



行政规则的司法审查强度

—— 基于法律效力的区分

俞祺◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



行政规则的司法审查强度

—— 基于法律效力的区分

俞祺◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政规则的司法审查强度：基于法律效力的区分 /
俞祺著. -- 北京：法律出版社，2018
ISBN 978 - 7 - 5197 - 2036 - 0

I. ①行… II. ①俞… III. ①行政管理—司法监督—
研究—中国 IV. ①D922.114

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第038947号

行政规则的司法审查强度

——基于法律效力的区分

XINGZHENG GUIZE DE SIFA SHENCHA QIANGDU

—JIYU FALU XIAOLI DE QUFEN

俞 祺 著

策划编辑 夏旭日

责任编辑 夏旭日

装帧设计 鲍龙升

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任校对 马 丽

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法律应用·大众出版第二分社

开本 A5

印张 8.875

字数 206千

版本 2018年3月第1版

印次 2018年3月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号：ISBN 978 - 7 - 5197 - 2036 - 0

定价：32.00元

(如有缺页或倒装，中国法律图书有限公司负责退换)

序

俞祺是我指导的博士研究生,《行政规则的司法审查强度——基于法律效力的区分》一书的主要内容,来自他博士论文对“行政规则”的研究。行政机关制定的规则,即行政规则,在世界各国的行政实践中普遍存在。在我国,它们包括法律术语“行政法规”、“规章”和“其他行政规范性文件”所内含的具有普遍约束力、可反复适用的命令或要求,甚至可争辩地内含不具有约束力,却有引导作用的指示。相对于立法机关制定的涉及行政管理的立法规则,行政规则与具体行政事务的结合更加紧密,有助于增强行政管理活动的灵活性、专业性和回应性。现实中,行政规则与立法规则一道,构成了行政行为的“法律依据”,也构成了行政管理相对一方应予遵循的规范。然而,行政规则在填补现代国家立法规则之不足的同时,也存在超越权限、滥用权力、侵犯个人或组织合法权益的可能,理应受到包括立法机关、上级行政机关以及法院的监督。其中,法院的司法审查相较立法机关监督更具常规性,相较上级行政的监督更具公正性,至少是表面上的公正性。

我国原有的行政诉讼制度没有直接规定法院对行政规则的审查权,但实践中,法院时常根据《行政诉讼法》规定的“参照”规章的权力

以及《最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》阐明的“评述”其他规范性文件的权力,潜在地遵循着法制统一、下位法需符合上位法的基本法治原则,在事实上进行着对规章和其他规范性文件的审查。有时,法院甚至也会以沉默的形式,拒绝适用与法律相抵触的行政法规。这一切都说明,对行政规则进行司法审查的诉求是现实存在的,法院对行政规则的审查也是现实存在的。

新修订的《行政诉讼法》确认了业已存在的对其他规范性文件的附带审查权,但仍然延续了法院应当“依据”行政法规和“参照”规章的传统。理论上,行政法规、规章和其他规范性文件可以被纳入一个统一的司法审查理论框架之中,而没有必要以“是否为《立法法》中规定的法律渊源”的标准进行拦腰截断式的区分。在这个统一的理论框架中,法院可以根据行政规则特点的不同,决定针对它们的不同尊重程度或审查强度。以上设想在当下的理论和实践中并没有十分明确的体现。法院常常对行政规则过度谦抑,有时却又不恰当地介入了行政权裁断的领域。在司法权与行政权分立的前提下,确定不同情形中司法审查行政规则的合理强度,对厘清司法权与行政权在政策形成方面的边界具有重要意义。俞祺的这本专著即是以此为出发点,具有很强的理论和现实关怀。

于此背景之下,该书主要探讨的问题是,何种因素会决定或影响司法对待行政规则的态度。目前,境内外已有的学术讨论将司法审查强度不同的原因归结为立法授权、行政专业性等几个较为有限的因素。而俞祺通过对中国法院十余年来有关行政规则的案件的梳理,指出除上述因素外,诸如涉及地方政府总体施政策略、起到预先建立社会基本秩序之功能的行政规则也同样受到法院的尊重。当然,列举式的讨论并未也不可能完全涵盖影响司法审查强度的所有因素,故而该

书主张以“权威性效力”概念来统合和概括行政规则所具有的促使司法审查强度降低的种种特点。“权威性效力”是指行政规则具有的促使司法尊重的效力,其中的“权威”既包括体现规则专业性的“理论权威”,也包括体现规则制度功能的“相对制度权威”。如此,在一个具有综合性的概念之下,不仅现有的情形获得了合理的解释,其他未被列举的因素也同样被预留了存在的空间。进而,该书根据权威性概念内部的区分和不同组合,设置了不抵触审查、理性审查、合理性审查等三种不同的审查强度模式,构建了司法审查行政规则的规范体系。

但是,仅仅探讨权威性效力要素只完成理论建构工作的一部分,一个司法审查行政规则强度的完整理论还需要关注权威性效力发生作用的条件,即研究法院何时需要判断行政规则的权威性,何时不需要。就此,该书又提出了规则的“合法性效力”与“权威性效力”的区分。合法性效力是指规则因其内容“合法”所具有的效力。与权威性效力不同,合法性效力要么“有”,要么“无”;具有合法性效力的规范应当得到所有主体的“服从”,而非仅仅是“尊重”。若可以从内容上明确无疑地断定某一规范具有合法性效力,则问题到此结束,没有必要再探讨其权威性效力;唯有当合法性效力晦暗不明时,包括但不限于上位法缺位的情形,法院才有必要研究规则在形式方面的权威性,进而根据权威性的大小决定针对其内容不同的审查强度。与合法性效力不同,权威性效力不是“有”或“无”,而是“大”或“小”,对应地就是司法审查的不同强度。另外,该书指出,合法性效力中还可进一步细分为封闭、半开放、开放三种不同面向,而半开放内容合法性效力审查是权威性效力适用的主要领地。

总体而言,《行政规则的司法审查强度——基于法律效力的区分》一书,具有非常强的理论创造性。其提出的基本概念以及相应的

理论体系,虽然仍有可以争论的空间,合法性与权威性及其复杂关系仍有诸多值得探索的问题,但毫无疑问,它们为实践中已有脉络可循、只是较为混乱的司法裁判,提供了一个同时兼具解释力和规范力的学说。更为重要的是,其对行政法学乃至整个法学都耳熟能详、信手拈来的“法律效力”概念,进行了“庖丁解牛”的剖析和精雕细琢的建构,并将之运用于传统法理学未予充分重视的行政规则之上。无论读者是否完全同意之,于我而言,已经从这些概念和理论之中,感受到了一种智识的启迪、冲击和挑战,更感受到了难能可贵的学术探索之精神。这是一本需要也值得静下心来认真阅读,从中反省自身理论牢结的好书。

沈 岗

2018年1月

前 言

由行政机关制定的规则在当前的行政诉讼中占据显著位置,法院在裁判中常常需要引用行政规则作为具体行政行为合法性的依据。因此,法院对于行政规则的判断在很多情况下将成为下一步审查的前提条件。假如法院对于行政规则的审查过松,那么大量涉嫌侵犯行政相对人合法权益的行政规则会轻易通过司法审查的门槛,具体行政行为为隐藏于其后,躲避审查,在事实上降低司法对行政的监督作用。而若法院对于行政规则的审查掌握过严,司法又可能不慎误入行政管辖的领地,而对行政秩序和效能造成影响。所以,如何在现有行政诉讼的框架之中确定法院对于行政规则的审查强度,关系司法权与行政权的合理划分。

行政规则司法审查的强度难以从现行《行政诉讼法》中“依据”“参照”“合法性审查”等模糊的概念中直接得出,而涉及具体的行政司法政策。就我国法院的判决而言,中国法官对于行政专业性较强、对相对人权利义务影响较小、涉及地方政府总体施政策略或者起到预先建立社会基本秩序之功能的规范性文件较为尊重,而对于明显损害相对人的合法权益或者可能与本地政府决策相冲突的上级文件则进

行较严格的审查。总体而言,目前我国司法对于行政规则的尊重程度偏高,但不同法院之间态度不一,并无统一的司法政策,同时在审查强度方面也未进行有意识的区别,深入审查在说理方面仍存在欠缺。

美国法院受判例法制度的影响,对于行政规则的态度具有总体性的倾向,在过去一个世纪中,其对于行政规则的态度受不同时代和历史事件的影响起伏变化,总体上趋向于更加尊重行政机关。德国的理论虽然强调司法对行政的严格审查,但是近些年来也出现了一定的松动。综合域外的理论与实践,司法在决定行政规则的审查程度时可能需要考虑立法授权、行政专业性、行政所影响权利的类型与影响的程度、对行政机关替代监督的手段、行政机关决定的形成过程,以及法院所处的社会经济环境等因素。

根据我国和域外的实践,本书对影响法院审查行政规则强度的司法政策进行了规范层面的建构,将行政规则法律效力的不同作为导致法院有差别对待的原因。规则的法律效力这一概念从本质上来说代表了对规则合法性的肯定,从效果上说则意味着规则对世的约束作用。这种约束作用可以分为与内容有关和与内容无关两个方面,本书分别将产生这两种不同约束作用的效力维度称为“内容合法性效力”和“形式权威性效力”。内容合法性效力只有“有”或者“无”的区分,而没有大小之别。具有内容合法性效力的规范应当得到其他主体的“服从”。形式权威性效力在理论上可以区分大小强弱,具有形式权威性效力的规范应当得到其他主体的“尊重”,且尊重程度的大小取决于权威性程度的强弱。

进一步,内容合法性又可以根据适用标准层次的不同区分为“开放的内容合法性”、“半开放的内容合法性”与“封闭的内容合法性”,法院在适用不同的内容合法性标准时将构成对于行政规则不同层次

的审查。不过,公法与私法有所不同,法院对于行政机关规则的审查应受分权原则的限制。究竟在何种情形下适用何种内容合法性审查标准尚需要结合形式权威性标准予以厘清。

形式权威性本身可以划分为理论权威与制度权威,制度权威又可以进一步划分为绝对制度权威和相对制度权威。绝对制度权威乃是一种拟制的内容合法性,与封闭的内容合法性在源头上共通;而相对制度权威的大小可受其他因素影响,它与理论权威一起影响行政规则形式权威性的大小。具体而言,行政规则是否具有立法授权、是否满足及时行政或试验行政需要以及是否承担政治责任,会影响相对制度权威的大小,规则形成过程的复杂性与规制领域的专业性则影响规则理论权威的大小。

通过权威性刻度的划分,本书设计了法院对于行政规则的三步审查法,并在第二步审查中根据相对制度权威和理论权威的大小区分了不抵触审查、理性审查与合理性审查三个不同层次的审查强度标准。

目录 / Contents

第一章 导论	(001)
一、研究背景和问题意识	(001)
二、主要概念说明	(006)
三、研究框架	(013)
四、主要文献综述	(019)
五、研究方法	(030)
第二章 中国法院对于行政规则的审查强度与运作机理	(032)
第一节 上位法规定明确与否的区分标准	(033)
一、上位法是否已就下位法所涉政策或价值问题做出 选择	(035)
二、上位法是否明确授权行政机关就某事项行使 裁量权	(038)
第二节 行政诉讼中法院对待上位法不明确之行政规则 的态度归纳	(041)

一、结果肯定且审查较浅	(043)
二、结果肯定且审查较深	(051)
三、结果否定且审查较浅	(055)
四、结果否定且审查较深	(056)
第三节 不同审查方式产生的机理及其问题	(059)
一、不同审查方式产生的机理	(060)
二、当前实践存在的问题	(065)

第三章 行政规则司法审查强度的域外经验——基于

美国、德国实践的启示	(069)
第一节 合法性审查的衰落和司法尊重的兴起	(069)
第二节 美国法院对于行政决定审查强度的变迁	(078)
一、前新政时期(1933年以前,严格审查)	(079)
二、新政时期与前APA时期(1933~1946年,高度尊重)	(082)
三、APA制定后与前谢弗朗案时期(1946~1984年,司法 审查重趋严格)	(086)
四、后谢弗朗案时期(1984年以后,司法尊重程度再次 升高)	(091)
第三节 德国行政法院对于行政决定的审查模式	(096)
一、德国行政法院的全面审查模式	(096)
二、对于德国法院低度尊重的反思	(102)
第四节 影响司法审查强度的可能要素	(107)
一、立法机关的意图	(107)
二、行政机关的专业性与问题的复杂性	(110)
三、所影响权利的类型与影响的程度	(112)

四、其他影响司法尊重的因素	(114)
第四章 影响司法审查强度的规则效力及其分类	(117)
第一节 “效力”概念的再细分	(117)
第二节 内容合法性效力与形式权威性效力的区别	(122)
一、法理学上关于效力的研究	(122)
二、内容合法性效力与形式权威性效力含义之不同	(127)
三、validity(效力)和 binding effect(约束力)	(134)
第三节 内容合法性效力和形式权威性效力区分的理论 逻辑	(138)
第五章 规范内容合法性效力的不同面向及其适用范围	(150)
第一节 内容合法性概念的价值及其含混性	(151)
第二节 不同的内容合法性	(154)
一、开放的内容合法性	(156)
二、封闭的内容合法性	(159)
三、半开放的内容合法性	(162)
第三节 诸内容合法性的适用情形	(166)
一、开放内容合法性的适用情形	(167)
二、封闭内容合法性的适用情形	(169)
三、半开放内容合法性的适用情形	(172)
第四节 行政司法领域内容合法性判断的不自足	(175)
第六章 规则形式权威性效力与适用方式	(181)
第一节 行政规则司法审查中层次的模糊性	(182)

第二节 权威性的含义与分类	(186)
一、权威性的含义	(186)
二、权威性的分类	(190)
第三节 行政规则的相对制度权威	(193)
一、立法授权	(195)
二、及时行政或试验行政需要	(197)
三、为全局性决策、重大决策等承担政治责任	(203)
第四节 行政规则的理论权威	(207)
一、规则的形成过程的正式性	(208)
二、规制领域的专业性	(211)
第七章 规则效力理论下的司法审查——对审查强度的	
重构	(216)
第一节 内容合法性与形式权威性框架下行政规则法律	
效力的三步判断法	(216)
第二节 合理性与理性:效力判断第二步中司法审查强度	
的不同层次	(222)
代结论:关于本书所涉各项区分的汇总	(234)
参考文献	(237)
附录 本书所涉及的法律法规及规范性文件目录	(264)
后记	(269)

第一章 导 论

一、研究背景和问题意识

随着现代社会复杂程度的不断提高,在具体的行政管理领域中,行政规则越来越多地取代立法规则成为建立社会秩序的规范来源。法院在行政审判中不仅要适用法律,在纷繁的现实面前更需要适用各种行政规则。在中国,从行政机关制定的低层级的规范性文件的内容以及法院在判决书中对待这些规则的态度来看,行政规则已经成为社会管理中最为重要的手段之一。2014年修订的《行政诉讼法》规定法院可以审查规章以外规范性文件的合法性,这与法院对于规章的参照和选择适用一道,形成了司法审查行政规则的制度。

但是,问题也随之而来,行政规则的数量过于庞大,内容繁杂且经常涉及专业领域,这使外行的立法机关和法院难以判断这些规则的合法性进而认定其效力。如果按照严格的法治主义,在缺乏上位法规定或上位法模糊的情况下不赋予行政规则以法律上的力量,则行政机关管理社会的能力将被削弱。但是,赋予其过大的力量又会导致

专制的生成。因此,如何在各种价值之间平衡,使行政机关既有足够的能力进行社会治理,又不至于形成专制统治成为一个艰深复杂的课题。

行政规则在法律上力量的强弱事实上影响的是法院对其的尊重程度,因此,在以上背景之中,本书要处理的问题实际上是在现代行政之下,司法应当在何种程度上介入对于行政政策性文件的判断,也即法院对于行政规则的审查强度。在审查强度的研究中最为重要的是探讨影响审查程度的因素,而在笔者看来,能够导致司法在不同程度上审查行政规则的原因存在于行政规则自身的特性之中。这种特性即为前述“法律上的力量”——行政规则的法律效力。

效力与审查强度两者从表面上看似乎不存在关联,但其实两者之间具有极为紧密的联系。从概念上来说,效力表现了一种对世的约束效果,需要得到其他主体的尊重。我国的法源通说以及《立法法》《行政诉讼法》即根据规范效力区分了法院对于行政规则不同的尊重程度。在行政诉讼语境下,具有法律效力的规范性文件被限于《立法法》规定的属于法源的五种,即法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章。其中,除规章效力表述为法院适用时的“参照”外,其他皆为法院审判活动的“依据”。而国务院或国务院下属各部委制定的非行政法规、非规章类的行政规范性文件,以及规章以下的其他规范性文件则既没有被“依据”的地位,也没有被“参照”的地位,按照《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》^①(以下简称《座谈会纪要》)的规定,法院可以对这些文件是否合法、有效、合理、适当进行评价。这里,法律和司法解释要求法院根据法源来区分

^① 法[2004]第96号。

第一章 导 论

一、研究背景和问题意识

随着现代社会复杂程度的不断提高,在具体的行政管理领域中,行政规则越来越多地取代立法规则成为建立社会秩序的规范来源。法院在行政审判中不仅要适用法律,在纷繁的现实面前更需要适用各种行政规则。在中国,从行政机关制定的低层级的规范性文件的内容以及法院在判决书中对待这些规则的态度来看,行政规则已经成为社会管理中最为重要的手段之一。2014年修订的《行政诉讼法》规定法院可以审查规章以外规范性文件的合法性,这与法院对于规章的参照和选择适用一道,形成了司法审查行政规则的制度。

但是,问题也随之而来,行政规则的数量过于庞大,内容繁杂且经常涉及专业领域,这使外行的立法机关和法院难以判断这些规则的合法性进而认定其效力。如果按照严格的法治主义,在缺乏上位法规定或上位法模糊的情况下不赋予行政规则以法律上的力量,则行政机关管理社会的能力将被削弱。但是,赋予其过大的力量又会导致