

抽象行政行为的司法审查势在必行^{*}

——依法治国与和谐社会背景下的考察

韦群林

(南京理工大学 经济管理学院 江苏 南京 210094)

摘 要:抽象行政行为不可诉或不能司法审查的做法存在着和行政诉讼目的抵触、与行政复议法脱节以及我国应承担的 WTO 协议国际义务不相适应、与世界上法治先进国家做法差别较大等问题,并且具体行政行为当中“零售性违法”可以得到司法救济,而抽象行政行为当中的“批发性违法”问题却无从进行司法救济也不符人类基本理性。对抽象行政行为进行司法审查,不仅是法治与社会公正的必然要求,也是完善我国行政诉讼制度、兑现我国国际义务、实现社会安定有序与和谐发展的迫切需要。

关键词:抽象行政行为 司法审查 行政诉讼 法治 和谐社会

中图分类号: D916.1 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-5092(2007)01-0037-05

一、抽象行政行为不可诉带来的尴尬

所谓“抽象行政行为”,是指行政机关以及其他行使行政权的主体制定法规、规章和其他具有普遍约束力的规范性文件的行政行为。

一般认为,在我国,上至最高行政机关国务院、下至乡政府的各级行政机关以及其他行使行政权的主体都有权依据宪法、法律实施抽象行政行为,或者都有可能实施抽象行政行为。而“抽象行政行为不可诉”问题,则指的是按照我国现行的行政诉讼法的规定,相对人对抽象行政行为不得提起诉讼,只能通过其他监督途径对违法抽象行政行为进行纠正;本应作为社会正义的最后屏障的司法机关,却无权对抽象行政行为进行司法审查;甚至在审理行政案件过程中,发现地方规章与部门规章之间、部门规章之间发生冲突时,在规章的司法适用上都无权决定,而是按照行政诉讼法第 53 条要求,“由最高人民法院送请国务院作出解释或者裁决”;即行政对司法审判实质上的“逆向审查”现象,这里在诉讼制度设计上,抽

象行政行为不容司法机关置喙。

抽象行政行为的司法审查问题一直引起学术界与实务界的关注,不仅扩大行政诉讼受案范围、将抽象行政行为纳入司法审查轨道的论述与呼声众多,而且对抽象行政行为不可诉的质疑与批评也十分强烈。尤其是随着依法治国、保障人权的入宪和我国加入 WTO、必须向国际社会兑现国家承诺以及当今“和谐社会”理论的提出,抽象行政行为不可诉不仅不能理论上难以自圆其说,实践当中也造成了诸多尴尬。遗憾的是,呼声再高昂,批评再激烈,可问题就是得不到解决。因此,在依法治国与和谐社会背景下对该问题“老调新弹”,并非没有理论与现实意义。

(一)行政行为“零售性违法”可以司法救济、“批发性违法”却不可司法救济不符常理

抽象行政行为的一个最大特征就是它的反复适用性。正是由于抽象行政行为是针对普遍对象作出,适用的效力不止一次,且涉及范围广、产生层次多,因而其影响要远远大于具体行政行为。一旦违法,将会给众多人反复造成损失。如果人

* 收稿日期 2006-09-13

作者简介:韦群林(1966-),男,江苏大丰人,南京理工大学博士研究生、上海林莉华律师事务所律师,研究方向:司法管理学、宪法学与行政法学。

万方数据

民法院不能受理对违法抽象行政行为提起的诉讼并予以撤销,那么就有可能导致违法、不当的抽象行政行为造成的侵害在相应的范围内连续发生,使更多的相对人蒙受损失。所以本来一个不证自明的常理就是,违法的抽象行政行为更具有对行政法治的破坏性和对公民权利、社会秩序的危害性,故抽象行政行为更应该接受司法审查或具有“可诉性”。可我国行政诉讼的法律现实偏偏是在对违法行政行为的审查上,不能反复适用的“具体(违法)行政行为”接受司法审查,能够反复适用的“抽象(违法)行政行为”倒反而“逍遥法外”。如此,不仅严重违背法治原则,而且,在逻辑上,犹如惩罚“零售”的违法而放纵“批发”的违法,或只打击个人偶然犯罪而放纵集团一贯犯罪,污染水流受罚而污染水源逍遥那样荒谬。如此有悖常理的制度设计,当为典型的“分配不正义”兼“救济不正义”,只能将我国行政法治与司法公正置于尴尬之境。

(二) 抽象行政行为不可诉阻却了行政诉讼目的之实现

对行政诉讼的目的,我国行政诉讼法明文规定为“为保证人民法院正确、及时审理行政案件,保护公民、法人和其他组织的合法权益,维护和监督行政机关依法行使行政职权”,即正确司法、保障权利和(维护和监督)依法行政。而按照通说,行政行为的种类既包括具体行政行为,也包括抽象行政行为、内部行政行为、终局行政行为,那么,实现正确司法、保障权利和依法行政目标的途径显然就不仅仅包括具体行政行为的合法性,也包括抽象行政行为、内部行政行为和终局行政行为的合法性。而抽象行政行为面广量大、反复适用、危害性大、破坏力强,如果其合法性不能得到司法控制,则无疑于采取回避现实、挂一漏万的鸵鸟政策,只见审查具体行政行为一孔,无视诉讼目的之全局,架空行政诉讼应有的目标,使依法行政、保障权利及正确司法有空洞的宣教之嫌。结果难免滋长行政主体违法风气,动摇民众对行政法治与司法公正的信心。

(三) 抽象行政行为不可诉造成了行政诉讼与行政复议法律上的脱节

随着我国法治化进程的加快,行政法治建设上,自然比1989年行政诉讼法颁布时有所进步。1999年施行的《行政复议法》第7条规定:“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”(一)国务院部门的规定(二)县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定(三)乡、镇人民政府的规定”。而从程序上来说,对行政复议决定不服的,可以提起行政诉讼。那么,在行政诉讼当中,法院审查被诉行政复议决定书的合法性,就必然对上述抽象行政行为进行司法审查,这和有关法院不能审查抽象行政行为的规定发生冲突。如此,抽象行政行为不可诉的做法已经产生法律之间的衔接上的脱节。

(四) 抽象行政行为不可诉有悖法治的基本理念

法治或“依法治国”的内涵自然十分丰富,但不受制约的权力必然产生腐败,必须以权力制约权力的“权力受制原理”和“司法审查原则”是法治必不可少的基本理念。而立法上抽象行政行为不受司法审查、现实中对抽象行政行为其他途径监督的无力恰恰与法治“权力受制原理”和“司法审查原则”格格不入。宪法诉讼的缺位又使得抽象行政行为可诉失去了最好的制度性替代品。而无论是“市场经济”、“依法治国”,还是“保障人权”、“政治文明”、“和谐社会”等等,其本质内涵或基本要求都离不开法治,离不开权力受制与司法审查,特别是对抽象行政行为的司法审查。在人类文明昌明之今日,“全球化”浪潮难以阻挡,践行法治以保障权利已经是国际社会的主流趋势,更是中国民众的强力诉求和中国政府必须坚守的准则。所以,抽象行政行为不可诉无疑让立志义无反顾地“依法治国、建设社会主义法治国家”的中国在法治基本理念面前显得十分难堪。

(五) 抽象行政行为不可诉不符法治先进国家的通常做法

笔者通过美、英、德、法、日、意、奥地利、比利时、澳大利亚、葡萄牙、芬兰等十多个法治化程度较高的国家的行政诉讼受案范围按“国家行为”、“抽象行政行为”、“内部行政行为”和“终局行政行为”进行分类比较研究,发现“内部行政行为”和“终局行政行为”均具有可诉性;对于“抽象行政行为”,除葡萄牙、意大利以外,也均具有可诉性,并且葡萄牙、意大利两国的宪法诉讼制度,完全可以为抽象行政行为行政诉讼不可诉问题提供替代性的司法审查制度;个别国家,如美国、比利时等,司法审查范围实质上不受限制^[1]。难怪学者刘善春认为“成熟的行政诉讼,不应该有受案

范围的规定^{〔2〕}。而我国不应无视世情,人为地在法治领域将自己孤立起来。

(六) 抽象行政行为不可诉不利于我国兑现 WTO 国际义务

我国 2001 年 12 月 11 日正式加入 WTO,目前可谓是“后 WTO 时代”。作为一个大国,中国要想在世界舞台上更有作为,首先就是要树立起信守国际条约的良好形象。而建立独立无偏的司法机构、审查与贸易有关的行政行为(包括抽象行政行为),不仅是 WTO 协议的要求,也是我国加入 WTO 的庄严承诺——《中华人民共和国加入议定书》第 2 条(D)司法审查部分的条款明确宣称:“1、中国应设立或指定并维持审查庭、联络点和程序,以便迅速审查所有与《1994 年关税与贸易总协定》(“GATT1994”)第 10 条第 1 款、GATS 第 6 条和《TRIPS 协定》相关规定所指的的法律、法规、普遍适用的司法决定和行政决定的实施有关的所有行政行为。此类审查庭应是公正的,并独立于被授权进行行政执行的机关,且不应因审查事项的结果有任何实质利害关系”。

因此,如果我国不能审查上述“法律、法规、普遍适用的司法决定和行政决定的实施有关的所有行政行为”,那么无异对国际社会失信;反过来,如果仅仅对与 GATT1994、GATS 规定相关的所有行政行为进行司法审查(大多情况下为外国当事人),赋予涉外行政相对方对抽象行政行为司法救济权利,而剥夺涉内、国内行政相对方对抽象行政行为司法救济权利,则无异于失信于民,这同样是抽象行政行为不可诉带来的尴尬。

二、抽象行政行为可诉性的理论及现实依据

其实,从前面抽象行政行为不可诉带来的尴尬当中,已经能够从反面感受到其可诉的必要性。现再从下面几个角度正面论述我国抽象行政行为可诉的必要性。

(一) 抽象行政行为可诉是纠正违法抽象行政行为的迫切需要

随着抽象行政行为的数量逐渐增多、尤其是各种各样“红头文件”的滥发,违法实施抽象行政行为的问题日趋严重。有些行政机关,特别是基层行政机关,动辄使用“抽象行政行为”的方式违法征收财物、摊派费用、设置劳役,为自己敛钱聚财;也有一些行政机关为了争夺收费权、处罚权、

万方数据

许可权和推卸职责及义务,不顾法律权限和分工,随意通过抽象行政行为自我扩权,导致规章打架、管理失控,甚至无视宪法与法律非经法律设定不得剥夺公民人身自由的规定,仅凭一纸行政条例,剥夺公民的人身自由,并造成类似于孙志刚惨死的国家悲剧;一部劳动教养的规章,就可以在法律没有设定的情况下,剥夺公民人身自由数年。加上现行的行政诉讼法排除了对抽象行政行为的诉讼监督,其他监督机制诸如党委监督、人大监督、政协监督、上级行政机关监督、检察机关国家法律监督、新闻监督等等尽管主体众多、体系复杂但缺乏实效,致使抽象行政行为违法问题日趋严重。

本来,对于抽象行政行为的违法(宪)问题,除了有效的行政诉讼机制以外,也可以通过宪法监督或宪法诉讼机制解决问题,如同葡萄牙、意大利两国的宪法诉讼制度完全解决抽象行政行为的司法审查问题那样。但令人遗憾的是,我国没有宪法诉讼制度,人大及其常委会的宪法监督一直流于纸上,建国迄今,违法(宪)的抽象行政行为并不少见,但却始终未见人大“橡皮图章”对此有何建树。孙志刚事件发生后,三名青年法学专家上书全国人大要求对《收容审查条例》这一抽象行政行为进行审查监督,但也如石沉大海;而且,人大组成人员当中,党政官员本来比例众多,指望这种“官僚化”严重的立法机关监督极有可能就出自其本单位甚至本人之手的抽象行政行为,从理论上讲本来就有悖“自己不能充当自己的法官”之常理,收效甚微自然也就不足为奇了。

正是由于抽象行政行为违法(宪)严重,而又无其他切实可行的替代性制度纠正其违法(宪)问题,所以,抽象行政行为可诉是纠正违法抽象行政行为的迫切需要。

(二) 抽象行政行为可诉是依法治国的要求

前面提及,法治或“依法治国”的内涵自然十分丰富,但不受制约的权力必然产生腐败,必须以权力制约权力的“权力受制原理”和“司法审查原则”是法治必不可少的基本理念。对于我国依法治国的基本内涵,众多学者进行过许许多多精辟的论述。其中,我国杰出法学家谭世贵教授经过深入研究,认为从加强社会主义法制到依法治国基本方略的确立和实施,我国的法制建设取得了重大进展,而将依法治国的基本要求或含义仍概括为“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”,不符合法治国家的理念与标准。遵循与时

俱进的思想路线,适应建设社会主义法治国家的客观需要,应将依法治国的基本要求或含义确定为“科学立法,依法行政,公正司法,有效监督”四点十六个字^[3],涵盖立法(宪)、行政、司法和监督从正义的分配到正义的救济等全部环节。而抽象行政行为的司法审查,可以说与这四点全部关联——抽象行政行为可诉,可以促使立法更加科学;抽象行政行为可诉,才能确保依法行政;抽象行政行为可诉,公正司法方才完整;抽象行政行为可诉,有效监督得以真正落实——一句话,抽象行政行为可诉事关依法治国的方方面面,是依法治国的必然要求。

(三) 抽象行政行为可诉是完善我国行政诉讼制度的必由之路

姑且不谈“成熟的行政诉讼,不应该有受案范围的规定”,现实地说,完善的行政诉讼制度能够保障正确司法、保障权利和依法行政这一诉讼目的之实现,而不是相反,能够不留抽象行政行为不可诉的空白,能够不与其他法律如行政复议法产生冲突。要做到这些,抽象行政行为可诉乃是一个必要条件——如果不是充分条件的话。

有趣的是,1999年11月24日,最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(法释[2000]8号)第1条“公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服,依法提起诉讼的,属于人民法院行政诉讼的受案范围”当中,耐人寻味地用了“行政行为”一词,而未照搬《行政诉讼法》第2条规定的“具体行政行为”一词,恐怕并非是最高人民法院作出司法解释时用词的疏忽或不慎。上述看似疏忽与不慎的用词,恰恰折射出作为国家最高审判机关在行政诉讼受案范围问题上的扩大倾向与面对立法现实的无奈。这种文字上的细微差别似乎暗示人们,将抽象行政行为可诉是完善我国行政诉讼制度的必由之路。

(四) 抽象行政行为可诉是实现司法公正与社会稳定的必要保障

有效率的司法公正,或司法的“公正与效率”,是21世纪人民法院工作的主题。而其中的一个关键性问题,就是实现司法独立。面对行政权力,司法机关不但不能审查抽象行政行为的合法性,反而要在司法审判当中适用行政法规并参照规章、遇到规章不一致之时居然还要唯最高行政机关马首是瞻,乃是司法受制于地方、受制于行

政而产生司法不公甚至司法腐败的重要原因之一。通过完善抽象行政行为的司法审查与诉讼机制,可以为司法独立、进而为司法公正作出铺垫性的贡献;其次,在具体的行政诉讼审判活动中,可以更好地公正裁判案件;第三,将抽象行政行为仅仅作为事实而不是法院审案时应当适用或参照适用的“法律”(广义的法律概念),可以消除行政部门为了部门、地方利益而利用抽象行政行为进行“行政立法”、自我扩权以实现自身利益的做法,也间接地、从源头上保障民事司法公正。

谈到司法与诉讼,一个不可否认的事实就是,自从有了人类社会,有了国家,就有各种纷争,当然包括行政纷争。解决的行政办法自然很多,但粗略划分下来,似乎又不外乎两大类:法治的手段(行政监察、行政复议和行政诉讼等)与非法治的手段(官场阴谋、权力租赁、非法武力甚至暴乱、起义等等)。比较起来,虽然司法救济也许不是人们最理想的解决纷争的方式,“必使无讼乎”的乌托邦也许更加诱人,但理性一点来说,司法救济起码算得上是一种帕累托(Pareto)最优的解决社会纷争的方式。

(五) 抽象行政行为可诉是构建和谐社会的的重要举措

关于和谐社会的基本内涵,胡锦涛同志用“民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处”28个字对其作了充分精辟的概括。

其中“民主法治、公平正义、安定有序”都直接要求权力制衡、权利优位。换言之,行政主体的抽象行政行为侵犯或有侵犯公民权利之虞时,通过司法审查制约、纠正违法(宪)的抽象行政行为,乃是“民主法治、公平正义、安定有序”内涵的一个必然的推论;同时,也只有制止不当、违法(宪)的抽象行政行为,才能使政府更加诚信、社会充满活力,消除官商勾结为了眼前“政绩”或其他私利而破坏环境、以具体的或抽象的行政行为侵犯公民环境权的现象,将环保法当中“政府对环境负责”的抽象规定变成可以司法救济的现实权利,实现人与自然和谐相处。可见抽象行政行为的可诉与构建和谐社会的密切关系——虽然仅仅抽象行政行为可诉并不能代表和谐社会的全部内涵,但是,缺少这一点,和谐社会的内涵却难以落实下来。

三、结论 抽象行政行为的司法审查势在必行

抽象行政行为不可诉一直是我国法学理论和实务界批评较多的问题。如果说 1989 年行政诉讼法刚刚颁布时还可以从“民告官”为新闻、行政诉讼尚未为人们普遍了解、思想、组织、人员、经验、理论研究等等准备都十分薄弱的情况下，行政诉讼的范围不可避免地受到一定的限制这一角度进行辩解的话，那么，时隔十多年，在依法治国、政治文明、和谐社会的大背景下，在后 WTO 时代的今天，扩大行政诉讼受案范围、将抽象行政行为纳入司法审查的轨道，已经是我国行政法治建设大势所趋。否则，只能让中国政府难以面对国内民

众的权利诉求与国际社会的信用诘问——可见解决抽象行政行为可诉问题，不仅必要，而且现实而迫切，可谓势在必行。

正是通过丰富、完善的行政诉讼制度，扩大行政诉讼的受案范围，将包括抽象行政行为在内的行政行为引发的纠纷与争议引导到法治的手段（主要是行政诉讼）上来，尽量减少、避免非法治、非和平的救济方式和手段，则才能深刻领悟依法治国的丰富内涵，真正提高依法行政、公正司法的水平，在法治、文明的框架内化解极有可能激化的矛盾，从而真正实现社会的稳定、和谐发展与国家长治久安。

参考文献：

[1] 胡建淼. 比较行政法 20 国行政法评述[M]. 北京：法律出版社，1998：539 - 568.
[2] 刘善春. 行政诉讼价值论[M]. 北京：法律出版社，1998：168.
[3] 谭世贵. 依法治国的新思考[J]. 汕头大学学报：人文社会科学版，2005（3）：23 - 28.

**It Is Imperative for Abstract Administrative Actions
to Be Judicially Reviewable**
——An investigation under the circumstances of rule the state
law and harmonious society

WEI Qun - lin

(Economy & Management School , Nanjing University of Science and Technology , Jiangsu Nanjing 210094 , China)

Abstract :The current design for China's administrative litigation system , in which the abstract administrative actions can not be sued or judicially " non - reviewable " , not only theoretically contradicts the aims of ruling the state of law and constructing the harmonious society , but also , in law practice , gives rise to problems such as contravening the purposes of administrative litigation , disjoining the Administrative Reconsideration Law of China , not conforming to China's international duties aroused from her accession to WTO , and enlarging the differences between China and legally - advanced states/areas in the world. Meanwhile , it is also against basic human reasons that the law - violating specific administrative actions (of " retail " nature) can be sued while the law - violating abstract administrative actions (of " wholesale " nature) gets no judicial remedies. Therefore , it is unavoidable requirements from rule of law and social justice as well as urgent necessities , for the abstract administrative actions to be judicially reviewed , so as to consummate administrative litigation system , fulfill the international duties , realize social orderly stability and harmonious development of our country.

Keywords abstract administrative actions ; judicial review ; administrative litigation ; rule of law ; harmonious society