 抽象行政行为效力范围	(77)
三 抽象行政行为在国家政治制度中的地位	(81)
第三章 中外抽象行政行为司法审查比较	(90)
一 影响行政行为司法审查的因素	(91)

2 抽象行政行为的司法审查

二 抽象行政行为司法审查范围比较	(96)
三 抽象行政行为司法审查标准比较	(105)
四 对抽象行政行为的司法审查结果的比较	(107)
五 抽象行政行为的司法审查与违宪审查关系的比较	(127)
第四章 司法审查的理论基础	(130)
一 关于对抽象行政行为是否进行司法审查 的学说	(130)
二 建立抽象行政行为的司法审查制度的理论	(132)
三 抽象行政行为司法审查方式与原则的理论建构	(140)
第五章 我国抽象行政行为司法审查的现状	(148)
一 设置对抽象行政行为监督制度的必要性	(148)
二 设置对抽象行政行为监督制度的可行性	(152)
三 我国对抽象行政行为法律监督的规定	(154)
四 我国对抽象行政行为法律监督的实践	(164)
五 我国法院对抽象行政行为的司法审查	(169)
第六章 我国抽象行政行为司法审查制度的 未来走向	(175)
一 抽象行政行为司法审查制度与我国政治 体制改革	(176)
二 法院对抽象行政行为进行司法审查的范围	(188)
三 针对抽象行政行为诉讼的提起与法院审查	(194)
四 抽象行政行为司法审查的途径	(201)
结束语：渐进的改革终极的法治	(204)
一 正确把握我国抽象行政行为司法审查的现状	(204)
二 正确定位抽象行政行为司法审查的	

性质功能·····	(206)
三 客观把握抽象行政行为在我国产生不协调的成因·····	(207)
四 我国建立抽象行政行为司法审查制度的学说与 理论·····	(210)
五 构建我国抽象行政行为司法审查制度·····	(216)
后 记·····	(218)

导 论

在当今社会，每一个从事法律学研究和实践的人，在涉足国家法治发展中，如何克服我国法治中的各种阻力，处理好法律制度的创新与本土法律资源的融合，使法律实施达到一个新的高度这样的话题时，总会有些主张、感慨和无奈。当我们将我国法律实施中的诸多问题聚焦在“抽象行政行为”这一具体问题时，似乎多数人主张通过行政诉讼范围的扩大，将抽象行政行为纳入司法审查的领域，使行政机关行使行政权时受到制约。面对着这一主流的法治话语，本书将展开相关研究，梳理我们业已存在的各种主张，以期得出尽可能接近法治发展规律并且能够解决我们制度变迁中所遇到的选择问题。

任何一个国家行政权都是该国权力的重要组成部分，政府的行政权力涉及社会生活的各个领域。行政权力极易扩张，在各国已为众所周知。行政权力扩张中包括了行政机关制定行政法规、行政规章以及其他抽象行政行为权的滥用。因此，在构建一个由人来统治人的政府时，最大的困难就在于，你必须让政府有能力控制受它统治的人，同时又要求政府能控制自身。现代法治精神要求行政权必须受到监督和制约，这当中包括在各国表现各异但功能大致相同的司法对行政的审查制度，当然也就包括了司法对行政机构的抽象行政行为的审查制度。

司法审查权是现代国家通过司法程序审查和裁定某一立法或行政行为是否违宪违法的一项重要权力。它是防止行政权滥用的重要

的制度，也是司法权制约行政权的表现，是现代国家普遍设立的一项重要法律制度。我们在本书中将重点研究司法审查制度中法院通过司法审查权的实现来制约和监督行政机构的抽象行政行为的部分。现代法治的基本理念就在于通过制度设置从而保护人民的权利、自由和幸福不受各种非法侵害，包括不受行政权力的侵害，抑制行政权的无限扩张。没有司法审查，那么，行政法治就是一句空话，公民个人自由和权利就缺乏保障。司法审查不仅在其实际应用时可以保障个人的权益，而且由于司法审查的存在对行政公务员产生的心理约束，可以促使他们谨慎行使权力。在世界司法审查的历史上，司法审查只以行政行为的合法性标准来判断。审查实践中的标准，完全要看具体案件的具体情况。进入 20 世纪以来，各国法院为了使法律和司法体制具有更大的适应性，司法能动主义应运而生。自由裁量是当代行政权发展的重要特点和趋势，如果仅根据传统的法律规则，行政机关的自由裁量权似乎可以不受司法审查。然而，并不存在绝对不受司法审查的行政自由裁量权。抽象行政行为恰恰是行政机关认为是自己自由裁量权的实现的空间，因此也成为现代司法审查研究的重点审查的对象之一。

各国在审查范围上宽窄有别，甚至同一国家不同时期审查范围也不尽相同，但审查范围不断拓宽却是总的发展趋势。无论是英美法系国家由普通法院最终裁决行政决定的有效性，还是大陆法系国家设专门行政法院裁决和判例相结合的制度，都说明了加强司法对行政制约这一西方行政法发展的特征。行政权的不断加强，随之而来的应是加强对行政权力被滥用的可能性控制与监督。

一、我国抽象行政行为的现状

在我国抽象行政行为的存在对社会生活起着十分重要的作用。随着对行政行为司法审查的深入广泛的展开，使司法权监督行政权的功能得以实现。同时也必须看到，我国抽象行政行为存在诸多问

题。

首先,抽象行政行为违反上位法的案例频频发生,破坏法治统一原则,现行纠正机制却无法启动。

国家药品监督管理局等两个部门联合颁发“通知”将修订后的药品管理法中有关内容推迟2个月实施,这一行为导致社会反响强烈。修订后的药品管理法明确规定:“处方药可以在国务院卫生行政部门和国务院药品监督管理部门共同指定的医学、药学专业上介绍,但不得在大众传播媒介发布广告或者以其他方式进行以公众为对象的广告宣传。”该法自2001年12月1日起实施。国家药品监督管理局等两部门发布的《关于加强药品广告审查监督管理工作的通知》的红头文件,恰恰是“为了切实贯彻药品管理法”,但此番贯彻却成了对法律的超越和变通。它规定,非抗生素类感染处方药、激素类处方药等三类处方药,以及已经审批的广告审查批准文号在有效期内的处方药,在2002年2月1日起停止在大众媒介发布广告。这实际是公然以部门红头文件的形式,将药品管理法的实施日期推迟了2个月。^①在实际生活中行政机关制定抽象行政行为的数量浩大,形式繁多。违法抽象行政行为的数量有一定比例。依法行政是行政活动的基本原则。这一原则应当是指导行政法律规范的制定、执行、遵守以及解决行政争议的基本准则,它贯穿于行政立法、行政执法、行政司法和行政法制监督的各个环节之中,贯穿于所有行政法律关系的始终,作为行政法的基础理论,备受学界关注。依法行政原则的要求行政机关在制定规范和其他抽象行政行为时应做到依法行政,要求行政机关在制定行政规范时就应遵守法律规定,在法律规定的范围内进行。由于我国幅员辽阔,各地情况千差万别,如果不遵守法律优先原则,必定造成抽象行政行为之间的混乱状况。目前我国纠正违法抽象行政行为的程序很难启动。这是导致行政机关不能依法行政诸多原因之一。

^① 参见《法制日报》2002年1月15日。

其次，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。

在我国制度变迁的过程中，由于国家各种具体体制的改革不能及时到位，一些行政机关由于受利益的驱动，从本部门的利益出发，借用制定抽象行政行为来延伸、扩张其行政职权的现象相当严重，行政规章等抽象行政行为的负效应日益暴露出来。部门利用制定规范性文件的权力为自己牟取私利，使国家行政权应具有严肃性和统一性遭到破坏。北京市颁发并实施《汽油车双怠速污染物排放标准》后，私家车主刘工超状告北京市环保局、北京市交通局及北京市公安交通管理局关于尾气排放通告案。该案中，原告在自家轿车上安装了韩国生产的尾气净化器，尾气排放明显低于（以下简称“双怠速标准”）地方标准限值，达到北京市机动车年检执行的尾气检测标准，但不符合被告北京市环保局、交通局及公安交管局3家单位联合发布《关于对具备治理条件轻型小客车执行新的尾气排放标准的通告》（以下简称“513号通告”）关于“化油器小客车必须安装电控补气和三元净化器，经验收达标取得绿色环保标志后，方可获准年检”的要求。刘工超由于未装置“513号通告”中所指的尾气净化系统，其车当年未获准年检。刘经行政复议后向法院提起诉讼，请求法院确认3被告联合发布的“513号通告”有关内容违法。

另一方面，由于中央和地方的权力划分不够明确，地方各级各类行政机关利用制定规范性文件（抽象行政行为）的权力为行政机关本身牟取私利，也同样使国家行政权应具有严肃性和统一性遭遇挑战。福州市发布《关于研究协调第三批产业扶持资金安排有关问题》[榕委（1999）9号]后，福建长乐市财政局先后与27家企业签订周转金借款合同，并由企业所在地的乡镇财政所提供担保（财政所由财政局领导，实际是财政局的派出机构）。这27家企业倒闭后，财政周转金尚有745.8万余元未能收回。长乐市人民法院于是以玩忽职守罪判处该市财帐局长王凯锋有期徒刑5年6个月。

法院认为,担保法规定国家机关不得作为担保人,王凯锋身为财政局长,应当对财政周转金的发放、回收等工作负领导责任。而王凯锋则大喊冤枉,认为自己不存在玩忽职守的问题,因为他是严格按照福州市榕委(1999)9号文件精神办事的,而福州市政府在2000年6月还专门以《关于研究协调第三批产业扶持资金安排有关问题》的专题会议纪要形式,要求坚决落实榕委(1999)9号文件。福州市委、市政府制定的文件违背了担保法的规定,王凯锋因为认真执行违法文件被判犯有玩忽职守罪,而违法文件的制定者却未承担任何法律责任。^①有些县(市)政府规定,全县(市)农药、化肥由县(市)农资集团统一定价、统一销售,不许农民出县(市)购买,并成立稽查队,在全县(市)境内设立许多关卡,查堵外来农业生产资料,阻止农民购买外地较为便宜的化肥、农药。这种利用制定行政规范性文件的权力搞地区垄断的行为,直接损害了农民的利益。有些县(市)政府发布一个具有普遍约束力的文件,规定所有的商店都不能销售外地品牌啤酒,否则,将受到吊销营业执照的处罚;某些城市发布文件规定出租车行业只可以购买本地生产的轿车才可营运,等等。这些做法违反市场经济规律,限制竞争,损害了国家、社会和人民群众的根本利益,与国家法治精神格格不入,却大行其道,这些地方政府将违法的行政行为形式上合法化,加大了破坏法制统一的危害性。许多行政规范性文件看似维护公益,实则为推进政府及部门自身利益,有的甚至是为表明个人政绩的需要。由于立法中的部门保护和地方保护,导致越权现象严重,既有上下级行政机关之间的纵向越权,也有同级行政机关的横向越权,也存在不同地域之间的越权,从内容上看,这些“文件”与上位的规范性文件(这里也不排除上位的文件不符号法治精神的情形)不相符合或抵触的时有所见,搞乱了法律规范的效力等级规则。

① 参见《法制日报》2003年1月12日。

再次，各级政府及其工作部门缺乏制定行政规范性文件的统一的程序规范。从目前的情况看，除中央一级制定行政法规和行政规章有国务院行政法规规定了制定的程序外，地方对政府抽象行政行为的制定程序很少作出规定，哪些行政机关有权制定哪些抽象行政行为无章可循，从中央到地方的各级行政机关以及它们下属的各个职能部门，都可以用本机关、本部门的红头纸下发各种文件。行政规范性文件所规定的问题和事项林林总总，无所不包。在抽象行政行为中，有些缺乏可行性，缺乏民主参与机制，仅凭主观想象，随意性大。有些抽象行政行为在制定过程中由于人为原因的影响，缺乏对社会公众利益的关怀。高层行政公务员的法律意识和法制观念不强，人治观念尚存，致使行政机关负责人置明确的法律法规于不顾，热衷于用“一枝笔”签署文件，而不是直接用法律法规去管理国家、管理社会。目前，我们还没有建立起一套完备的体系，使各级政府特别是政府组成人员在制定行政规范性文件时，完全以公意和法律为出发点，以高度负责的精神对待广大人民。

现行监督机制的乏力，抽象行政行为弊端的存在，都对我国现行的对抽象行政行为的审查机制提出改革的需求，通过对抽象行政行为的监督机制的健全，实现依法行政和依法治国。

二、现行的抽象行政行为审查制度

我国现行的行政诉讼法是将抽象行政行为排除在司法审查的范围之外的，最高人民法院的司法解释中也没有扩大。将抽象行政行为排除在司法审查的范围之外的原因主要是，现行体制中已经存在对抽象行政行为的监督和审查制度，不必通过法院诉讼的方式监督抽象行政行为是否违法或不当。

现行体制下对抽象行政行为的监督途径有：

1. 国家机关的监督。作为国家的权力机关，全国人民代表大会和地方各级人民代表大会，有权对行政机关的行政管理活动实施

法律监督。根据我国宪法和有关组织法的规定，国家权力机关对抽象行政行为的监督主要表现在两个方面：全国人大常委会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令；县级以上地方各级人民代表大会常务委员会有权撤销本级人民政府的不适当的决定和命令。此外，各级人大及其常委会还有权对政府的工作进行监督，当然也包含了对政府制定行政规定工作的监督。国务院有权改变或者撤销各部委以及地方各级人民政府不适当的规章、命令、指示和决定；县级以上地方各级人民政府有权改变或者撤销所属各工作部门的不适当的命令、指示和下级人民政府的不适当的决定、命令。

2. 备案审查。国务院各部委和地方各级人民政府制定的规章要向国务院备案，国务院通过备案审查可以发现规章中存在的不当或者违法问题，从而加以纠正。对行政法规与规章，立法法设计了备案审查制度以实施监督，但由于行政程序法的缺失，对于行政规定还没有备案审查的立法规范，只能依靠地方人大在实践中摸索，效果自然大打折扣。例如，《四川省各级人民代表大会常务委员会监督条例》规定：省人民政府及其所属工作部门对地方性法规在具体应用中的问题的解释、省人民政府制定的规章及制定的行政措施和发布的具有普遍约束力的决定、命令，应在文件发布之日起 10 日内报省人大常委会备案，否则即要承担相应的法律责任。但实践中，四川省政府规范性文件向省人大常委会备案的监督机制一直未完全正常运作起来，因为省政府各部门的规范性文件归口直接报省人大各专门委员会审查，而各专门委员会没有专门的政府规范性文件备案管理机构，从而导致对行政规定的审查监督实际效率较低。^①

3. 法规清理。为保证行政法规适应不断变化的行政管理的需

① 姜明安：《中国行政法治发展进程调查报告》，法律出版社 1998 年版，第 190 页。

求，各级行政机关应当定期对已经生效的规范性文件进行清理，在组织清理规范性文件过程中可以发现抽象行政行为存在的问题并予以解决。

4. 行政复议。根据行政复议法的规定，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：国务院部门的规定；县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定；乡、镇人民政府的规定。这里不包括国务院各部委和地方人民政府的规章。

5. 社会监督。社会监督的途径是通过社会舆论、信访工作等途径对国家的行政管理活动进行检举、控告、批评和建议，以此来促进行政机关检讨相关的抽象行政行为，并及时予以改进。

在现存监督机制的基础上，我们没有真正意义的司法监督的环节，因为它不符合我国现行宪法确定的政体，也非我们法院现在的能力所及。

抽象行政行为适用的范围较广，对象较为宽泛。如果其符合大多数人的利益，则表明该行为是正确的，个别人的利益要服从多数人的公共利益；如果抽象行政行为侵犯了大多数人的利益，则由国家权力机关和上级行政机关撤销或者改变抽象行政行为，以进行全面而彻底的解决。

具有立法性质的抽象行政行为是一种介于具体行政行为与立法行为之间的过渡性行为，它是法律与各地具体实际相结合的产物。这无疑决定了抽象行政行为具有较多政策性成分和自由裁量因素，而这些都不适于法院审查。因为，法院是解决法律问题的，不宜解决政策问题。

当然，除了上述原因外，将抽象行政行为排除于行政诉讼受案范围之外还有其历史的原因。在1987年制定《行政诉讼法》时，行政诉讼制度对中国人来说还是一个完全陌生的概念，于是，将抽象行政行为排除在司法审查的范围之外。

三、将抽象行政行为纳入司法审查范围的实践与主张

在行政诉讼制度的实践中，事实上已经有了法院审查抽象行政行为的众多案例。自从我国行政诉讼法正式施行以来，司法监督作为我国行政法制监督体系中的一种极有力的监督形式开始逐步完善起来。使我们已经在审查具体行政行为方面积累了一定成功经验，这为今后审查抽象行政行为奠定了基础。同时，人民法院在审查抽象行政行为方面也作了一些尝试。据笔者收集的资料看，目前各地法院对抽象行政行为有三种处理方式：（1）法院认为被告依据的抽象行政行为是合法的，在判决书中直接确认其合法。例如，四川省成都市中级法院在徐立平诉邛崃市民政局一案的（2000）成行终字第 85 号行政判决中认为：“被告民政局在本市未制定出城市居民最低生活保障标准的情况下，参照成都市民政局、财政局联合发的《关于完善城市居民最低生活保障制度的通知》的成民发〔1999〕160 号文件。该文件与现行有效的法规不相冲突，经审查，内容合法，被告民政局依据《城市居民最低生活保障条例》第八条第二款的规定和参照邛崃市人民政府的邛发〔1998〕91 号文件，以及成都市民政局、财政局制定的成民发〔1999〕160 号文件的规定，作出原告一户不符合邛崃市享受城市居民最低生活保障待遇对象的条件决定，适用的法律、法规正确。”在该判决中，成都中级法院对被诉具体行政行为所依据的抽象行政行为进行了审查，并且确认其合法。（2）法院认为被告所依据的抽象行政行为违法，在判决书中作出一定的评价，并指出被告应当适用合法有效的法律规范。但法院在作出这种判决的时候，往往非常谨慎地表述，否则可能会被视为超越了司法审查权，而遭受来自人大或行政机关的压力。例如，河南省商丘市梁园区法院在商丘市原实业总公司诉商丘市技术监督局一案的（1999）商梁行初字第 62 号判决书中认为，被告适用的《河南省查处生产、销售假冒伪劣商品条例》的有关规定与产

品质量法不一致,并指出“在法律、法规不相一致时,行政机关应本着上位法优于下位法的适用原则,正确地援引法律、法规,这是认定行政机关作出的具体行政行为是否合法有效的要件之一。本案中,被告未遵循这一适用规则,属适用法律、法规不当。”该案作出判决后,河南省商丘市梁园区法院曾被认为超越司法审查职权受到有关部门的调查,后因最高法院出面协调方得平息。(3)在司法实践中,大多数法院在裁判文书中回避了这个问题,即不对抽象行政行为的合法性进行认定,而直接适用高层阶的法律规范。法院采取这种做法的一个重要原因,是基于其是否具有对抽象行政行为审查权的顾虑。事实上,法院在适用高层阶的规范性依据时,已经对不适用的抽象行政行为的合法性进行审查并作出认定,只是没有在裁判文书中表述而已。

为数众多的行政机关滥用抽象行政行为的制定权,降低了法律的威信,危及了国家的长治久安。在具体行政行为领域,我国已建立了相对较为完备的行政复议和司法审查制度,从而使具体行政行为的违法或不当状况得到了较为有效的控制。而在抽象行政行为领域,宪法和法律所规定的权力机关监督和行政机关监督尚未完全到位,司法监督更是未能实现,这与当前市场经济体制的发展和民主政治的建设不相适应。任何一个国家,都必须通过立法监督、行政监督和司法监督三大监督体系来实现对行政权的监督,防止行政权的滥用,以保障国家行政职能的顺利实现。而且,在任何一个法治国家,不能只重视对具体行政行为的监督,而不重视比具体行政行为影响力更大的抽象行政行为的监督。“有权利必有救济,无救济便不能处罚”,在行政法学界已是不争之实,同时这也是法治的要求之一。所谓救济,是指“纠正、矫正或改正已发生或业已造成伤害、危害、损失或损害的不当行为”。^①救济是对权利的补救,是在权利受到损失的情况下所给予的。“对权利的确认和保护是法律

^① 《牛津法律大词典》(中译本),光明日报出版社1989年版,第764页。