

行政规范性文件直接审查模式的 证立与建构

王青斌*

内容提要：2014年修订的行政诉讼法正式确立了行政规范性文件附带审查制度，在近十年的司法实践中，法院对行政规范性文件的审查始终保持谦抑姿态，已经确认违法的行政规范性文件也较少得到纠正，同一行政规范性文件经常会在不同案件中被重复审查。究其原因，附带审查模式在配置审查权力、启动审查程序、执行审查结论、复议和诉讼审查衔接等方面存在制度缺陷，且这些问题难以通过局部制度优化获得解决。相较附带审查模式，直接审查模式具有显著的比较优势，建构直接审查模式在我国当前行政诉讼制度的整体结构下也有充分的法理基础和制度空间。未来修法应删除行政诉讼法第53条中的“一并”二字以及行政复议法中的附带审查条款，转而建构复议前置的行政规范性文件直接审查模式。在具体的制度建构中，应严格控制原告资格、确立有限的申请期限、明确裁判方式，并对审查内容予以规定。

关键词：行政诉讼 行政复议 行政规范性文件 附带审查 直接审查 合法性审查

引言

2024年7月，党的二十届三中全会提出“深入推进依法行政”“加强政府立法审查”的目标任务，以及“完善重大决策、规范性文件合法性审查机制”的部署要求，〔1〕再次将政府立法的审查监督和行政规范性文件合法性问题提上改革议程。政府立法有狭义和广义之分，而广义的政府立法包括通常意义上的行政规范性文件。〔2〕行政规范性文件是行政主体为执行法律或政策，在正式行政立法以外创制的行政规则，具体体现为具有普遍约束力的决定、命令等。〔3〕在学理上，行政规范性文件被视为“行政机关（政府、部长和行政机关）颁布的法律

* 中国政法大学法治政府研究院教授。

本文系2021年度国家社科基金重大项目“行政法总则制定的理论与实践问题研究”（21&ZD191）的阶段性成果。

〔1〕《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》，人民出版社2024年版，第30页。

〔2〕广义上的规范性文件也包括所有政府立法，但行政法治意义上的“规范性文件”主要是狭义的，本文亦是在狭义上使用这一概念。

〔3〕参见罗豪才主编：《行政法学》，中国政法大学出版社1996年版，第177页；姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社2019年版，第172页；叶必丰、周佑勇：《行政规范研究》，法律出版社2002年版，第33页。

规范”。〔4〕我国1999年颁布的行政复议法，在行政复议中建立了行政规范性文件的附带审查制度；2014年，行政诉讼法在行政诉讼中建立了行政规范性文件的附带审查制度。行政诉讼附带审查的制度初衷主要包括监督政府、从根本上减少违法行政行为的发生和纠正违法的行政规范性文件。〔5〕在深入推进依法行政的过程中，加强对行政规范性文件的司法审查，有助于加强对行政权力的制约和监督，真正实现“把权力关进制度的笼子”。附带审查旨在针对行政规范性文件作出合法性判断，这是行政复议机关或人民法院判断法律适用正确与否的应有之义。复议审查决定和司法审查结论虽然在效力上有别，但它们都会对行政规范性文件的形式效力要件和实质内容要素展开判断，所得出的结论不仅直接影响行政相对人主观公权利的实现（行政规范性文件可能干预或限制行政相对人的法定权利），同时也关系到客观法秩序的维护（行政规范性文件会创设或限缩行政机关的职责权限）。〔6〕但是，行政诉讼中附带审查行政规范性文件的前提是，行政相对人对一个具体行政行为提起主观诉讼，只有在该主观诉讼的争议解决必须以另一个客观诉讼的争议解决为前提时，才会允许“附带”提起行政规范性文件审查之诉。

2014年修订行政诉讼法前，行政规范性文件被排除在法院直接审查的对象范围外，原因在于“规范性文件不是针对具体的人作出的，不会直接影响个人的权利，它只有通过行政行为才会产生危害后果”。〔7〕与此认知不同的是，大陆法系国家均不同程度地确立了对抽象行政行为的直接审查制度。例如，德国1960年颁布的行政法院法在第47条中规定了行政法院对法规文件的审查权限：“高级行政法院在审判管辖权范围内依申请对下列规范的有效性作出裁判：1.根据《建设法典》的规定颁布的章程，以及基于《建设法典》第246条第2款颁布的规章；2.其他在位阶上低于州法律的法规，前提是州法（对高级行政法院的此项事务管辖权）作出了规定。”〔8〕据此，德国联邦高级行政法院可以“非附带性”地直接审查依德国建设法典制定的规章命令以及其他位阶低于“州法”的法规命令。法国也将行政规范性文件等纳入了直接审查的范围，在法国行政诉讼越权之诉的框架下，“利害关系人认为条例违法，可在条例公布后2个月内向行政法院提起越权之诉，请求撤销不合法的条例”。〔9〕

德国和法国的相关立法深刻影响了大陆法系的行政诉讼模式，意大利、西班牙、比利时、瑞士、希腊、葡萄牙等国，都不同程度地建立了以客观诉讼为主的抽象行政行为审查模式。〔10〕与此相对，英美法系形成了以主观诉讼为主的行政诉讼模式，即对抽象行政行为进行分散化、具体性的附带审查。吊诡的是，原本更加亲近大陆法系公法理论的我国，在行政规范性文件的审查问题上却采取了与英美法系类似的附带审查模式。究其原因，我国的行政诉讼制度脱胎于

〔4〕 [德] 哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第58页。

〔5〕 参见信春鹰：《关于〈中华人民共和国行政诉讼法修正案（草案）〉的说明——2013年12月23日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第六次会议上》，《全国人民代表大会常务委员会公报》2014年第6号，第688页以下。

〔6〕 参见王青斌：《行政不履责司法审查体系链的构建》，《中国社会科学》2023年第11期，第25页。

〔7〕 全国人大常委会法制工作委员会行政法室编著：《中华人民共和国行政诉讼法解读》，中国法制出版社2014年版，第145页。

〔8〕 刘飞：《行政诉讼制度专题研究：中德比较的视角》，法律出版社2016年版，第190页。

〔9〕 法国行政诉讼彰显出鲜明的客观诉讼特色，即公民可以在行政条例公布后2个月内直接请求司法审查。行政条例公布2个月后，客观诉讼才转变为主观诉讼，即法院只能附带审查有争议的行政条例。参见王名扬：《法国行政法》，北京大学出版社2016年版，第117页。

〔10〕 参见张浪：《行政规范性文件的司法审查问题研究——基于〈行政诉讼法〉修订的有关思考》，《南京师大学报（社会科学版）》2015年第3期，第39页。

民事诉讼制度,受到主观诉讼历史基因的深刻影响。不过,从近十年的司法实践来看,附带审查制度的建立并未真正推动法院的审查权“从隐形走向公开”,^[11]“附带审查”也在一定程度上异化为“附带不审查”。^[12]鉴于行政规范性文件附带审查的制度功能并未如愿实现,近年来,行政法学界尝试对行政规范性文件的附带审查模式提出完善方案。^[13]本文拟在对附带审查模式的运行状况进行整体反思的基础上,提出应建构行政规范性文件直接审查制度,并对直接审查模式的现实基础、法理基础、具体制度构造等进行论证。

一、附带审查:行政规范性文件诉请审查的现状

作为一种监督行政权运行的治理机制,附带审查制度的正常运行,以法院积极行使行政规范性文件司法审查权为前提。为探明法院在实践中能否积极行使行政规范性文件司法审查权,以及行政诉讼附带审查制度是否发挥了实际效用,本文收集了2018年至2023年间所有涉及行政规范性文件附带审查的一审案件,对1496份裁判文书进行了实证分析。^[14]

(一) 法院对行政规范性文件审查的总体情况

本文收集的1496份裁判文书,包括525份裁定书和971份判决书。在525份裁定书中,法院均没有对行政规范性文件进行合法性审查。其中,驳回起诉且没有提及合法性审查的裁定书有485份,驳回起诉但说明了不予审查理由的裁定书有40份。这部分裁判文书之所以未对规范性文件的合法性加以审查,根本原因在于,法院在行政诉讼中对行政规范性文件的审查具有附带性,即必须建立在“主诉”的基础之上。作为主观诉讼的主诉不成立,作为客观诉讼的附带性审查也无所附着。在971份判决书中,法院对行政规范性文件进行合法性审查的共有453份,占判决书总量的46.6%。其中,法院审查后确定行政规范性文件合法的判决书共有427份,确认行政规范性文件违法的判决书共有26份。法院未进行合法性审查的判决书共有518份,占判决书总量的53.4%,其中,以“关联性不足”为由未进行合法性审查的有203份,以“不属于审查范围”为由未进行合法性审查的有171份,以其他理由不审查或仅作形式化审查的有144份。

在以“关联性不足”为由未进行合法性审查的203份判决书中,法院认定行政规范性文件与具体行政行为关联性不足的理由主要有三种:一是被告未直接援引行政规范性文件,如在仇某诉区交通支队行政处罚案、徐某诉市政府房屋征收补偿案中,法院认为被诉行政机关所作行政处罚决定未直接援引行政规范性文件,故拒绝了附带审查请求。^[15]二是被告援引行政规

[11] 参见王春业:《论行政规范性文件附带审查的后续处理》,《法学论坛》2019年第5期,第126页。

[12] 相关实证研究参见江国华、易清清:《行政规范性文件附带审查的实证分析——以947份裁判文书为样本》,《法制现代化研究》2019年第5期,第28页以下;王春业:《论规范性文件一并审查制度的实践偏离与校正——以907个案例为研究样本》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2021年第1期,第81页以下;李明超:《论规范性文件不予一并审查:判断要素及其认定规则——基于1799份裁判文书的分析》,《政治与法律》2021年第4期,第135页以下。

[13] 参见马得华:《我国行政诉讼规范性文件附带审查的模式与效力难题》,《政治与法律》2017年第8期,第77页;何海波:《论法院对规范性文件的附带审查》,《中国法学》2021年第3期,第139页以下;周乐军:《论规范性文件附带审查的“重复审查”》,《比较法研究》2022年第5期,第142页以下。

[14] 笔者委托中国司法大数据研究院进行了检索,检索的时间范围为2018年1月1日至2023年12月31日。

[15] 参见江苏省泰州市中级人民法院(2021)苏12行初1号行政判决书;北京市门头沟区人民法院(2021)京0109行初8号行政判决书。

规范性文件错误，如在金京公司诉区税务局强制执行案中，法院认为被诉行政机关征缴税款的真正依据应该是上位法，而非行政规范性文件，故回避了附带审查。^[16] 三是被告的不作为没有依据行政规范性文件，如在龙某诉区政府征收补偿案中，法院认为行政机关所作的不予补偿决定不以行政规范性文件为直接依据；在王某诉区政府履行法定职责案中，法院认为行政机关的不予赔偿决定没有依据行政规范性文件作出；在宋某诉省社保中心行政不作为案中，法院指出行政机关不作为并不以行政规范性文件为依据，故法院未予审查。^[17]

在以“不属于审查范围”为由未进行合法性审查的 171 份判决书中，法院认定行政规范性文件不属于附带审查范围的具体情形有三种：一是认为被诉行政规范性文件属技术性规范，如在飞驰传媒公司诉市自然资源局行政许可案中，法院以“《中山市户外广告设施设置技术规范》乃技术规范”为由拒绝附带审查。^[18] 二是认为案涉文件属党政联合发文，如在张某诉街道办事处强制拆除案中，法院以“《温州市区整治和查处违法建筑暂行办法》系中共温州市委办公室、温州市人民政府办公室以温委办发〔2011〕89 号文号发布，系党的文件”为由拒绝审查。^[19] 三是认定被告制定文件的行为属具体行政行为，如在张某诉区征管局行政征收案中，法院认为“该办法系澄江办事处为做好盛世御景安置房分配工作所制定”，实际适用于特定范围内的特定对象，故拒绝审查。^[20]

在以其他理由不审查或仅作形式化审查的 144 份判决书中，有的法院以“已经确认行政行为的合法性/违法性”为由拒绝附带审查，如某养殖场诉市资源局行政处罚案、^[21] 马某诉镇政府拆迁补偿案；^[22] 还有部分案件，法院以缺少诉的利益为由拒绝附带审查，如在叶某诉县政府征收补偿案中，法院认为原告的基本诉讼请求已经得到满足，故缺少附带审查的诉的利益，不应予以审查。^[23] 此外，还有 41 份判决书完全没有论及对行政规范性文件的审查，亦未言明不予审查的原因；有 12 份判决书虽然进行了附带审查，但未说明任何审查依据、标准或理由，只给出了审查结论。例如，在刘某诉市政府养老保险给付案中，法院直接省略了审查结果以及过程，仅在判决书中提到，对于原告诉诸审查的规范性文件，“经审查未发现存在违法之处”。^[24]

（二）法院审查行政规范性文件的谦抑倾向

法院对行政规范性文件进行附带审查后，往往不会直接明确地指出行政规范性文件是否违法，而是借助一些模糊表达，绕开对行政规范性文件形式合法性、实质合法性的论证和评价。有的法院仅指出行政规范性文件在哪些方面是合法的，而不对是否违法作出表态。例如，在李某诉区自然资源和规划局行政处罚案中，法院在审查案涉补偿标准时，已经指出标准的补偿数额偏低，但最后仍然以行政规范性文件“制定程序合法”作为审查结论。^[25] 有的法院以“适

[16] 参见黑龙江省哈尔滨市阿城区人民法院（2018）黑 0112 行初 18 号行政判决书。

[17] 参见四川省德阳市中级人民法院（2022）川 06 行初 26 号行政判决书；浙江省杭州市上城区人民法院（2023）浙 0102 行初 271 号行政判决书；河南省郑州航空港经济综合实验区人民法院（2021）豫 0192 行初 103 号行政判决书。

[18] 参见广东省中山市第一人民法院（2020）粤 2071 行初 1557 号行政判决书。

[19] 参见浙江省温州市洞头区人民法院（2022）浙 0305 行初 41 号行政判决书。

[20] 参见安徽省宣城市宣州区人民法院（2020）皖 1802 行初 131 号行政判决书。

[21] 参见大连海事法院（2021）辽 72 行初 12 号行政判决书。

[22] 参见安徽省肥西县人民法院（2019）皖 0123 行初 106 号行政判决书。

[23] 参见浙江省衢州市中级人民法院（2020）浙 08 行初 53 号行政判决书。

[24] 参见辽宁省兴城市人民法院（2022）辽 1481 行初 7 号行政判决书。

[25] 参见湖北省襄阳市襄州区人民法院（2020）鄂 0607 行初 12 号行政判决书。

用法律错误”为由，回避对行政规范性文件的合法性作出评价。在毕某诉区社保局社会保险案和杨某诉市社保局工伤保险案中，法院均认为应优先适用上位法，并以案涉行政规范性文件对审判结果没有影响为由未对其进行合法性审查。^[26]另外，还有一些法院使用了较为委婉的措辞，间接绕开对行政规范性文件的合法性作出否定评价。例如，在张某诉区征管局行政征收案中，法院虽然指出案涉行政规范性文件“不可能绝对科学”，但又认为“该文件无不当之处，且现行有效”。^[27]

行政诉讼法第64条规定，人民法院经审查认为行政规范性文件不合法的，“不作为认定行政行为合法的依据，并向制定机关提出处理建议”。实践中，法院即便通过附带审查认为规范性文件不合法，也很少在正式裁判文书中下结论。在本文统计的案例中，仅有26份判决书对行政规范性文件的合法性作出了否定性评价。其中，有14份判决书指出案涉行政规范性文件在作出裁判时已经被废止或失效；在认定行政规范性文件违法的12份判决书中，有8份判决书在说理过程中极其委婉地指出行政规范性文件违法，但未在审查结果中予以明确；仅有4份判决书在审查结果中明确指出行政规范性文件违法。经法院委婉指出违法的8份行政规范性文件，迄今仍然有效。在法院明确指出行政规范性文件违法的4份判决书中，法院也未对相关行政规范性文件的处理给出建议。在4份违法的行政规范性文件中，最终只有1份在判决作出后当年即被修改。^[28]

（三）存在重复审查现象

由于行政规范性文件只能附随具体行政行为被法院一并审查，在当前的司法实践中，不可避免地存在不同法院对同一行政规范性文件进行重复审查的现象。例如，对于安徽省宿松县针对征收补偿制定的“实施细则”和“安置规定”，安徽省高级人民法院已在生效判决和裁定中审查过一次，但在余某等诉县政府行政规划案、高某诉县政府行政规划案中，不同当事人又对上述行政规范性文件诉请审查。^[29]再如，在陆某诉徐汇区市场监管局投诉举报案中，上海铁路运输法院于2021年对《上海市食品安全举报奖励办法》进行附带审查并作出生效判决。随后，在2022年陆某诉青浦区市场监管局投诉举报案和陆某诉宝山区市场监管局投诉举报案中，上海市闵行区人民法院和浦东新区人民法院又被要求对上述规范性文件进行附带审查。^[30]此外，在润树公司诉市规划和自然资源局土地规划案、李某诉市公安局交通警察支队行政处罚案等案件中，也都出现了生效判决书已对某行政规范性文件进行了审查，之后该文件又被诉请

[26] 参见湖北省十堰市茅箭区人民法院（2022）鄂0302行初86号行政判决书；湖北省武汉市黄陂区人民法院（2022）鄂0116行初63号行政判决书。

[27] 参见山东省济南市市中区人民法院（2021）鲁0103行初52号行政判决书。

[28] 笔者于2024年11月4日对这4份行政规范性文件进行了检索。其中，《启东市既有多层住宅增设电梯指导意见》（启住建〔2018〕131号）已被《启东市既有多层住宅增设电梯指导意见（修订）》（启住建〔2019〕145号）替代；《大兴区关于独生子女伤残死亡家庭特别扶助办法（试行）》（京兴政发〔2012〕32号）、《关于做好工伤保险经办业务流程的通知》（并医险中心字〔2020〕146号）仍然有效；《吉州区中心城区既有住宅加装电梯实施细则》（吉区政府办字〔2020〕20号）第27条规定“本细则自2020年3月1日起施行，有效期为两年”，故该实施细则现已失效。

[29] 参见安徽省安庆市中级人民法院（2020）皖08行初133号行政判决书；安徽省安庆市中级人民法院（2021）皖08行初106号行政判决书；安徽省高级人民法院（2020）皖行终526号行政裁定书；安徽省高级人民法院（2021）皖行终382号行政判决书。

[30] 参见上海铁路运输法院（2021）沪7101行初854号行政判决书；上海市闵行区人民法院（2022）沪0112行初145号行政判决书；上海市浦东新区人民法院（2022）沪0115行初329号行政判决书。

附带审查的情况。^{〔31〕}

二、实践检讨：附带审查是否理想的审查模式

由行政诉讼法及相关司法解释构建起的行政规范性文件附带审查模式，原本旨在发挥客观诉讼的功能，彻底解决抽象行政行为的违法性问题，从而有效定分止争、监督行政。^{〔32〕}但是，依前文分析，当前附带审查模式在定分止争、监督行政方面似乎力有未逮。由于存在启动要件内涵不清、审查标准复杂混乱、结果处理机制效果不佳等问题，法院倾向于“基于多重判断来规避审查”，^{〔33〕}这进一步导致附带审查模式所能发挥的实际作用相当有限。行政规范性文件附带审查是否为理想的审查模式，值得深思。

（一）对行政规范性文件附带审查权力配置的反思

在我国，行政规范性文件之诉附着于具体行政行为之诉，故行政诉讼的管辖制度间接分配了对行政规范性文件的审查权力，而不像德国行政法院法那样将部分较高位阶的法规文件明确交由高级行政法院审查。在现行的附带审查模式下，行政规范性文件附随具体行政争议的管辖制度运转，忽视了行政规范性文件审查权力的配置平衡。实践中，较高层级的行政机关制定的行政规范性文件在适用中引发的具体行政争议经常由基层法院管辖，导致司法对行政的监督权力配置错位，加剧了法院的回避审查和过度谦抑倾向。例如，在刘某诉市社保中心养老保险案中，虽然基层法院附带审查了劳社部（现为人力资源和社会保障部）的行政规范性文件（劳社部发〔1999〕8号），但其不具备深入分析该文件规范内容的审查能力，只能以“上述规定不可能绝对科学……但社保体系的工作原理和处理问题的政策具有特殊性，而且上述问题的出现并非社保体系本身造成”这样一个前后逻辑矛盾的论证，径行认定该文件合法。^{〔34〕}

通过附带审查对行政规范性文件进行监督，除了存在级别管辖权力配置失衡的问题外，地域管辖权力的分配亦存在极大的不确定性和随机性。在附带审查模式下，法院认为被诉具体行政行为所依据的行政规范性文件违法，只能在该案中不予适用，而无法终止行政规范性文件的普遍效力，这就导致一些行政规范性文件的事实力效始终处于“悬而不决”的状态，并随时可能依附于具体行政争议进入司法审查环节，故“理论上可能出现一份文件在两千多家法院接受审查的局面”。^{〔35〕}在不同行政诉讼案件中，不同原告可能对同一个行政规范性文件重复起诉，而法院受审查能力、政策背景、地域环境等因素的影响，得出完全不同的审查结论在所难免。

（二）对行政规范性文件附带审查程序启动要件的反思

行政规范性文件附带审查程序在行政诉讼中的启动，既涉及对规范依据的识别等实体性问题，也涉及对起诉期限的判断等程序性问题。行政规范性文件能够被附带审查，必须符合行政

〔31〕 参见广州铁路运输法院（2021）粤7101行初4350号行政判决书；浙江省杭州市上城区人民法院（2021）浙0102行初281号行政判决书。

〔32〕 参见最高人民法院行政审判庭编著：《中华人民共和国行政诉讼法及司法解释条文理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第336页；马怀德主编：《新编中华人民共和国行政诉讼法释义》，中国法制出版社2014年版，第225页。

〔33〕 薛小蕙：《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》，《山东科技大学学报（社会科学版）》2020年第6期，第63页。

〔34〕 同前引〔27〕。

〔35〕 何海波：《行政诉讼法》，法律出版社2022年版，第565页。

诉讼法第53条所提出的属性要件、依据性要件和附带性要件。从理论上讲,“法律规定原告申请法院审查规范性文件的合法性,是对原告诉权的强调,而不是对原告诉权的限制”。^[36]但是,实践中,法院往往会对相关要件进行限缩性解释,在无形中抬高附带审查的“门槛”,导致大量存有争议的行政规范性文件无法进入法院附带审查的视野,从而背离了行政规范性文件附带审查制度的设计初衷。

首先,在属性要件方面,判断诉请审查的行政规范性文件是否属于行政诉讼法第53条所限定的“国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件”,必须结合形式的规范性、内容的抽象性、主体的行政性、位阶的非立法性、效力的普遍性等标准进行筛选。^[37]由于行政规范性文件与部门规章、联合发文之间存在区分上的困难,许多法院难以依法启动附带审查,甚至错误地“以不符合启动要件”为由驳回附带审查请求。故对于“启动要件”不能仅作形式判断而忽视实体性规范内容,对涉诉规范性文件是否属于“国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件”,仍需深入考察实体规范内容,关注其实际调整的法律关系。

其次,在依据性要件方面,需要判断被诉具体行政行为是否依据行政规范性文件作出。根据依法行政原则,行政机关作出具体行政行为时必须有合法性依据,并负有证明行政行为合法性的说明义务。通常来说,行政机关依行政规范性文件作出具体行政行为时,会在相关文书中载明或释明所依据的行政规范性文件,但行政机关也可能遗漏甚至故意隐瞒所适用的行政规范性文件,^[38]这就使具体行政行为的规范依据在事实上存在“显性”和“隐性”两种状态。实践中,在以不满足依据性要件为由不启动附带审查程序的多数案件中,法院都未对是否存在“隐性依据”进行明确判断。由此可见,对于“显性依据”需要作形式审查,因为行政机关可能存在错误适用行政规范性文件的情形;而对于“隐性依据”则必须作实质审查,以防止行政机关规避行政规范性文件附带审查的情况出现。

最后,在附带性要件方面,行政规范性文件附带审查在程序上必须附着于对具体行政行为的“主审查”。行政诉讼法第53条规定的“可以一并”请求对行政规范性文件进行审查,同行政复议法第13条规定的“可以一并”提出对行政规范性文件的附带审查请求表意相同。但是,根据2018年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(以下简称“2018年行诉法解释”)第146条的规定,在行政诉讼中附带请求对行政规范性文件进行审查,必须在一审开庭前一并提出,有正当理由亦可在法庭调查中一并提出,而根据《行政复议法实施条例》第26条的规定,自申请复议时起至复议决定作出前,行政相对人都可提出对行政规范性文件进行附带审查。相比行政复议法的规定,行政诉讼法的规定更为严格,这也一定程度上提高了在行政诉讼中开展附带审查的“门槛”。

(三) 行政规范性文件附带审查结论的执行效力困境

附带审查结论的法律效力在理论上存在三种可能:一是使行政规范性文件绝对丧失效力,并使得据此作出的所有具体行政行为失效;二是使行政规范性文件即时失效,但不溯及既往;三是不影响行政规范性文件的普遍效力,相关文件仅在个案中不作为认定具体行政行为有效的

[36] 前引[13],何海波文,第146页。

[37] 参见陈运生:《规范性文件附带审查的启动要件——基于1738份裁判文书样本的实证考察》,《法学》2019年第11期,第165页以下。

[38] 例如,在王某诉县公安局治安行政处罚案中,直到法院终审时,行政机关才提出两份行政规范性文件作为证明行政行为合法性的依据,导致行政规范性文件附带审查程序未能及时启动。参见四川省雅安市中级人民法院(2016)川18行终74号行政判决书。

依据。按照学界通说和司法实践的观点，行政规范性文件的附带审查结论目前仅具个案效力。这是因为，行政诉讼法上关于行政规范性文件只能被“附带”审查的规定，仅赋予法院在个案中审查行政规范性文件并判定其是否适用于该案的权责。根据“2018年行诉法解释”，法院在个案处理后只能采取三种措施：一是向行政规范性文件的制发机关提出司法建议；二是抄送制发机关的同级人民政府、上级行政机关、监察机关以及行政规范性文件的备案机关；三是报送上一级人民法院备案。简言之，法院经附带审查得出行政规范性文件违法的结论，仍然有可能触发其他系统的审查机制。倘若行政系统、监察系统以及其他行政规范性文件的备案机关，能够迅速且公正地对行政规范性文件进行分类处理，那么行政规范性文件附带审查机制仍有可能高效运转。然而，上述三种措施本身缺乏必要的执行效力，其他部门系统能否完全接受法院的审查结论并采取行动，实难预测。

事实上，一些行政规范性文件被法院认定为违法后，在相当长的时间内，都不会被行政机关清理。例如，在徐某与县社会医疗保险事业处不予报销医疗费用案中，原告于2015年向法院提起行政诉讼，并请求附带审查《2014年五莲县新型农村合作医疗管理工作实施办法》（莲卫字〔2014〕2号）第5条第2款，该款规定“参合农民到市外就医，必须到政府举办的公立医疗机构”。法院经审查认为，该条款与上位法的相关规定不符，不能作为认定行政行为合法的依据。^[39]然而，制定机关并未及时对案涉行政规范性文件进行修改或清理，在后续的刘某与县社会医疗保险事业处卫生行政管理案中，刘某也对上述实施办法第5条第2款提出了附带审查请求。^[40]附带审查结论执行效力的有限性，极大影响了附带审查制度的权威性。对此，有学者指出，执行效力的问题根本上是裁判类型的问题，是行政规范性文件到底应采附带审查还是直接审查的问题。^[41]倘若维持目前的附带审查模式，法院对行政规范性文件的审查依旧会附着于对具体行政行为的审查，那么诉讼结论就不可能超越个案而产生及于不特定第三人的普遍效力。只有允许公民直接诉请审查行政规范性文件，使审查目的朝着监督客观法秩序的方向强化，允许法院作出具有普遍约束力的确认无效判决或撤销判决，才能彻底解决裁判结论的执行效力问题。

（四）行政诉讼附带审查与行政复议附带审查的衔接不畅

针对行政规范性文件，行政诉讼附带审查与行政复议附带审查在功能上有所重合，但行政诉讼法没有规定二者的衔接问题。从本质上讲，行政规范性文件审查可以分为适用性审查和效力性审查，前者主要审查行政规范性文件在具体适用中的合法性、合理性、关联性 etc 个案性问题，后者侧重于审查行政规范性文件本身存续的合法性、合理性等普遍性问题。在当前的附带审查模式下，行政诉讼以主观诉讼为主，以解决个案争议为目标，故法院对行政规范性文件的附带审查属于适用性审查；但行政复议在解决个案争议外还承担着层级监督的任务，故行政复议机关对行政规范性文件的附带审查既包括适用性审查，也包括效力性审查。

在附带审查的专业性、实效性、执行力等方面，行政诉讼往往不及行政复议。如果行政规范性文件已在行政复议中受到审查，法院在行政诉讼中往往遵循司法尊让原则，不再对其进行审查。在附带审查的管辖级别上，行政诉讼往往也不及行政复议。在行政诉讼中，行政规范性

[39] 参见山东省日照市中级人民法院（2016）鲁11行终9号行政判决书。

[40] 参见山东省日照市中级人民法院（2017）鲁11行终99号行政判决书。

[41] 参见王锴：《规范性文件只能被附带性审查吗？——兼评袁勇教授的〈规范性文件的司法附带审查〉一书》，载胡锦涛主编：《备案审查研究》2023年第3辑，中国民主法制出版社2023年版，第197页。

文件的审查管辖附随具体行政行为的诉讼管辖,故经常出现审查权力的配置错位。相形之下,行政复议法第56条规定,对行政规范性文件的附带审查申请,行政机关有权处理的依法处理,无权处理的转送有权处理的行政机关依法处理。此处,“有权处理的行政机关”要么指行政规范性文件制定机关的上级行政机关,要么指有权领导或监督该文件制定机关的所有机关。〔42〕显然,对于经过较高层级行政机关复议审查的行政规范性文件,法院在审查时自然会更加谦抑和克制。基于上述原因,行政规范性文件经过复议审查后进入司法诉讼审查环节,法院可能采取两种处理方式。一是法院直接援引复议决定对行政规范性文件的判断。例如,在温州市鹿城区紫金园业主委员会诉市自然资源和规划局行政许可案中,法院直接认定被告温州市政府“经听证、延长复议期限、行政复议中止、恢复、行政规范性文件审查等程序……维持被诉规划许可”符合法律规定,不再附带审查。〔43〕二是法院仅仅审查复议决定而回避审查行政规范性文件。例如,在孙某诉市人民政府征收补偿案中,法院论述称:“因本案被诉行政行为是被告作出的复议决定,原告提出的鉴定人员出庭接受质询、审查征收规范性文件等主张不在本案中审查。”〔44〕由于行政复议中对行政规范性文件的附带审查结论并不在复议决定主文中,故也非直接的司法审查对象,这就加剧了行政规范性文件复议审查和司法审查的脱节。

三、行政规范性文件直接审查模式的法理证成

在“无具体行政行为审查即无行政规范性文件审查”的附带审查模式下,法院即便在司法审查时发现行政规范性文件才是导致具体行政行为争议的根源,也无力实质性化解,由此导致“案结事不了”。为此,有学者建议赋予人民检察院对行政规范性文件制定机关提起行政公益诉讼的权利。〔45〕但是,在不改变附带审查模式的情况下,人民检察院提起公益诉讼并不能从根本上解决问题。根据《法规规章备案审查条例》第12条,人民法院认为部分行政规范性文件存在合法性问题,可以向国务院书面提出审查建议,由国务院备案审查工作机构研究并提出处理意见。〔46〕但是,由于行政规范性文件数量庞大,这种制度安排并不足以应对繁杂的行政规范性文件治理问题。整体来看,只有推动行政规范性文件附带审查向直接审查转型,切实强化法院对行政机关依法行使职权的监督,才能从根本上解决问题。

(一) 直接审查模式的比较优势

首先,直接审查模式可以提升法院对行政规范性文件审查的全面性。在制度运作逻辑上,将行政规范性文件作为直接审查对象,意味着对行政规范性文件的审查不再依附于对具体行政行为的审查,所有的行政规范性文件均可被纳入司法审查范围,行政机关也无法再通过遗漏甚至隐瞒具体行政行为依据的方式来逃避法院对行政规范性文件的审查。

〔42〕 参见王锡铤、俞祺:《行政复议规范性文件审查的困境及功能优化》,《浙江社会科学》2024年第2期,第51页。

〔43〕 参见浙江省温州市鹿城区人民法院(2019)浙0302行初463号行政判决书。

〔44〕 参见江苏省徐州市中级人民法院(2019)苏03行初136号行政判决书。

〔45〕 参见张彬:《行政公益诉讼监督规范性文件的实践探索与路径优化》,《行政法学研究》2024年第6期,第114页;刘加良:《行政公益诉讼中被告依法履行职责的判断标准及其程序应对》,《国家检察官学院学报》2022年第2期,第148页以下。

〔46〕 《法规规章备案审查条例》第12条规定:“国家机关、社会组织、企业事业单位、公民认为地方性法规同行政法规相抵触的,或者认为规章以及国务院各部门、省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府发布的其他具有普遍约束力的行政决定、命令同法律、行政法规相抵触的,可以向国务院书面提出审查建议,由国务院备案审查工作机构研究并提出处理意见,按照规定程序处理。”

其次，直接审查模式能够将权利救济的时机提前，从而降低司法成本和社会成本。我国的行政诉讼制度以行政行为为中心，是一种事后救济制度。在附带审查模式下，假如某行政规范性文件存在合法性问题，行政相对人只能在行政机关据之作出行政行为后，才能向法院诉请相应的救济。事后救济的系统性缺陷就在于，不能确保损害填补的及时性和完整性。程序法律制度设计的目标，就是最小化社会成本。^[47]如果在行政规范性文件发布后、行政行为作出前，法院能对行政规范性文件的合法性进行审查，相对人获得权利救济的时机就将大大提前，司法制度成本和其他的社会成本也将显著降低。若行政规范性文件可以直接作为诉讼标的，直接审查所形成的司法结论就能具备普遍效力，如此，既可以避免附带审查模式下的“重复审查”现象，也可有效减少因违法行政规范性文件的广泛适用而引发的纠纷。

最后，直接审查模式将极大增强司法审查结论的效力刚性。附带审查结论本身并非判决主文的一部分，不具有法院判决所具有的一般效力，故无法直接约束行政机关。直接审查模式将赋予审查结论普遍约束力，从而解决附带审查结论约束力不足的问题。这不仅能够提高法院审查行政规范性文件的权威性，更能有效维护客观法秩序的统一，满足现实中对行政规范性文件严格审查、有效审查的迫切需求。“法院与行政机关之间的遵从协商”被视为“行政法的最后阶段”，^[48]直接审查也将有助于法院在秉持公正司法原则的基础上，与行政机关在法定范围内展开“协商”对话。当法院对行政规范性文件的审查结论可以如同对行政行为的判决结果那样写入判决主文，行政机关就必须遵从法院的判决，对违法的行政规范性文件及时进行纠错处理，否则将构成行政不作为。

（二）直接审查模式的现实基础

国内外政府改革经验均表明，要控制行政权力，很大程度上需要依赖行政自制发挥作用。^[49]行政自制通过内部控制、自我监督的方式治理行政规范性文件，更为直接有效，也更具有专业优势和灵活性优势。^[50]但是，行政自制中的行政内部审查往往具有运动式治理的特点，行政规范性文件的修改、废止多在定期或专项清理的过程中开展，很少在常态化的备案审查中进行。这就决定了，司法对行政的“异体监督”不可或缺，通过常态化的司法机制监督审查行政规范性文件，能更有效地维护客观法秩序和主观公权利。

我国行政诉讼制度的现有架构，为附带审查向直接审查的转型奠定了制度基础。2014年修改的行政诉讼法及后续相关司法解释所确定的附带审查制度，是通过法院监督审查政府抽象行政行为的重要尝试，标志着法院已经开始影响以往难以直接接触及的行政决策层面。就此而言，直接审查制度的建立是对现有权力监督格局的深化，也可以认为，直接审查与附带审查并无本质之区别，而仅在强度上存在差异。附带审查模式的制度实践为直接审查模式的建构奠定了基础。首先，根据行政诉讼法第53条，行政规范性文件已经进入行政诉讼的“审查范围”。其次，“2018年行诉法解释”第148条已经明确了行政规范性文件“不合法”的具体情形。最后，我国行政诉讼制度总体上是围绕撤销诉讼建构的，对于确认判决、撤销判决等判决类型

[47] 参见 [美] 罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，史晋川等译，格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社 2012 年版，第 379 页。

[48] See N. R. Parrillo, *The Endgame of Administrative Law: Governmental Disobedience and the Judicial Contempt Power*, 131 (3) *Harvard Law Review* 685-794 (2018).

[49] 参见付光伟：《依单制权：地方政府权力清单制度的实践逻辑》，中国经济出版社 2022 年版，第 205 页。

[50] See Sidney Shapiro, Elizabeth Fisher & Wendy Wagner, *The Enlightenment of Administrative Law: Looking inside the Agency for Legitimacy*, 47 *Wake Forest L. Rev.* 463 (2012).

的规定较为全面,无论将直接审查的判决方式定位为确认判决还是撤销判决,都不会超出现有行政诉讼判决类型的范围。

那么,法院是否具备开展直接审查工作的能力呢?实践中,原告诉请审查行政规范性文件的案件数量相对而言并不大。以北京市为例,2022年全市各级行政复议机关共收到行政复议申请14898件,全市法院一审行政案件数量为8889件,^[51]而北京市2021年至2023年间,每年制发备案的行政规范性文件数量约为500件,^[52]在行政复议和行政诉讼中请求审查行政规范性文件的案件数量并不多。而且,在现有的附带审查制度框架内,法院事实上已经预先配置了一部分资源用于行政规范性文件的审查工作,并在附带审查的长期实践过程中积累了审查经验和能力。审查模式的转型或许会在一定程度上加大法院的审查负担,但长远来看,这种负担是值得的,也是可控的。

(三) 直接审查模式的法理基础

我国行政诉讼法第1条规定了“监督行政机关依法行使职权”的立法目的。制发行政规范性文件是行政机关依法行使职权的重要方式,如果否认法院有权对行政规范性文件进行监督审查,那么司法审判监督权也便不再完整。正如有学者提出的,“如果认为对抽象行政行为的审查、批准和撤销的权限归各级人大或者制定文件的行政机关的上级机关的话,势必导致取消行政诉讼”。^[53]行政诉讼制度的确立本身就意味着,所有行政行为的效力在司法审查的视野下都是存疑的,“无论该行为的对与错、合法与违法,只要它并不是法律规定的由行政机关终局决断的行为,就存在当事人因对之不满而诉诸法院的可能性”。^[54]“行政过程可以分为制定行政规范和作出行政行为两部分。”^[55]这两部分构成从行政决策(制发规范性文件)到行政处理(作成具体行政行为)的完整“行政过程”,很难被切割开来,故均应当在法院的审查范围之内。不论面对抽象行政行为还是具体行政行为,法院都应当“在其主管权限之内审查行政机关遵守法律的情况”。^[56]

“完全的司法审查权应当包括裁判权”,^[57]行政规范性文件直接审查制度是司法终局性原则的直接体现,直接审查的结论应当具备最终的强制性和裁断性。当前,我国对于行政立法权的监督包含行政内部核查、人大备案审查和司法附带审查三部分。附带审查与其他权力监督机制在强度上无法匹配,故应妥善平衡依法行政目标与行政管理效率需求之间的紧张关系,^[58]“兼顾行政诉讼的主观性与文件审查的客观性”。^[59]只有将行政规范性文件作

[51] 参见《2022年北京市行政复议和行政应诉工作白皮书》, <https://sfj.beijing.gov.cn/sfj/sfdt/sfxzyw59/326073270/index.html>, 2024年8月23日最后访问。

[52] 2021年至2023年,北京市司法局备案登记的规范性文件数量分别为497件、493件、526件。参见《北京市司法局关于2021年度北京市行政规范性文件备案情况的通报》, <https://sfj.beijing.gov.cn/sfj/index/483226/325924379/index.html>;《北京市司法局关于2022年度北京市行政规范性文件备案情况的通报》, <https://sfj.beijing.gov.cn/sfj/index/483226/326025959/>;《北京市司法局关于2023年度北京市行政规范性文件备案情况的通报》, <https://sfj.beijing.gov.cn/sfj/index/483226/436345624/>。均于2024年11月7日最后访问。

[53] 梁风云:《新行政诉讼法讲义》,人民法院出版社2015年版,第289页。

[54] 杨伟东:《行政行为司法审查强度研究——行政审判权纵向范围分析》,中国人民大学出版社2003年版,第16页。

[55] 章剑生:《现代行政法总论》,法律出版社2014年版,第30页。

[56] 前引[4],毛雷尔书,第103页。

[57] 黄学贤:《行政规范性文件司法审查的规则嬗变及其完善》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2017年第2期,第84页。

[58] 参见程程、闫尔宝:《规范性文件司法审查强度刍议》,《湖南社会科学》2022年第2期,第98页。

[59] 赵雪雁:《论规范性文件附带审查级别管辖的改革因应》,《江苏社会科学》2023年第1期,第161页。

为司法直接审查的对象，法院才有权对行政规范性文件的合法性进行最终确认，并在监督强度上超越其他的权力监督机制。

总之，从附带审查模式转向直接审查模式，应是我国行政诉讼改革的重要方向。使法院对行政规范性文件的合法性作出具有普遍效力的权威认定，不仅能够有效消除行政规范性文件与上位法律规范之间的冲突和矛盾，有助于我国统一、协调的法律法规体系的形成，也能及时纠正违法的行政规范性文件，确保行政权力在法治轨道内运行，更有利于体现公正司法作为维护社会公平正义最后一道防线的作用，满足“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”的期待。^[60]

四、行政规范性文件直接审查模式的制度建构

实践证明，附带审查不是理想的行政规范性文件审查模式，要彻底解决实践中暴露出的各种问题，必须转变理念，建构行政规范性文件的直接审查模式。法院对行政规范性文件的直接审查应与行政复议、备案审查相互配合，形成一个以“行政自制—司法审查—人大监督”为手段，由“复议审查前置—司法审查中置—备案审查终置”三部分构成的规范监督审查体系。行政诉讼中的直接审查制度处在这一监督审查体系的中间环节，其基本构造和审查内容可按以下思路展开。

（一）直接审查的基本构造

1. 复议前置

依据行政自制与司法监督相结合的原则，行政自制在行政规范性文件治理中应优先发挥作用，相关主体在直接诉请法院对行政规范性文件进行合法性审查前，应先穷尽基于行政自制的救济方式。^[61]将行政复议程序作为启动行政诉讼直接审查程序的前置要件，发挥行政复议化解行政争议的主渠道作用，能够减轻我国法院承担“国家政策实施”任务的压力。^[62]此外，行政复议程序前置还有助于为行政诉讼直接审查程序完成确立管辖、收集证据等准备工作，化解行政规范性文件附带审查所面临的审查权力配置失衡问题。在行政复议前置的情况下，由行政规范性文件的制发机关作为行政复议的被申请人和行政诉讼的被告，行政复议机关、司法审查机关随之确定，可以有效避免对行政规范性文件的重复审查。行政复议前置也能满足行政规范性文件审查专业性的需要。行政机关作为“知识最渊博的分支”，制定规范性文件时会将其管辖范围内的客观情况纳入考虑，行政规范性文件也因此比法律、行政法规等更高层级的规范在内容上更加精细化、更具操作性，而法官“不可能充分了解行政官员必须处理的各种问题”，^[63]行政复议前置可以率先为法院提供一个相对完整的行政专业意见，作为后续司法审查的参考。

2. 诉请资格

行政规范性文件的直接审查主要呈现为一种客观诉讼，但对原告资格必须有所限制。如果

[60] 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社2020年版，第22页。

[61] 参见周佑勇：《行政复议的主渠道作用及其制度选择》，《法学》2021年第6期，第25页。

[62] 参见余军、张文：《行政规范性文件司法审查权的实效性考察》，《法学研究》2016年第2期，第55页。

[63] See Cass R. Sunstein, *The Most Knowledgeable Branch*, 164 (7) *University of Pennsylvania Law Review* 1607-1648 (2016).

任何人都可以提起行政规范性文件审查之诉,行政诉讼就可能陷入“民众诉讼”的泥淖,法院也将不堪重负。为此,直接诉请审查的主体应当限定为行政规范性文件所设定的权利义务的承担对象。为判定原告资格,法院需从以下方面进行审查。首先,原告受到行政规范性文件干预的权益应当是受法律保护的权利或利益,而不包括反射利益,这一点应当与现有的行政诉讼原告资格判定标准保持基本一致。^[64]其次,原告必须与行政规范性文件的实施具有直接、明显的利害关系,即“可能发生的权利侵害,必须是恰好由规范,或者通过对此规范的运用造成的(因果关系)。从而就不应考虑某种间接的,或者纯粹事实上的影响”。^[65]最后,行政规范性文件往往普遍适用于不特定对象,故即便严格限制原告资格,依然可能有众多主体满足原告资格。因此,有必要将代表人诉讼制度、公益诉讼制度与提起行政规范性文件审查之诉的原告资格相联结。当原告人数超过一定数量(如达到50人以上)时,应当依据行政诉讼法第28条有关代表人诉讼的相关规定,由原告推举出数位代表人进行起诉。当然,如果受行政规范性文件影响的人数众多,由人民检察院提起公益诉讼亦有充分的正当性,“从公益保护范围上看,客观诉讼机制可将公益保护范围从保护受损的具体公益拓展到保护既定的制度公益”。^[66]

3. 申请期限

为行政规范性文件的直接审查设置一个合理的申请期限,是依法行政和维护法安定性的需要。对于审查申请期限的设定,应当综合考虑以下两个因素:一是及时监督审查行政规范性文件的需要。行政规范性文件的发布数量多、更新频率快,设置申请期限的目的在于催促行政相对人尽快诉请审查,从而及时纠正不合法的行政规范性文件。二是维护行政秩序的安定性利益。违法可撤销的行政规范性文件存在“待定的有效”与“待定的无效”两种效力状态,^[67]但在被法院确认违法及正式撤销之前,行政规范性文件实际上具有“事实构成的效力”,即“一切国家机关都必须遵守(有法律效力的)行政行为,并且把给定的事实构成作为其决定的根据”。^[68]若一个行政规范性文件在颁布后相当长时间内未被提起监督审查,不仅说明它已经被社会生活所接受,而且说明社会公众已经对其产生了信赖,故司法机关不宜再生变动,而更宜保护由此产生的行政秩序的安定性利益。因此,在复议前置的情况下,可以考虑将单独对行政规范性文件本身提起复议的期限设定为行政规范性文件发布后60日内,申请人对行政复议机关的行政规范性文件审查决定不服的,应在决定作出之日起15日内提起行政诉讼。将对行政规范性文件提起复议的期限设定为行政规范性文件发布后60日内,不仅与我国行政复议法第20条所规定的对行政行为提起复议的期限相匹配,也符合贯彻依法行政和维护法的安定性之需要。

4. 裁判方式

我国实定法并未规定行政诉讼类型制度,^[69]且是否明文规定诉讼类型“仅具有形式意义

[64] 近年来,也有部分学者主张用保护规范理论帮助判定原告资格。参见赵宏:《保护规范理论的历史嬗变与司法适用》,《法学家》2019年第2期,第12页以下;王天华:《有理由排斥保护规范理论吗?》,《行政法学研究》2020年第2期,第35页以下。

[65] [德]弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社2003年版,第351页。

[66] 刘艺:《构建行政公益诉讼的客观诉讼机制》,《法学研究》2018年第3期,第49页。

[67] 耿林:《强制规范与合同效力:以合同法第52条第5项为中心》,中国民主法制出版社2009年版,第329页。

[68] [德]埃贝哈德·施密特—阿斯曼等:《德国行政法读本》,于安译,高等教育出版社2006年版,第220页。

[69] 1989年起草行政诉讼法时“曾讨论过诉讼类型化的问题”,但因为种种考虑最终没有采取类型化的做法。参见海波编:《行政法治奠基时:1989年〈行政诉讼法〉史料荟萃》,法律出版社2019年版,第415页。

上的区别,不会对行政诉讼制度的具体构造形成实质影响”,〔70〕判决类型制度可以发挥与诉讼类型相似的功能。从域外制度实践看,行政规范性文件审查之诉在德国和日本也很难被称为完整的诉讼类型。德国“对于诉的类型的规范只是‘例举性的’,而不是‘列举性的’”。〔71〕在日本,规范审查之诉的地位同样接近于无名之诉,“抽象地争议法令效力的规范统制诉讼,是《行政案件诉讼法》所没有预定的”,〔72〕而是通过“活用当事人诉讼”等改造诉讼类型的方式创设的。〔73〕所以,我国行政规范性文件审查制度从附带审查转向直接审查,仅需明确判决类型即可,没有单独创设新的诉讼类型和裁判方式之必要,由此可以减少制度改革的阻力和成本。

根据审查结果,行政规范性文件直接审查的判决类型应当包括驳回诉讼请求、撤销行政规范性文件、确认行政规范性文件违法和确认行政规范性文件无效。驳回诉讼请求适用于原告的诉讼请求不能成立的情形。法院在审查后认定行政规范性文件不合法,可以分别适用三种判决方式:一是撤销判决。撤销判决是我国行政诉讼的主要判决类型,同样应适用于行政规范性文件的审查。若行政规范性文件存在违法情形,法院应当作出撤销判决,从而让违法的行政规范性文件丧失法律效力。二是确认行政规范性文件违法,包括确认文件全部违法、部分条款违法、制定程序违法、存在轻微瑕疵等。在行政规范性文件违法但不能撤销或不宜撤销的情况下,法院可以作出确认判决。例如,在法院拟作出撤销判决之前,被诉的行政规范性文件已经被其他有权机关撤销,在此情况下,如原告不撤诉,法院只能作出确认违法的判决。三是确认行政规范性文件无效。如果行政规范性文件存在重大且明显违法的情形,法院应当作出确认无效判决。对于确认无效判决的适用,可以参照我国行政诉讼法第75条和“2018年行诉法解释”第99条的明确规定。

(二) 审查内容

审查内容,即审查机关从哪些方面来判断行政规范性文件是否合法。例如,根据法国最高行政法院的判例发展,法院对行政条例的审查标准为:无权限、形式上的缺陷、权力滥用、违反法律。〔74〕若一项行政条例存在上述审查标准中的情形,法国最高行政法院可宣布其无效。根据我国附带审查的实践经验,直接审查的内容应包括制发主体的职权合法性、文件内容合法性、制定程序合法性。

1. 审查制发主体职权合法性

评价行政规范性文件的合法性,核心在于判断制定这些文件的主体是否具备法定资格。〔75〕这主要涉及两方面的审查。

其一,审查文件制发机关的权力来源是否合法。对权力来源的审查主要是审查行政机关是否具备补充、变通或细化相关法律法规、规章或上级行政机关制发的行政规范性文件的权力。除法律法规的具体授权外,行政机关制定行政规范性文件的权力还大量来源于概括性授权,即基于宪法和组织法中规定的行政职权来制定行政规范性文件。例如,宪法第89条第1项规定

〔70〕 刘飞:《行政诉讼类型制度的功能》,《法学研究》2013年第5期,第42页。

〔71〕 刘飞:《行政诉讼类型制度探析——德国法的视角》,《法学》2004年第3期,第45页。

〔72〕 [日]盐野宏:《行政救济法》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第189页。

〔73〕 孙首灿:《规范性文件的直接司法审查方式》,《华侨大学学报(哲学社会科学版)》2020年第5期,第118页。

〔74〕 参见前引〔9〕,王名扬书,第534页。

〔75〕 参见徐肖东:《行政诉讼规范性文件附带审查的认知及其实现机制——以陈爱华案与华源公司案为主的分析》,《行政法研究》2016年第6期,第79页。

国务院具有依法“规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令”的职权；宪法第90条规定各部、各委员会依法在本部门权限内发布命令、指示和规章；地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法第73条规定，县级以上的地方各级人民政府具有“规定行政措施，发布决定和命令”的职权。

其二，审查制发行政规范性文件的行为是否超越事务管辖权。超越职权是指行政机关行使了法律法规、规章没有赋予该机关的权力，对不属于其职权范围内的事务进行了处理，或者逾越了法律法规、规章所设定的必要限度等。对于是否超越事务管辖权，主要从以下方面进行判断：一是行政规范性文件规定的事项是否进入了社会自治领域的事务范畴，是否存在以行政权力方式干涉纯粹意思自治领域事务的情形；二是行政规范性文件规定的事项是否进入了非行政的其他国家机关的事务范围，如涉及了应由立法机关、司法机关等其他国家机关负责的事务范畴；三是行政规范性文件规定的事项是否进入了另一个行政机关的事项范围，即实质上越权行使其他行政机关的职权。上述情形具备其一，即构成超越事务管辖权。

2. 审查文件内容合法性

行政规范性文件内容的合法性是行政规范性文件具备法律效力并得以有效执行的基础。对规范内容合法性的审查，主要从是否违背上位法规范，是否存在明显不当两方面展开。其一，审查行政规范性文件是否违背上位法。“不违背上位法”是对行政规范性文件内容合法性的基本要求。“所谓法与法之间的‘抵触’，系指上位法与下位法针对同一事项作出规定，下位法与上位法的规定内容不一致，即下位法的规定违背了上位法的原则和条文。”〔76〕行政规范性文件所明确的行为要件和法律后果，不得与其依据的法律或行政法规相互冲突。其二，审查行政规范性文件是否存在明显不当的内容。“明显不当”是指行政机关违反比例原则、无正当理由区别对待、违背现行裁量基准、未适用裁量基准。〔77〕法院围绕行政规范性文件内容是否“明显不当”进行审查，主要从制定目的是否不当、是否显失公平正义的角度作出司法评价。就行政规范性文件的审查标准而言，明显不当是指明显违反了行政法的基本原则，如尊重和保障人权原则、比例原则、平等对待原则和公平原则等。在司法实务中，法院对明显不当的审查大多不局限于对规则字面意思的理解，而是综合考虑行政规范性文件的制定目的和所依据的事实进行全面审查。

3. 审查制定程序合法性

制定行政规范性文件必须严格遵循法定程序，在“法无明文程序规定”时，应当满足最低限度的正当程序要求。〔78〕如遗漏了审议或公开等关键步骤，相关的行政规范性文件将因违反法定程序或正当程序而被评价为违法。值得注意的是，“违反法定程序”这一表述通常指的是未能按照法律规定完成所有程序环节，行政规范性文件制定程序的合法性并不需要被进一步细分为程序环节的合法性和程序行为的合法性。这主要是因为，行政规范性文件的制定程序、制定主体的资格以及实体行为的条件等，都是由构成性规范所设定的。从法律后果的角度来看，违反构成性规范的行政规范性文件制定活动，与实体行为和程序行为违反调整性规范的情况有本质差异，故在审查时有必要进行清晰的区分。

〔76〕 胡建森：《法律规范之间抵触标准研究》，《中国法学》2016年第3期，第18页。

〔77〕 参见前引〔35〕，何海波书，第337页。

〔78〕 关于规范性文件要遵循最低限度的正当程序要求的讨论，参见前引〔10〕，张浪文，第44页。

结 语

抽象行政行为的司法审查问题历来备受关注，甚至被比喻为“游荡在行政诉讼法律适用”上空的一个幽灵，成为“研究行政诉讼法律适用一个必须面对、无法逃避的问题”。〔79〕按照法治主义的控权逻辑，既然无法证伪“掌权者具有滥用权力的天性”，那就必须正视行政内部控制中存在的法律风险。〔80〕在以行政自制为主的内部控制的基础上，于司法监督之外部控制中构建行政规范性文件直接审查制度，能够实质性推动解决行政规范性文件的治理难题。从行政规范性文件的附带审查模式到直接审查模式的转型，需要通过修法实现。具言之，需要对行政诉讼法第53条进行修改，删除限定审查的“一并”二字，并将行政复议法第13条中的“附带审查”修改为“直接审查”，再通过配套制度的建构，探索形成行政规范性文件“复议审查前置—司法审查中置—备案审查终置”的联动审查机制体系。本文对直接审查模式制度建构的初步探析较为偏重程序性内容。要充分发挥司法监督作用，助推法治政府建设高质量发展，未来还需对直接审查的审查标准、审查强度等问题进行更深层次的研究。

Abstract: The Administrative Litigation Law, revised in 2014, formally establishes the incidental review system for administrative normative documents. In the past ten years of judicial practice, courts have always maintained a modest attitude towards the review of administrative normative documents. Administrative normative documents that have been confirmed to be illegal are rarely corrected. The same administrative normative document is often reviewed repeatedly in different cases. The reason is that the incidental review model has institutional flaws in allocating review powers, initiating review procedures, implementing review conclusions, and connecting reconsideration reviews and litigation reviews, and these problems are difficult to solve through partial system optimization. Compared with the incidental review model, the direct review model has significant comparative advantages. The construction of a direct review model has also sufficient legal basis and institutional space under the overall structure of China's current administrative litigation system. In the future, the provision on “concurrently...when filing a complaint against an administrative action” in Article 53 of the Administrative Litigation Law and the incidental review clauses in the Administrative Reconsideration Law should be deleted and a model of direct review with prestaged reconsideration of administrative normative documents should be established instead. In the specific system construction, the qualifications of plaintiff should be strictly controlled, a limited application period should be established, the judgment method should be clarified, and the review content should be defined.

Key Words: administrative litigation, administrative reconsideration, administrative normative documents, incidental review, direct review, legality review

〔79〕 杨海坤、章志远主编：《行政诉讼法专题研究述评》，中国民主法制出版社2006年版，第362页。

〔80〕 See Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, Harvard University Press, 1974, pp. 289-290.