

规范性文件行政复议制度

张淑芳*

内容提要:行政复议法第7条确立了规范性文件行政复议制度。然而,该制度在操作过程中存在较大困难,导致该制度形同虚设,给行政法治实践制造了诸多新的问题。其根本原因在于,规范性文件行政复议的理论困乏。有必要在行政法理论上给规范性文件行政复议一个初步的定位,如对公民完全诉愿权的肯定、对规范化层级行政监督权的肯定、对全面司法审查的隐含肯定等。通过定位合乎逻辑地建立起理性的规范性文件行政复议制度,该制度的实质在于使规范性文件行政复议独立化、全面化,并强化复议机关审查的权威性。

关键词:完全诉愿权 行政层级监督 标准化诉愿制度

《中华人民共和国行政复议法》第7条规定:“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:(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。该款所列规定不含国务院部、委员会规章和地方人民政府规章。规章的审查依照法律、行政法规办理。”该条首次在我国行政法中确立了规范性文件行政复议制度,一定意义上讲其是对我国行政法治的一大发展。但是,该制度确立以后无论在行政法治实践还是行政法学界都褒贬不一,且各派观点似乎都能找到自己的理由。对规范性文件行政复议制度持肯定态度的学者认为,该制度开了我国规范性文件司法性审查的先河,无论其效果如何都必将对我国行政法治产生良好影响。持否定态度的学者有两派意见,一派认为规范性文件行政复议的力度应当再大一些,可以对各种规范性文件甚至行政规章也进行复议审查。另一派则认为,既然行政诉讼中没有抽象行政行为的审查,那么就不应在行政系统内部建立审查制度,即使建立也会流于形式。^[1]笔者认为造成此种现象的原因是多方面的,但其中最根本的原因还在于规范性文件行政复议理论准备之不足。正是基于此,本文将探讨规范性文件理论问题为根本,并结合我国该制度操作过程中的问题对其进行较为系统

* 华东师范大学法律系副教授。

[1] 参见杨解君:《走向法治的缺失言说》,法律出版社2000年版,第155页。冯迎春:《规范性文件行政复议与司法审查》,《市场与法》1999年第4期。

的阐释,以求教于同仁。

一、规范性文件行政复议的理论空白

规范性文件行政复议在我国行政法律制度中的确立并不是一个非常简单的问题,因为它牵涉到行政法的制度变革,牵涉到我国行政法治发展的走向。规范性文件行政复议在我国行政法律制度中的确立不是一个具体问题,而是行政法律制度中的一个较为宏观的问题,因为它关系到行政法的运作模式以及行政法治的理论价值。规范性文件行政复议在我国行政法律制度中的确立不是一个纯粹的行政复议问题,因为它牵涉到我国全面司法审查制度的建立问题等。总之,规范性文件行政复议既是我国行政法的一个重大的制度创新,又是我国行政法治向高层次发展的一个信号,它对今后我国行政法制度乃至社会主义法治的完善都起着不可取代的作用。故此,对于如此重大之制度的建立必须有充分的理论准备,因为我国行政法治实践证明没有理论准备的制度即使建立起来在实施过程中也必然会发生阻滞。^[2]而从目前我国规范性文件行政复议制度的状况看,其存在非常明显的理论不足,甚至可以说理论滞后或理论空缺。笔者试对这些理论空缺作如下分析:

其一,行为性质的理论空白。行政复议的概念“是随着80年代我国行政法学的兴起,行政法学界对国家行政机关审查和裁决行政争议这种特定的法律现象所作的抽象和概括”。^[3]此一界定表明行政复议行为的性质包括两个方面:一是它是由特定行政主体进行的属于行政权范围内的活动,二是行政复议的行为对象是审查和裁决行政争议,也就是说对行政争议的解决是行政复议最为根本的行为属性。显然,若将行政复议限制在具体行政行为范围之内,此二方面的属性可以说是行政复议的行为属性,而且这两个方面的行为属性也可以在理论上得到合乎逻辑的说明。然而,规范性文件行政复议的行为性质是上述两个行为属性套用不上的。如果说行政复议“是行政权范围内的活动”与规范性文件行政复议的行为性质还有一定关联的话,那么其第二属性则与规范性文件行政复议的行为属性相去甚远。首先,“行政争议是行政机关在行使职权的过程中与作为相对方的公民、法人或者其他组织发生的权利义务纠纷”。^[4]由此可见,行政争议是对行政主体职权行使过程的争议,即行政机关在具体职权行使活动中引起的争议,行政机关制定规范性文件的行为既是一种行政决策行为,又是一种制造行政法法律渊源的行为。尽管2000年通过的《中华人民共和国立法法》没有对规范性文件的法律地位等作出规定,但规范性文件是我国行政法渊源之一既是客观事实,又是理论界普遍承认的。除个别教材将其视为非正式渊源外,绝大多数教材都将其作为正式渊源看,从其对行政相对一方当

[2] 我国重大的行政法制度在建立过程中理论准备似乎都不太充足,如《中华人民共和国行政监察法》所确立的行政监察制度,国家赔偿法所确立的行政赔偿制度,《中华人民共和国行政诉讼法》所确立的行政诉讼制度等。理论不足所导致的结果便是操作过程中的巨大麻烦。如前不久发生在陕西咸阳的“处女嫖娼案”,使无辜少女受到身体和精神上的巨大伤害,但一审判决依国家赔偿法,使该少女仅获70余元的赔偿金。行政诉讼法施行过程中遇到的问题更大。参见方宁等:《理性的呼唤:中国〈行政诉讼〉实施现状调查报告》,《东吴法学》2001年版,第301页以下。

[3] 应松年:《行政法学新论》,中国方正出版社1999年版,第454页。

[4] 方世荣:《行政法与行政诉讼法》,中国政法大学出版社1998年版,第302页。

事人权益规范的程度看应为正式渊源,因为它对相对人权利义务的规制是具体的、直接的。^[5] 这样的行为毫无疑问不能简单地等同于具体的职权行使行为,也就是说行政争议的具体内容排除了人们对行政机关决策性行为提出异议的行为。对行政主体的违法行为提出异议似乎归于行政监督的范畴更为妥当一些,但归于行政监督的范畴与我国传统的行政监督理论又有不一致之处。从广泛意义上讲,对行政决策性行为进行制约的所有行为过程都是对行政的一种监督,而我国行政法学的传统理论是将监督的主体限定在特定范围内的,“行政监督的主体是法律特别赋予监督权的国家机关”。依该理论将行政相对人对行政规范性文件提出质疑的行为归入行政监督是不妥当的。^[6] 再则,在法治化程度较高的国家对政府行政系统立法性行为的校正需要通过特殊程序而完成,尽管行政系统制定的规范性文件是较低层次的立法行为,但对其进行校正仍可以等同于其他具体行政行为。行政复议法似乎已认识到了这一点,因而在第26条对规范性文件行政复议的处理决定采取了非常谨慎或者模棱两可的态度,对此我们在下面还要进一步分析。总之,规范性文件行政复议无论就提起行为而言,还是就对其进行审查的行为而言都缺乏行为属性上的理论界说,正是这种理论上的空白导致了后续问题的困惑。

其二,模式选择的理论空白。将规范性文件纳入行政复议的范畴实质是要对行政机关的抽象行政行为进行类似于司法性质的行政救济,而作为此种救济而言可以从不同的角度选择不同的模式,但目前我国规范性文件行政复议在模式选择上却没有一个完整的理论。我们知道对规范性文件的行政复议,从宪法关于权利保护的理论出发可以有两种可供选择的模式^[7]:一是权利保护理论模式,二是权力制约理论模式。就权利保护理论模式而言,确立规范性文件行政复议制度的目的是保护公民、法人和其它社会组织权利,即通过复议行为使行政管理相对人免遭政府行政系统抽象行政行为的侵害。如果说行政复议法是以此为理论模式的话,那么目前这一制度对行政相对人权利的保护则是极其不完善的。因为规范性文件在抽象行政行为中仅占一部分比例,地位又是低之又低的,也就是说既是为了保护相对人的权利为什么不选择更高层次的抽象行政行为作为行政复议对象呢?因此可以说行政复议法并没有选择这样的理论模式。权力制约理论是指通过规范性文件行政复议对行政系统的权力进行有效制约,使行政系统的权力行使更加规范化。但是,行政复议法规定此种对规范性文件进行复议并不是从权力制约理论出发的。因为,在复议法确立规范性文件行政复议制度之前行政系统内部关于抽象行政行为的制约机制已经存在了。《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》对这种制约早就作了规定,据此我们可以得出结论,权力制约模式也不是行政复议法所选择的。另外,规范性文件在我国并没有一个非常明确的理论界说或司法文件中的法律界说。如有人认为规范性文件是规章以下的规范性文

[5] 参见姜明安:《行政法学》,法律出版社1998年版,第25页。应松年:《行政法学新论》,中国方正出版社1999年版,第21页。

[6] 前引[3],应松年书,第542页。

[7] 有人认为“权”是一个恒定的概念,即不在我方就在他方。就是说政府行政系统权力越大,行政相对一方当事人的权利就越小,反之亦然。依该理论对行政主体的权力制约和对相对人的权利保护是同一性质的问题,只是思考问题的角度不同而已。而笔者认为,在行政法治中,选择对行政权的制约与选择对行政相对人权利的保护却是两个不同的控制进路,因为有时候对行政权的制约并不必然带来对相对人权利的保护,或者对相对人权利的保护也不必然伴随着对政府权力的制约。权威主义的政府管理中,对公众权益的保护也是存在的。参见[美]帕尔默·科尔顿:《近现代世界史》上册,孙福生、陈墩全译,商务印书馆1988年版,第410页以下。

件,即低于规章地位的规范性文件,有人则认为规范性文件指规章以外的规范性文件,^[8]即规章不能包容但其地位高于或低于规章的所有行政管理规范性文件。这里除去规范性文件的制定主体问题,就制定规章的行政主体而言其所制定的规范性文件有的低于规章,当然大多数情况下低于规章,有的则高于规章,如省市政府或部委为了贯彻某一大政方针而作出的一些方向性规定往往制约着规章的执行。例如1999年12月23日中国人民银行、教育部、财政部联合发布了《关于助学贷款管理的若干意见》。这无疑是一个行政管理规范性文件而不是规章,但它的内容却制约着许多规章的执行。行政复议法究竟要选择较低层次的规范性文件还是较高层次的规范性文件都是无法从理论上进行说明的,这些都是规范性文件行政复议模式选择应解决的问题,遗憾的是我们缺少这样的理论模式。

其三,救济效果的理论空白。规范性文件行政复议应当是一种行政救济,即通过复议机关对违法、不当的行政管理规范性文件进行救济使其不再发生法律效力而侵害行政相对人的合法权益。救济制度的实质是实现有错必纠,并恢复到违法或不当行政权行使前的状态,而目前我国规范性文件行政复议从救济效果上讲却是一种被悬置的状态。大多数情况下,既不能够通过救济发现错误的行政管理规范性文件,又不能通过救济使行政相对人权利的保护落到实处。有权对被复议的行政管理规范性文件进行受理的机关若维持了原来的行政行为,肯定了被复议的规范性文件,此时,行政相对人就再不可能在行政法的范围内寻找到其他救济方式。因为其他具体行政行为的复议若行政相对人不服则可以通过行政诉讼制度进一步对行政行为提出质疑,并最终得到一个合理的说法。而规范性文件在相对人仍然不服的情况下则失去了选择其他救济途径的机会。另外,行政复议法把规范性文件行政复议的期限确定为60日,而相对人有些权益的保护若拖延60日就会失去保护的意义,因为有些权利的行使与时令、季节等有非常密切的关系。尽管行政复议法规定:“处理期间,中止对具体行政行为的审查。”但这并不能保护行政相对人的所有权利,如在对行政机关行政许可、行政救助等不作为行为提起行政复议的案件中,中止执行就意味着肯定行政主体的行政不作为成立。随着我国市场经济的深化和行政相对人自我保护意识的提高,因行政不作为而引起的行政复议案件和行政诉讼案件将越来越多。如果对相对人的请求予以解决是行政主体最乐意接受的,要行政复议法一概规定为停止执行在立法技术上讲是一个很大的失误,是一个典型的不周延的规定。正确的作法应当是将作为而引起的行政复议与因不作为引起的行政复议的执法情况分别对待。或至少意味着在一定时段内行政相对人再不能请求同样的权利。我国行政复议理论中至今没有关于行政复议最终要达到的救济结果的一套完整说法,无论学界还是行政法治实践界似乎都处于迷茫状态之中。

其四,与行政诉讼衔接的理论空白。行政复议和行政诉讼是现代法治国家两种非常重要的救济制度,一个是由行政机关主持解决行政纠纷的制度,另一个是由法院主持解决纠纷的制度,两者的共同点都基于行政纠纷而产生,都以解决行政纠纷为根本。而不同的是解决行政纠纷的行为性质和解决的具体程序有所不同。正因为二者有逻辑上的先后关系,行政法治发达的国家在建立这两种制度时都予以一并考虑,并注意二者之间在一系列问题上的先后关系以及衔接关系。正如室井力对日本此二制度所作的一个微观评价:“对处分可以提出不服申诉的人,是指对处分‘不服者’(行政不服审查法第4条第1款本文)。什么样的人符合这种‘不服

[8] 参见罗豪才:《行政法学》,中国政法大学出版社1996年版,第179页以下。

者’?这是议论较多的问题。由于行政不服审查法的目的,是‘确保行政的公正运行’,以及不服申诉程序不仅把处分的合法、违法作为问题,而且也可以把当、不当作为问题,认为不服申诉的资格较之行政案件诉讼一章出现的撤销诉讼的原告资格更为缓和的这种学说,是有说服力的。但是,法院没有承认不服申诉资格存在特别的差异,认为两者为同一意义。”〔9〕可见诉愿与诉讼衔接的理论在日本是受到重视的,事实上其诉愿法对行政上的不服申诉,诉讼法对行政诉讼案件都作了有逻辑联系的规定。我国行政复议制度和行政诉讼制度尽管在调整两者关系的法律规范出台顺序上存在逻辑错位(笔者所说的逻辑错位是指行政复议制度和行政诉讼制度在一定意义上讲是一个有着姊妹关系的制度),其运作的先后关系应当先是复议,然后再进入诉讼状态。依此论之,在制定行政复议法和行政诉讼法时亦应作为一个救济体系一起予以考虑。而我国则恰恰相反,把本该早出台的法律放在后面,即行政复议法应先出台,再制定行政诉讼法。而我国行政复议法晚于行政诉讼法十年制定,这应当说是立法中的一个逻辑错位。但在具体内容上两种制度还是有着密切的逻辑关系的,如《中华人民共和国行政诉讼法》第37条规定:“对于人民法院受案范围的行政案件,公民、法人或者其他组织可以先向上一级行政机关或者法律、法规规定的行政机关申请复议,对复议不服的,再向人民法院提起诉讼,也可以直接向人民法院提起诉讼。法律、法规规定应当先向行政机关申请复议,对复议不服再向人民法院提起诉讼的,依照法律、法规的规定。”行政复议法对于二制度的衔接也有类似规定。而行政规范性文件的行政复议似乎是行政复议制度之外的制度,因为它不可以象其他行政行为的复议那样或者最终发生法律效力,或者进入行政诉讼制度的救济之中。应当说明的是,行政复议法关于规范性文件行政复议与行政诉讼的关系采取了回避态度,理论界对此也没有一个解释,正因为如此,其与行政诉讼的关系同样是一个理论空白。

二、规范性文件行政复议的操作困惑

违法规范性文件是行政违法的一种主要形式,所不同的是规范性文件的违法比起具体行政行为的违法所造成的社会危害要大得多。因为一个具体行政行为的违法只产生一个具体的行为后果,所造成的社会影响也是单一的,而一个违法规范性文件必然导致多个违法的具体行政行为,造成的社会危害后果也是复合性的。对于行政主体违法行政行为的校正来说,纠正一个一个的具体行政行为的违法是治标的范畴,而纠正错误的行政规范性文件则应当是治本的范畴。我国绝大多数地方政府,尤其没有规章制定权的地方政府每年制定的行政规范性文件数量都很大,其所规范的范围包括农林、水利、工交、财务、城建、环保、土地、矿产、劳动、人事、科教文卫,甚至人民武装、政法、民政等等,其中绝大多数内容都是给行政相对人设定义务的。如某市《国有土地使用权管理暂行办法》第18条规定:“土地使用权出让最高率应由市土地管理部门在下列范围内核定:(一)公寓、住宅用地70年;(二)工业、交通用地50年;(三)科教、文化、卫生、体育用地50年;(四)商业、旅游、娱乐用地40年;(五)综合或者其他用地50年。”其规定的限度可见一斑。这样的规范性文件若不有效治理必然会导致无数具体的侵害公民权益的具体行政行为。从这个意义上讲,行政复议法确立规范性文件行政复议制度有着巨大的进步意义。但是,正如我们上面已经讲到的,由于规范性文件行政复议理论上的准备不足,致使

〔9〕〔日〕室井力:《日本现代行政法》,吴徽译,中国政法大学出版社1994年版,第218页。

行政复议法关于规范性文件行政复议的仅两条规定就造成了诸多操作过程中的不足,可以从拟态的角度也可以从实然的角度揭示这种操作困惑。笔者此处所讲的操作并不仅仅限制在已经发生的行政复议案件中,还包括行政复议法规定的可能引起矛盾和冲突的地方。

第一,规范性文件复议提起权的纠纷扩大性。依行政复议法第7条的规定,规范性文件行政复议的提起有三个限制:第一个限制是对规范性文件提起大前提的限制。这一大前提就是行政主体依据该规范性文件作了一个具体行政行为,换句话说如果某一规范性文件出台以后行政主体没有依该规范性文件作出具体行政行为它就不可以成为行政复议的对象。这一规定本身就存在巨大问题,因为在行政法治实践中,有些规范性文件不需要以具体行政行为的形式出现便可以对行政相对人权益造成直接影响。例如,1999年6月30日南宁市人民政府发布了《南宁市城市内河环境综合管理暂行规定》其中,第13条规定:“在城市建成区内河区域内,一切单位和个人应当遵守下列规定:(一)禁止乱倒垃圾、废渣、污水;(二)禁止倾倒有毒、有害、油污物品;……”,这些禁止性规定并不需要行政机关的具体行政行为便可以直接对行政相对人的权益造成侵害。第二个限制是对规范性文件行政复议提起过程的限制。即“在对具体行政行为申请行政复议时”,也就是说只有在对具体行政行为提起复议的过程中才能对其所依据的规范性文件提出异议,这一限制使规范性文件提起行政复议的空间小之又小。第三个限制是特定行政相对人,就是已经被具体行政行为侵害的相对人,而不是被违法规范性文件所侵害的当事人。这样便把一大部分对行政规范性文件不服的人排除在复议提起人范围之外。总之,笔者认为通过三个方面的条件限制最终所导致的结果是鼓励行政相对人违反其不服的规范性文件。以南宁市上列规范性文件为例,若某一行政相对人对于在内河区域内“禁止倾倒有毒、有害、油污物品”不服其唯一可以获得诉愿权的作法就是向某一河内倾倒有毒、有害物质,并等待相关行政机关作一个具体行政行为能否提起诉愿是行政相对人的诉权,诉权是公民权的最基本的组成部分,因此,不应为诉权的行使设置过多的限制性条款。再则,诉权是个人的权利,它并不必然影响行政权的行使,所以,在诉权的赋予中,任何要挟的作法都是不大明智的。可见,我国行政复议法对相对人就规范性文件提起权的限制没有太充分的理由。目前的规定不在于禁止行政纠纷,而是将行政纠纷进一步扩大化,与行政复议制度的宗旨相悖。这是我国规范性文件行政复议操作中的困惑之一。

第二,规范性文件复议主持机关的含糊性。行政复议法第26条有这样的规定:“行政复议机关对该规定有权处理的,应当在三十日内依法处理;无权处理的,应当在5日内按照法定程序转送有权处理的行政机关依法处理,有权处理的机关应当在六十日内依法处理。”这实际是对规范性文件行政复议主持机关的规定。依该规定在规范性文件行政复议过程中,存在四个理论上可以有不同定性的机关:一个是复议主持机关,即受理行政相对人对具体行政行为提起复议的机关;二是有权对规范性文件进行直接处理的机关,该机关在实践上讲与第一个机关是同一机关,但由于其行使了规范性文件的校正权,故在理论上有了独立的价值,在法律上有了另一种法律人格,因为它牵涉到其与规范性文件制定机关之间的关系;三是规范性文件的制定机关就是颁布规范性文件的机关。该机关在规范性文件行政复议中处于什么样的地位,行政复议法并没有一个明确的界说和定位,尤其其与提起行政复议的行政相对人之间的关系并没有一个明确的法律界说,似乎它们之间的关系是法律规则之外的关系;四是间接有权处理规范性文件的机关,即受复议机关转交而对规范性文件进行处理的机关,其与复议主持机关,与规范性文件制定机关之间的关系,仍然不明确。也就是说,通过行政复议法,行政相对人只知道

受理复议的机关,而不知道规范性文件行政复议的主持机关。此问题不予澄清似乎是不重要的,但是,若复议决定(指规范性文件的复议决定)行政相对人仍然不服,究竟由最先受理具体行政行为复议的机关给予一个说法,还是找规范性文件的制定机关讨一个说法,甚或找有权作出处理决定的机关讨一个说法等都是不明确的,如此混乱的主持主体是不可能使相对人在规范性文件的行政复议中占到太大便宜的。行政复议法提到了对规范性文件的“处理权”问题,此处所讲的“处理权”是极其不明确的,既可以理解为对规范性文件进行解释的权力,也可理解为对规范性文件的错误进行纠正的权力。而解释权和纠正权无论对行政主体还是对行政相对人意义都是不同的。因此,因“处理权”而引起进一步争议的隐患是必然存在的。

第三,规范性文件复议审查内容的片面性。规范性文件行政复议审查内容的片面性表现在多个方面:首先,正如前述不是所有形式的规范性文件都纳入了行政复议的范畴。例如国务院的行政管理规范性文件就不能够被提起复议,即使某一个行政主体根据这一规范性文件对行政相对人作出了一个具体行政行为,相对人权益遭到侵害后仍不可以依行政复议而获得救济,这其中的道理我们不得而知。其次,只能审查派生具体行政行为的规范性文件,而对当事人权益进行直接禁止,即不通过具体行政行为的禁止不能成为行政复议审查的对象。再次,被审查的行政规范性文件被限制在实施过程或行政权的具体运行环节这一狭小的空间之内。也就是说,只有当行政主体的具体行政行为与行政相对人的权益发生碰撞的一瞬间,规范性文件才可以被审查,而在其发生法律效力漫长过程中无论如何是不能进入审查状态的。最后,依行政复议法第26条规定,有权对规范性文件进行处理的机关应当是通过对规范性文件的审查而对被诉愿的个案的处理,其并不影响今后其他行政机关依这一规范性文件作出同样行政行为。因为,该条规定仅指对复议过程中整个案件的处理,而不是对被诉愿的规范性文件作出撤销或终止,没有哪一个处理机关敢于依据该条作出撤销原规范性文件的处理决定。总之,规范性文件行政复议的审查结果并不必然对后续案件有影响力。

第四,规范性文件复议过程的迟延性。行政复议法关于规范性文件行政复议规定了两个期限:一个期限是“行政复议机关对该规定有权处理的,应当在三十日内依法处理”。此一规定应当说是没有问题的,一方面其期限较短,另一方面处理机关同时也是复议决定的作出机关,其三十日内依法处理完毕也意味着其相应的行政复议决定亦随之作出。另一个期限是“有权处理的行政机关应当在六十日内依法处理”。此一期限的规定存在两个方面的问题,即六十日的期限对于行政相对人来讲似乎长了一些,这是不需要从理论上进行证明的。同时,有权处理的机关作出处理的决定依笔者理解仅是对规范性文件中相关条款认识上的处理结果,而不是对整个行政复议案件的最终处理结果。换言之,在规范性文件的处理结果与主持复议机关对复议决定的结果之间还存在一个时间上的巨大空隙。事实上在规范性文件行政复议的实践中这种空隙越来越明显,行政主体也可以找到正当理由对这一空隙作出解释,而行政相对人所等待的处理结果常常远远超过了两个月,此种迟延性对行政相对人权益的影响是巨大的。在行政规范性文件中,其中绝大多数是由政府常务会议或全体会议通过的,如《宜昌市城区已购公有住房和经济适用住房上市出售管理暂行办法》就是由宜昌市1999年8月20日市人民政府第27次常务会议通过的。而政府常务会议和全体会议并不是经常召开的,可能只有政府办公会议召开方便一点。而规范性文件的处理权也应当是制定它的政府机关会议。而相关会议的召开是有时间上的限制的,再加之各种会议所解决问题的专题都有所不同,若相对人所提起的规范性文件没有列入政府会议的议题,那么,就只有耐心等待下一次了。

三、规范性文件行政复议的法律定位

规范性文件行政复议尽管仅仅出现在《中华人民共和国行政复议法》中,且在该法中只有两个条文对它的范围和实施过程作了规定,但是,笔者认为规范性文件行政复议在我国行政法律文件中的出现标志着我国行政法治进入了一个新的历史时期。而规范性文件行政复议已不单单是行政复议中的一个微观问题,而是一个完整的行政法律制度,至于行政复议法使它制度化的程度则是另外一个范畴的问题。而且可以说,随着我国加入 WTO,随着我国行政复议和行政诉讼制度与世贸组织规则的接轨,与发达行政法治国家的行政法保持同步,行政复议制度和行政诉讼制度都将进一步得到发展和完善,这些制度将由国内而国际、由本土化而世界化、由绝对自我价值而相对自我价值。^[10]与之相适应,政府抽象行政行为的监控也将被提到更高的层次来认识,那么,规范性文件行政复议也将随着这股潮流而发生深刻的变迁,但无论如何它的基本的法律属性应当有各国一致的认同。必须指出,在规范性文件行政复议的法律行文上各国是有所不同的。一些国家采取了排除式的立法方式,即将不能提起诉愿的行政行为列举出来。如《瑞士联邦行政程序法》第 46 条规定:“对下列行政处分^[11]不得提起诉愿:a. 得经由联邦法院或联邦保险法院提起行政法院诉讼而撤销之行政处分;b. 得经由异议撤销之行政处分;c. 军方之估算、机关对于土地或财物损失估算之行政处分,其损害赔偿金额低于 1000 法郎者,以及对于租用或被征收之客体所为之估算之行政处分;d. 依据其他联邦法律,已属确定之行政处分;e. 不得与终局之行政处分一并以诉愿撤销之中间处分。”^[12]通过排除不能诉愿的行政行为而暗含了规范性文件可以诉愿的内容。另一些国家采取了笼统规定的方式即对可以诉愿的行政行为作一个概括规定。如《意大利行政程序法草案》(1955 年)第 56 条规定:“对于下列机关之行政处分得由上级机关提起诉愿。”^[13]通过概括规定肯定规范性文件的可诉愿性。还有一些国家则明确规定规范性文件可以成为行政复议的对象。如《美国联邦行政程序法》第 553 条第 5 项规定:“各行政机关应给予有利害关系的人申请发布、修改或废除规章的权利。”意味着公民不服行政机关的规章以及其他规范性文件有权要求该机关予以修改或废止。“法国行政复议的范围是行政行为。以行政行为为标准,行政行为是指能够产生行政法律效果的行为。它既包括行政机关作出的产生行政法律效果的行为,也包括私人组织因法律或行政机关授权而作出的某一些行为。法国的行政行为既包括行政机关制定普遍性规则的行为,即普遍性行政行为,如制定行政条例行为,也包括行政机关对具体事件进行处理的行为,即具体性行为,如命令、处罚等行政处理行为。二者均可以成为行政复议的对象。”^[14]规范性文件行

[10] 2001 年 7 月 26—29 日,中国行政法学会、国家行政学院以及美国亚洲基金会联合在上海召开了“中国加入 WTO 与中国行政法改革”问题研讨会,探讨了中国加入世贸组织后,行政法的发展趋势问题,其中为外国学者关注最多的就是中国的司法审查问题。看来抽象行政行为进入司法审查领域只是一个时间问题,那么,在行政复议中对规范性文件进行审查制度完善化以后,必将对我国全面司法审查制度的建立提供经验。

[11] 行政处分概念在不同国家和地区所包含的内涵有所不同。我国台湾地区的行政处分概念是与具体行政行为的概念相等同的;大陆行政处分概念仅指对公务员的惩戒行为;在西方国家,行政处分一般不单单指具体行政行为,也包括了抽象行政行为。

[12] 参见应松年:《外国行政程序法汇编》,中国法制出版社 1999 年版,第 29 页。

[13] 同上书,第 15 页。

[14] 张正钊、韩大元:《比较行政法》,中国人民大学出版社 1998 年版,第 769 页以下。

政复议的法律渊源各国也不一致,有些国家规定在行政程序法中,有些国家规定在诉愿法中,还有些国家规定在其他的行政监督规则中。^[15]总之,从行政法治发展的格局看,各国都尽可能使行政管理规范性文件中的问题在行政系统内部或者首先在行政系统内部予以解决,这也许是基于行政成本的考虑。正因为如此,笔者认为我们有必要给我国规范性文件行政复议在法律上作一个定位。

1. 规范性文件行政复议应当是对公民完全诉愿权的肯定。诉权是现代法治社会中作为公民个人或其他组织的一个基本权利,“指为将国家与个人的合法利益,依法向特定的国家机关提出追究他人责任的请求权。包括刑事的诉权、民事的诉权、行政的诉权。在刑事诉讼中和民事诉讼中包括公诉权、自诉权、反诉权。在行政诉讼中包括诉愿的权利和诉讼的权利”,^[16]可见诉愿权也是公民诉权的一种。作为诉权它是独立的,完全归于公民个人或与公民个人处于同等法律地位的组织。诉权的独立性决定了我们必须给享有诉愿权人独立而完整的诉愿权,这应当是毫无争议的。然而,行政复议法出台以后有人认为行政主体不应当对规范性文件进行复议,因为这很可能导致对行政规范性文件监控的乏力。这种担心的本意是好的,但对于行政相对人的诉愿权而言则是不能成立的。可以说,目前行政复议法对行政相对人诉愿权的肯定是片面的和部分的,因为行政相对人对行政主体大多数抽象行政行为还不能提起复议。故而,其对不能提起复议的行政规范性文件便不享有诉愿权,这显然与公众权利保障的宪政理论的精神是不一致的。无论哪个国家其诉愿制度的根本目的都是为了保证行政相对人享有较为完整的诉愿权。毛雷尔在论证德国的同类制度时讲道:“最近的争论转移到行政机关对法规命令和规章特别是具体建设计划的审查和撤销。有必要单独探讨行政机关对法规命令、规章特别是具体建设计划的审查权和撤销权。……应当考虑产生于行政等级官僚体制、权限之中约束性,特别法的安全性,它们均禁止公务员忽略并且在个案中拒绝适用某一个法律规范。如果认为违法的法律规范无效,这些规范——因其无效性——而不得适用,除非法律另有规定。另外,一种可行度且更为便利的办法是,行政机关不妨中止行政程序,将其认为有效的法律规范报送发布机关或者决定机关,请求‘撤销’该规范。”^[17]足见诉权内涵在德国的全面辐射。在一些国家诉愿法的立法宗旨条款中也深深地隐含了对公民完全诉愿权的肯定。如《韩国行政诉愿法》第1条规定,公民因中央或地方行政机关的违法或不当行政行为损害其合法权益时,除法律另有规定的除外,可依照本法有权向有关机关提出请求撤销或变更原行政行为。一部分行政行为可以提起复议,而另一部分行政行为不能提起复议的情况下,其在法律上的诉愿权就被剥夺了一部分。因此,规范性文件行政复议若在诉权的角度定位,其就是要实现一种理想而完全的诉愿权状态,那么,正当的规范性文件行政复议制度应当是让行政相对人在相对少的限制条件下行使诉权,而不是在相对多的条件限制下行使诉权。

行政机关的审查权不能和诉愿权混淆在一起讨论。有学者认为若赋予行政机关较大行政复议权会使其在复议中进一步侵害相对人的权益,这种担心是将诉权和行政权没有作科学区分所导致的结果。因为诉愿权还包括当事人对诉愿结果的满意与否,若诉愿权没有达到其实体权利保护的目其便可以进入行政诉讼权实现的状态,就是说行政复议是不能够取代诉愿

[15] [美]欧内斯特·盖尔霍恩、罗纳德·M·利文:《行政法和行政程序概要》,黄列译,中国社会科学出版社1996年版,第208页。

[16] 《中国百科大辞典》,中国大百科全书出版社1999年版,第5123页。

[17] [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77页。

权而剥夺相对人的诉讼权,所以说此种担心是多余的。

2. 规范性文件行政复议应当是对规范化行政层级监督权的肯定。规范性文件行政复议的起因表明其与行政层级监督制度有密切关系。正如王名扬教授所分析的:“法国在旧制度下,国王参事院有权撤销行政机关的决定。大革命后,在国家参事院建立以前,国家首脑根据层级监督权能够撤销下级行政机关的决定。1799年,国家参事院成立,最初阶段实际上是旧制度下国王参事院的继续,认为当然有权撤销行政机关的决定,完全不用考虑成文法的根据。因为国家参事院行使国家首脑所保留的审判权,国家首脑根据层级监督权当然可以撤销行政机关的决定。国家参事院最初根据行政机关的权限审查行政决定的合法性。当事人对于行政机关没有权限作出的决定,可以请求撤销。因此,这种申请称之为越权之诉。不久以后,国家参事院认为,行政机关的决定不遵守法定的形式和程序,就某种意义上而言,也是一种无限权。因为行政机关只有按照法定的形式和程序,才能有效地行使权力。形式和程序上的缺陷,……是国家参事院撤销行政机关决定的最初两个理由。”^[18]即是说,规范性文件行政复议在法律上讲是由于行政机关“权限”和“形式上的缺陷”所致,在宪政体制上讲则是层级监督制度的生动表现。行政监督制度在我国已经有很长的历史,理论界关于行政监督的系统理论亦很多,而且在诸多方面达成了共识。

而笔者认为,我国行政系统内部之间的监督长期以来并不尽人意,主要问题是这种监督在大多数情况下是基于上下级之间的微妙关系而进行的,而没有与行政相对人的权益保护联系在一起。换言之,在以往的监督过程中,很可能,事实上也经常出现上级要求下级所改变的行政行为是上级所不满的行为,而恰恰是行政相对人乐意接受的行为,反之,上级行政机关所保护的行政行为则可能是给行政相对人或国家带来侵害的行为。例如某省会市1999年发布了关于财政周转金发放实行担保制的通知,规定:“为了确保周转金按期归还,滚动发展,要实行周转金贷款担保制度。税收在市里的企业由所在口专项资金担保;税收在县(市)区的企业由所在县(市)区财政担保。项目申请单位应与所在县(市)区政府或所属主管部门签订资产担保协议。”依这一规定某县级政府便为27家企业实行了企业周转金担保。而不久前这27家企业倒闭,政府所担保的财政周转金尚有745.8万元未能收回,既给一些债权人的利益造成了侵害,同时也给国家财产造成了损失。当然某省会市作为县级市的上级政府所发布的9号文件本身也是违反《中华人民共和国担保法》的。由于上下级之间没有法律化的监督制度,对这样既违反国家法律又伤害相对人权益的上级指示,下级常常基于上下级的微妙关系而予以执行,本案就是一个非常生动的例子。^[19]为了正确处理高层行政机关主张的行政行为,低层行政机关实施的行政行为(尤其作为规范性文件的抽象行政行为)与行政相对人之间的微妙关系,在一些发达国家的法律规范中,上下级之间的关系都以相应的法律规则予以连结。如德国行政法中就确立了下级在执行上级命令时必须进行判断,若发现不正确可以请示上级之上级,只有当上级之上级认为其可以执行时,其才能够执行,但这里还排除了执行以后可能给自己带来刑事责任的上级决定。^[20]可见上下级之间关系的程序化是十分明显的,而规范性文件行政复议则可以达到同样效果,即使上下级之间关系程序化的效果。我国行政复议法所确立的对规范

[18] 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第672页。

[19] 参见刘国航、陈杰人:《政策和法律打架,责任谁来承担》,《法制日报》2002年1月12日。

[20] 参见[德]平特纳:《德国普通行政法》,朱林译,中国政法大学出版社1999年版,第54页。

性文件的监督其起因是相对人对某一具体行政行为或与之相应的行政管理规范性文件不服而引起的,这样便使有权对下级规范性文件的监督机关与行政管理相对人的利益一致起来,进而使这种监督有了最终的社会归宿,而不是行政系统内部的归宿,这是一方面。另一方面,上级行政机关对行政管理规范性文件的复议使以前的通过行政命令的监督方式变为了程序性的监督方式,而且是类似于司法程序的严格程序监督。

还应指出,在行政复议法确立规范性文件行政复议制度之前,我国行政系统内部的监督基本上限于对具体行政行为的监督,如通过行政复议撤销行政机关的某一具体行政行为,通过行政命令终止行政机关的某一行政处理决定等等,这样非常不利于行政权的自我控制。众所周知,我国违法行政管理规范性文件居高不下的事实就充分说明了这一点。据国务院公布的情况看,违法的行政管理规范性文件已成为扰乱统一市场秩序的一大隐患。若行政系统内部规范化的行政层级监督制度建立起来的话,这样的情况则要少得多。在一些地方下级政府机关甚至有意制定规范性文件对抗上级行政机关的规章或者规范性文件,这都是由于规范化的层级监督制度不完善所致。^[21]同时,我们还可以作出这样的推论,不建立完整、全面、规范的行政层级监督制度,违法或不当规范性文件将会进一步泛滥。那么,目前我国行政复议法关于规范性文件行政复议的定位则与理性化的定位有一定的差距。

3. 规范性文件行政复议应当是对全面司法审查的隐含肯定。“司法审查问题是英国行政法的核心问题,也是英国行政法学著作所着重讨论的问题。”^[22]可见司法审查在现代行政法律制度中的重要性,发达行政法治国家都非常重视该制度的建设。司法审查就其含义看,可以作如下分析:一是指司法机关对立法行为和行政行为所进行的合理审查的总称。美国的司法审查制度实际上包含了上列两个范畴的审查,就是司法系统既对立法机关的立法行为进行合宪与否的审查,如美国历史上著名的马伯里诉麦迪逊案,以马歇尔大法官为首的最高法院就对国会的立法行为进行了司法审查,并奠定了后来美国三权分立的格局;^[23]又对行政系统行政行为进行审查,如美国司法系统对行政机构行政行为的审查。二是指司法机关对行政机关所有行政行为的审查,而不包含司法机关对立法行为的审查,当今大多数国家所建立的司法审查制度以及我们所称的司法审查的一般概念就是在这种意义上使用的。“司法审查是现代民主国家普遍设立的一项重要法律制度。行政行为的司法审查是指国家通过司法机关对行政机关行使行政权力的活动进行审查,对违法活动予以纠正,并对由此给公民、法人或其他组织权益造成的侵害给予相应补救的法律制度。”^[24]三是由司法系统对行政主体具体行政行为所进行的审查,如《中华人民共和国行政诉讼法》所规定的司法审查制度,其将司法审查权限定在对具体行政行为进行审查的范围之内,而抽象行政行为不能审查。在司法审查的上列三个概念中较为普遍地理解是第二种,据此我们也可以把司法机关对行政系统全部行政行为进行审查的制度叫做全面司法审查制度,而将司法机关仅审查一部分行政行为的制度叫做不完整司法审查制度,此称谓是根据公认的标准而确定的。

笔者此处所讲的全部行政行为是行政机关在日常行政管理中对行政相对人采取的具体行

[21] 参见关保英:《行政法案例教程》,中国政法大学出版社1998年版,第174页。

[22] 王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第149页。

[23] 参见李树忠、焦洪昌:《宪法教学案例》,中国政法大学出版社1999年版,第1页。

[24] 罗豪才:《行政法学》,中国政法大学出版社1996年版,第356页。

政行为和抽象行政行为而言的,因为,有些行政行为是依法被排除了的。各个国家的情况不同排除的范围也不同,但一般都是一些国家行为,而不是像我国一股脑地将抽象行政行为全部排除出去。由于我国司法审查是一种不完全的司法审查,因而这一制度也受到了世贸组织和一些与我国经济交往较为密切的国家和政府的批评,因此,随着时代的发展,全面司法审查制度在我国的建立只是时间问题。规范性文件行政复议的行为尽管不能叫做司法审查行为,但它是对司法审查制度的一种隐含,从可以对政府抽象行政行为提出质疑并进入类似于司法程序的程序环节看,它的实质与司法审查没有截然不同的区别。规范性文件行政复议既然隐含了对行政行为全面司法审查,那么,在我国规范性文件行政复议制度中就应有全面司法审查的雏形。即使在我国行政诉讼制度中肯定了人民法院对行政系统规范性文件甚至规章的司法审查权,也不影响在行政复议制度中确立规范性文件的复议问题,因为,司法审查无论如何也是不能取代行政系统内部的层级审查制度的。盐野宏敏锐地观察到:“在裁判过程中,法院的审查限于处分的合法性问题。法院仅就法律上的争讼中的法律问题作出判断。假设法院连处分适当与否的问题也作出判断,就会导致在宪法上发生问题。并且,从立法政策上也可以看出设置行政上的不服申诉制度的意义。”^[25]规范性文件中的合理性、适当性的争执比具体行政行为中的合理性与适当性的争执要普遍得多,这种争执只有通过行政复议才能得到合理解决。

4. 规范性文件行政复议应当是对标准化诉愿制度的肯定。法律规范的概念及其规则系统的趋同、各国法律制度的趋同是当今世界政治制度和法律制度发展的一个趋势。追求完全意义的本土化已不是发达国家法治发展的一个目标。也就是说,只有当法律概念、法律规范、法律制度在诸多方面有相同的解释系统、认同一致的内涵,各国法律之间的交流才会成为可能。因此,任何一个国家在建立自己某一法律制度时必须考虑到它被公认的质的规定性一面,被大家公认的质的规定性我们可以称之为标准化,就是大家公认某制度的具体状况。这一制度就是标准化的制度,否则,这一制度则不能被视为标准化制度。一国如果建立了非标准化制度,这一制度就必然不会在国际同类制度范畴中找到他的位置。我国目前建立的行政复议制度从运作层面看与国外的诉愿制度是同一种制度,即都是由行政系统内部对不当行政行为进行校正的制度,但是我国在行政复议受案范围上应当说是不完善的。大多数国家排除在行政复议范围之外的仅是“立法行为”、“统治行为”、“内部行为”,^[26]有些国家如法国甚至把行政系统的立法行为也纳入了复议的范围。

我们认为,标准化行政复议制度的理论基础应当以行政行为能否被提起行政复议的理由来确定,而不应当以行政行为本身的理论分类和行政行为的形态来确定。

在法国的越权之诉中构成可诉愿的行政行为的理由有四个方面:一是行政机关的无权限,即只要行政相对人认为行政机关在某一行政决定的作出中无相应权限就可以提起诉愿;二是形式上的缺陷,即行政行为缺乏正当的法律形式和法律程序,此二方面的缺失可以成为行政相对人提起诉愿的又一理由;三是行政机关的决定出于权力滥用。“就是说,行政机关的决定虽然在其权限范围以内,形式也合乎法律规定,如果行使权力的目的不符合法律授予这个权力时的规定,则行政机关滥用了它的权力。”^[27]四是行政决定的内容违反法律和既得权利。上列

[25] [日]盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第257页。

[26] 前引[14],张正钊等书,第767页。

[27] 前引[18],王名扬书,第673页。

四方面构成了可以提起行政复议的四个标准,而这些标准并不以行政行为的等级和作出行政行为的机关为转移。

作为标准化的行政诉愿制度所应当审查的既包括行政机关的具体行政行为,也包括行政机关具有普遍约束力的行为,排除掉的只是立法行为。因此,我国把规范性文件纳入行政复议的范畴实际上是对标准化行政复议制度的肯定,也是使我国行政复议制度世界化的一个举措。

5. 规范性文件行政复议应当是对行政救济制度由初级到高级递进式发展的肯定。规范性文件行政复议被写进行政复议法以后,行政法学界对此有两种认识:一种认为规范性文件行政复议是我国行政法治的一大进步;另一种认为规范性文件被写进行政复议法是行政复议制度的一大倒退,其理由是将本该由司法机关握有的权力交给了行政机关。笔者认为后一种说法难以成立。如果说行政复议法第30条^[28]关于土地等权利的确认交由行政主体最终裁决是一个倒退的话,笔者是赞同的,因为这样的权力最终落于行政系统内部,而不是落于司法机关之手。而规范性文件的行政复议则与之不同,因为最终权不在行政主体手中,显然暂时也不在司法机关手中,但在我国,人民代表机关可以通过对行政权的监督而最终对一些反响较大的违法规范性文件作出校正。从我国没有关于行政管理规范性文件可以由行政相对人提出异议到目前可以由行政相对人对一部分规范性文件提出异议,从没有任何规范性文件类似于司法审查的程序审查到有这样的初级形式无疑是我国行政救济制度的一大发展。我国自1990年行政复议条例颁布以后,行政复议制度就成为了一个重要的行政法律制度。行政机关在复议审查过程中有时也涉及到规范性文件的问题,在此方面已经积累了不少经验,只是没有将规范性文件的复议审查和行政相对人的诉愿权结合起来,即以前的规范性文件的审查的进一步发展应当是将其纳入相对人的诉愿权之内。一些学者对规范性文件向高层次发展作了这样的预测:“(1)将抽象行政行为纳入复议范围后,申请复议的条件应当以相对人人身权、财产权有可能受到影响为前提条件;(2)复议管辖应当以复议机关的职权而定,原则上应以有权制定抽象行政行为的机关及其行政机关为共同可选择管辖机关;(3)抽象行政行为被复议机关撤销后,不产生溯及既往的效力,据此作出的具体行政行为的效力也以不变为宜;(4)复议机关关于抽象行政行为的复议决定对特定事项的裁决,对特定申请人的人身权、财产权发生影响。”^[29]由此推之,我们可以说,行政规范性文件行政复议是我国行政救济由初级到高级的一个尝试。

四、规范性文件行政复议理性模式的新构架

通过上述理论和实践等若干方面的分析以及对规范性文件法律定位的考察,我们必须对我国目前行政规范性文件进行反思,应从我国行政权的现状出发,结合我国加入世贸组织后行政法治的走向,构架一种理性的行政规范性文件行政复议的模式。

不言而喻,我国现行的规范性文件行政复议制度还不能称之为理性化的制度,之所以这样说有以下理由:第一,我国目前的规范性文件行政复议是在没有充分或完整理论准备下产生

[28] 《中华人民共和国行政复议法》第30条的规定赋予了复议机关对土地等确权行为的最终决定权。此规定的内容既与《中华人民共和国土地管理法》的规定不一致,又遭到学者们和法治实践的普遍批评,根本原因在于其没有留给行政相对人使用后续救济手段的机会。

[29] 杨海坤:《跨入21世纪的中国行政法学》,中国人事出版社2000年版,第535页。

的。如本文第一部分所述,我国缺少规范性文件行政复议的全套理论,由于没有理论上的准备使各种制度的设立都难以自圆其说。第二,我国目前规范性文件行政复议的制度是在司法审查制度的环境较为不利的情况下产生的。众所周知,我国行政诉讼法尽管颁布施行了 10 余年,但我国司法审查的广度和深度都存在明显不足,^[30]在司法审查制度宏观环境不利的情况下规范性文件行政复议制度自然不会是理性的。第三,我国目前规范性文件行政复议制度在较大程度上讲是在非法内因素的作用下构建起来的。我们知道,公众对我国行政权行使的任意性、随意性等近年来有强烈反应,对于这种反应人们在诸多方面给予了注意。党和国家在政治上也造成了一种对行政权行使进行有效约束的声势,自然而然地这种声势就成为左右行政复议法产生及其内容的一种原动力。诚然,其作为一种原动力对于规范性文件行政复议能在行政法治中确立起到了非常积极的作用,但法律制度是不允许注入感情因素的。“法律就是最高的理性,并且它根植于支配应该做的行为和禁止不应该做的行为的自然之中。当这种最高的理性,在人类的理智中稳固地确定和充分地发展了的时候,就是法。所以,法就是理智。”^[31]尤其一项关涉全局的法律制度更不能以法外的因素为原动力。上述方面表明我国规范性文件行政复议制度并不是深思熟虑或理性支配的产物。正是基于这样的背景,笔者认为有必要构架规范性文件行政复议的新模式,笔者试从目前该制度的条件限制出发,对新的规范性文件行政复议的制度作如下构想:

1. 不以具体行政行为为规范性文件诉愿制度的基础

《葡萄牙行政程序法》第 161 条规定:“可对任何行政行为提出声明异议,但法律另有规定者除外。”第 166 条规定:“受其他机关的等级权力拘束的机关所作的一切行政行为,均可成为诉愿的对象,但法律排除这一可能性的情况除外。”一般来讲,行政相对人只要认为自己的权利或受法律保护的权利受到行政行为的侵害,就具有了提起行政救济的资格,不在将要提起或可能受到侵害的行政行为之上附加其他条件,这应当是国际上通行的一个作法。然而目前我国的情况则不是这样。我国的行政救济制度包括行政复议、行政诉讼、行政赔偿都是以行政机关的具体行政行为的救济为基础的。由于受此种传统的影响,我国行政复议法在设立规范性文件行政复议制度时也以行政机关的具体行政行为为基础,即行政相对人对规范性文件提起复议必须以行政机关具体行政行为的存为前提条件,没有这一条件规范性文件就不能进入复议状态,“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,在对具体行政行为提起复议时,可以一并向行政复议机关提出对该规定的审查,”非常明确地将具体行政行为的存作为规范性文件行政复议的前提。笔者认为,此种规范性文件审查模式必须予以调整。因为具体行政行为和抽象行政行为是两个行为范畴,具体行政行为的违法并不必然意味着抽象行政行为违法,而抽象行政行为违法并不完全或必然通过具体行政行为体现出来,就是说,其中一部分抽象行政行为的违法必须以具体行政行为体现出来,而大多数违法抽象行政行为并不必然以具体行政行为表现。“行政复议作为一种行政监督和行政救济的重要形式,保护行政相对人的合法权益是它的基本任务之一。凡是行政主体的违法或不当的行政行为侵犯了行政相对人的合法权益,都应当纳入行政复议的范围,予以行政救济。并且,从依法行政的基本原则出发,行政机关的一切行政行为都应当受到有效的控制与监督,以保证

[30] 参见方宁等:《理性的呼唤:中国〈行政诉讼法〉实施状况调查报告》,《东吴法学》2001 年,第 301 页以下。

[31] 参见[古罗马]西塞罗:《国家篇法律篇》,沈叔平、苏力译,商务印书馆 1999 年版,第 151 页。

国家的行政权力在法制的轨道上运行,防止或减少行政主体滥用权力,侵犯行政相对人的合法权益的事件发生。”^[32]该观点亦非常明确地赞同具体行政行为复议和规范性文件行政复议提起的相对独立性。依目前的规范性文件复议模式,以具体行政行为出现的违法抽象行政行为可能会通过复议制度得到救济,而能够独立发生法律效力并对相对人造成侵害的抽象行政行为则得不到复议救济。因此,我们可以把行政复议法第7条设定的条件予以取消,即相对人认为某一规范性文件侵害其权益或对其权益的实现产生阻滞时便可以对该规范性文件提起复议审查。

为了使作者的表述清楚起见,试举一例将行政复议法规定的关于以具体行政行为为前提而提起诉讼的模式与新构架的模式作一比较。如南宁市政府1999年7月16日发布了《南宁市人民政府关于在全市征收文化事业建设费的通知》规定:“各种营业性歌厅、舞厅、卡拉OK歌舞厅、音乐茶座和经营高尔夫球、台球、保龄球等娱乐场所,按营业收入的3%缴纳文化事业建设费。……”依复议法的规定行政相对人对这一规范性文件不服不能直接提起复议,而必须等到其由于不交文化事业建设费而被文化部门对他作出一个具体的处理决定,其在对该处理决定提起复议时才可以同时对这一规范性文件提起复议。而根据作者构架的模式,这一规范性文件颁布以后,歌舞厅等就可以直接就这一规范性文件提起复议。

2. 不以造成侵权后果而设定诉愿权

包括行政复议制度在内的所有救济制度都是一种对行政行为正确性、合法性等的证明制度,通过复议审查机关的审查活动对被诉行政行为进行判断和证明,看其是否符合法律规定、是否给行政相对人的权益造成了侵害。深而论之,被复议的具体行政行为并不必然给行政相对人造成侵害,侵害与否与行政相对人的诉愿行为没有必然联系。这一大前提只能从行政复议制度的宏观方面予以把握,由复议审查机关作出判断。然而,被复议的规范性文件的待证明状态绝对不能以行政相对人的诉愿行为为起点,就是说行政相对人提起复议时其自然并没有需要证明行政行为合理与否的义务,更不能够以其证明行为作为提起复议的条件。

依目前规范性文件行政复议的规定看,只有当行政相对人的权益被某一具体行政行为(依被复议的规范性文件作出的)侵害以后,或者只有侵害结果发生以后其才能取得提起行政复议的权利。请注意,行政相对人若要对某一具体行政行为或规范性文件提起复议,对他自己来讲损害结果是必然已经发生的,至于复议机关的审查以及审查以后所作的判断都不影响从他自身出发行政行为损害结果的百分之百性。

笔者认为,应以行政相对人完全诉愿权建立规范性文件行政复议制度,若在相对人自己看来某一规范性文件只要有可能侵害自己的权益、已经威胁到自己的权益时便可以对该规范性文件提起复议,而不能等到在他自己看来损害结果发生以后才获得诉愿权。“将抽象行政行为纳入复议范围后,^[33]申请复议的条件应当以相对人人身权、财产权有可能受到影响为前提条件。……抽象行政行为不同于具体行政行为,它是对未来发生法律效力的行为,作出之后并不立即对相对人产生直接的法律效力,但会在将来某一时间可能发生效力。因此,申请复议的条

[32] 刘恒:《行政救济制度研究》,法律出版社1998年版,第118页。

[33] 应当指出,笔者所谈的规范性文件行政复议和该引注提到的抽象行政行为行政复议并不是一个可以等同和相互替换的概念。我们知道,抽象行政行为包括行政立法行为和颁布规范性文件的行为两大类,将行政立法纳入行政复议的范围并不是本文研究的主题,但有关抽象行政行为行政复议的理论分析有益于我们论证规范性文件行政复议问题。

件应不同于对具体行政行为申请复议的条件,即不能以相对人权利已经受到不利影响为条件,而应当以相对人权利可能受到影响为前提。”^[34]规范性文件产生以后与其他具体行政行为一样,必然产生四个方面的法律效力,即公定力、确定力、拘束力和执行力。所谓公定力指:“在原则上均应受适法之推定,于未经依法变更或经有权机关加以撤销或宣告无效外,任何人均不得否定其效力。”^[35]而确定力指不得随意变更之效力。所谓拘束力指行政行为成立以后,作为行政行为之机关与行政相对人及利害关系人应受其合法拘束,不得违反。对于因行政行为所引起的权利义务,负有容忍的义务。强制力指行政行为对负有作为义务的行政相对人,在不履行义务的情况下,可以强制其履行。这样的法律效力无论从哪个角度考察都不可能不对行政相对人的实体权利和程序权利产生当下的影响。因此,我们认为,规范性文件只要成为正式的政府文件,发生了法律效力就应当具有可诉愿性。因为这种效力对行政相对人来说也是一种实际的法律后果。

在这里必须合理区分这样一个问题,即抽象行政法律关系和具体行政法律关系的界限。行政机关在职权行使中是通过两种行政法关系对社会生活进行调控的,一种是抽象的行政法律关系,指由规则设计已对相对人的权利义务和行政主体的权利义务产生隐形影响,但没有在具体的人和事中运作。另一种是具体的行政法律关系,指行政主体和行政相对人就某一具体事件而发生的具有直接性的权利义务关系。这两种行政法律关系对行政主体和行政相对人的意义是一样的。而行政复议法将抽象的行政法关系排除在行政法关系之外,显然是不妥的。我们不妨举一例说明,如广州市人民政府发布的《关于禁止机动三轮车在市区部分道路行驶的通知》规定:“禁止机动车在三环市路、东风路、中山路、沿江中西路、长堤大马路、西堤二马路、六二三路、小北路、全边路、北京路、解放路、人民路 and 海珠桥、人民桥行驶。”这一规定实际上营造了行政主体和行政相对人一种抽象的行政法关系,在这样的关系之下,行政主体同样对行政相对人行使了权力,相对人同样承受了行政权的作用后果。因此,其完全应当单单对这一规范性文件提起复议。故而,行政复议法第7条应取消“在对具体行政行为申请复议时”的条件限制,确立其在规范性文件或依规范性文件实施的具体行政行为发生之前就可以提起行政复议的权利。

3. 不以规范性文件地位高低而选择复议审查主体

行政复议法关于行政复议主持机关的性质和法律地位有两条规定:一个是第3条,依此条“依照本法履行行政复议职责的行政机关是行政复议机关。……”另一个是第4条,该条规定:“行政复议机关履行行政复议职责,应当遵循合法、公正、公开、及时、便民的原则,坚持有错必纠,保障法律、法规的正确实施。”此二条对行政复议机关的属性和法律地位的规定是恰当的。从这些规定我们可以看出,行政复议主持机关在复议审查中应当有完全的审查权,应当像一些国家的行政裁判机构那样只以违法与合法、合理与不合理等为履行职责的出发点,而不应以所审查的行政行为的地位高低进行避重就轻的选择。然而,我国行政复议法第26条规定将总则部分关于行政复议机关性质和法律地位的规定又作了否定,即其在对规范性文件进行审查时,先要看这一规范性文件是出自哪一个层级或哪一个具体的行政机关之手,若该规范性文件的制定主体地位较低其就可以进行违法与否的审查,若该规范性文件制定主体的地位较高其

[34] 参见马怀德:《将抽象行政行为纳入行政复议的范围》,《中国法学》1998年第2期。

[35] 张家洋:《行政法》,台湾三民书局1998年版,第637页以下。

就要将复议审查权交由他人。理论界也有学者为了寻找一个适合中国国情的解决途径,用心良苦地指出:“为了贯彻行政复议高效、便民原则,应当以申请人所在地的基层人民政府为管辖机关,该管辖机关无权审查抽象行政行为,应在一定期限(如一个月)内将相关申请案卷材料直接移至有权机关。”^[36]对行政复议机关法律地位的这种变通规定的设想恰恰反映了我国行政法治水平还处于较为初级的阶段。我们认为,一则,行政复议审查就行政行为的合法、合理与否为基点,至于不合理不合法的规范性文件谁有权纠正却是无关紧要的,因为审查的依据应当是法律而不是行政主体尤其实施行政行为的行政主体之职权和地位。二则,就行政管理规范性文件而论其是同一层次的东西,其处于行政法的同一渊源层次上,不能因其制定主体地位的高低再确定规范性文件的性质。三则,行政复议制度既然被基本法律所认可,既然是一个完整的法律制度其就应当区别于行政系统内部的指挥命令制度,因此,复议主持机关除服从全国人大的法律等外不应当考虑其在行政系统的隶属关系。故而,行政复议法第26条应赋予受理复议的机关完全的审查权。

4. 不以其行为的抽象性而设定新诉愿时限

行政复议法关于行政复议决定的期限将具体行政行为的复议和规范性文件的复议是分别规定的,关于具体行政行为的复议决定期限有两条规定:第27条:“行政复议机关在对被申请人作出的具体行政行为进行审查时,认为其依据不合法,本机关有权处理的,应当在三十日内依法处理;无权处理的,应当在七日内按照法定程序转送有权处理的国家机关依法处理。……”第31条规定:“行政复议机关应当自受理申请之日起六十日内作出行政复议决定;但是法律规定的行政复议期限少于六十日的除外。情况复杂,不能在规定的期限内作出行政复议决定的,经行政复议机关的负责人批准,可以适当延长,并告知申请人和被申请人;但延长期限最多不超过三十日……”关于具体行政行为复议的时限是具体明确的,而且有较强的可操作性。行政复议法第26条关于规范性文件的行政复议规定了一个单独的期限,正如上文已经分析的这一期限存在很大问题。因此,笔者认为,为了保证行政复议程序的连贯性没有必要为规范性文件的行政复议设立新的期限。

5. 不以其审查结果影响的不特定性而限制后续救济手段

“虽然绝大多数行政规则的确关注将来的行为标准,但机关偶尔也发布作用在于有追溯效力的规则。”^[37]表明规范性文件与具体行政行为相比有两个特殊的地方,即具体行政行为和规范性文件的共同性在于其都有可能具体的事件中发生作用,而不同之处在于规范性文件除了在具体的事件中起作用外,还有未来行为的预测性,就是为行政相对人未来的行为和权利提供规则。过去行为的追溯性,就是有些规范性文件会对人们以前的行为产生影响并可能导致其进入诉愿状态,如某市政府制定的机动车停车规定就会对已经修建的停车场的权益带来有利或有害的结果。若在有害结果的情况下,这一规范性文件将对其过去已经产生的权益造成影响。规范性文件的这种特殊性必然反映在其复议结果方面。具体地讲,规范性文件行政复议的结果与具体行政行为复议的结果差别甚大,一般而论,具体行政行为复议审查的结果只影响特定的行政相对人,即行政复议提起人,而规范性文件行政复议的结果所影响的一是特定行政相对人,就是提起复议的行政相对人,此时其与具体行政行为提起行政复议及其审查后果相同。二是不特定的相对人,一个规范性文件通过行政复议的审查如果予以维持其将对一些

[36] 参见前引[33],马怀德文。

[37] 前引[15],欧内斯特·盖尔霍恩等书,第191页。

相对人产生广泛影响,因为其还要继续发生法律效力。反之,若一个规范性文件通过行政复议审查予以改变其同样会关系到相当一部分不特定行政相对人权益。也许正是由于规范性文件行政复议结果的这种不特定性,行政复议法关于规范性文件行政复议审查以后的后续状态采取了回避的态度。即其仅规定这一规范性文件交由有处理权的机关处理,至于处理结果如何、处理以后行政相对人的态度如何都没有规定。若依目前我国行政救济制度的状况,在复议审查机关审查结果出来以后就应是最终的审查结果,至少对该规范性文件行政相对人再无其它的救济途径。这实际上将规范性文件合法与否、合理与否的最终裁断权交给了行政系统。笔者认为,此种让行政相对人失去后续救济手段的状况与行政法治的走向是格格不入的。为了保证规范性文件行政复议的效力或者有效性,一些国家甚至采取了回转式复议方式,就是通过司法审查后,若发现政府行政系统的规范性文件存在不当,行政相对人和其他利害关系人可以再提醒制定机关进行审查。“由于法律或上级条例的出现,而使下级机关某项条例的存在成为不合法时,根据行政法院的判例,利害关系人可以在法律和上级机关公布后两个月内,请求行政机关废除或修改不符合法律情况的条例。……由于事实情况的重大变迁,因而使某些条例的继续存在丧失合法基础时,根据行政法院的判例,利害关系人也可请求行政机关废除或修改丧失存在依据的条例。”^[38] 这些有特色的制度是我国规范性文件行政复议应当引起注意的。

上面已经指出,具体行政行为与抽象行政行为相比其对行政相对人权益的影响是单一的、个别的,而抽象行政行为对行政相对人权益的影响则要广泛而深刻得多。那么,既然我们能够在具体行政行为的复议中赋予行政相对人后续救济手段,我们为什么不可以在抽象行政行为救济中也赋予行政相对人同样的救济手段呢?当然,这涉及到对我国行政救济制度进行全面改革的问题,牵涉到对我国行政诉讼制度进行完善问题,也就是说,规范性文件被纳入行政复议的范畴之后,完整意义上的规范性文件行政复议被法律规则予以认可后,全面司法审查的时日亦将必然到来,这也正是复议和诉讼之间的逻辑关系。

Abstract : The system of administrative review of normative documents is established by Article 7 of the Law on Administrative Review. However, great difficulties have been encountered by this system in its operation. As a result, this system performs practically no function and creates many new problems in the practice of the rule of administrative law. The fundamental reason for these problems lies in the insufficiency of the theory on administrative review of normative documents. Therefore, it is necessary to determine the position of administrative review of normative documents, such as the confirmation of citizen's complete right of petition, the power of administrative supervision at the normative level, and implied confirmation of comprehensive judicial review, in the theory of administrative law. A rational system of administrative review of normative documents can be logically established through this method. The essence of this system lies in the fact that it makes the administrative review of normative documents independent and comprehensive and strengthens the authority of the organs of administrative review.

[38] 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1998年版,第150页。