

违法行政规范性文件之责任追究

刘松山*

内容提要 :从行政机关制定规范性文件的行为与议会立法行为的区别,政治责任和违宪责任的相关理论,以及矛盾的普遍性和特殊原理入手,可以揭示出,违法行政文件制定主体所承担的责任,在性质上应当属于具体的法律责任。借鉴国外的有关立法和理论,尽快建立起我国对违法行政规范性文件的责任追究制度,特别是确立人民法院对行政规范性文件的司法审查制度和违法文件制定者的个人责任追究制度,对实行依法行政、保障公民权利具有重大意义。

关键词 :违法行政规范性文件 政治责任 违宪责任 法律责任 责任追究

在我国的行政立法和理论中,一种普遍性的观点是将行政行为区分为具体行政行为和抽象行政行为。笔者不同意这种划分。但是,本文还需借用“抽象行政行为”这一概念的内容,而冠之以“行政规范性文件”之名(它包括行政法规、规章和规章以下的规范性文件)。因为论证的目的不在于对这两类行为进行划分,而是旨在探究违法行政规范性文件的责任。

一、问题的提出

(一)几则案例

案例 1,违反宪法:《中国青年报》2002 年 1 月 9 日、11 日连续报道,中国人民银行成都市分行年初在媒体上刊载招聘通知,对报考职员的身高作出限制性规定,要求男性身高不得低于 1 米 68,女性身高不得低于 1 米 55,引起四川大学一副教授代理求职学生提起诉讼,状告银行的招聘通知侵犯了宪法规定的平等权。

案例 2,违反刑法:80 年代后期,昆明市官渡区副区长储某在为四川攀枝花市驻昆明办事处协助办理征地事项的过程中,收受该办事处送给的彩电等物品,被昆明市官渡区人民法院、昆明市中级人民法院两审依据刑法认定构成受贿罪。而 1991 年底,昆明市中级人民法院对该案决定再审,判决上述被告人无罪。理由是:上述被告人收受财物的依据是中共攀枝花市委、市政府下发的[86]40 号文件。该文件规定,为使攀枝花市驻昆办事处能够顺利设立,应对当

* 全国人大常委会法工委国家行政法室副处长。

地有关干部给予协助,对有贡献者可以作出不同程度的奖励。昆明市中院认为,储某等被告人收受物品的行为,是“受惠于异地政策规定,不能定为受贿”,并报经省高级人民法院同意,从而将储某的受贿罪改判无罪。^[1]

案例3,违反担保法:今年1月12日,《法制日报》刊载出一则题为《政策和法律打架责任谁来承担?》的疑难案例:福建省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政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。

案例4,违反药品管理法:《法制日报》2002年1月15日以《部门通知比法还大?》,16日以《岂能变通或“驾空”法律》为标题,报道国家药品监督管理局等二部门以部门通知形式将修订后药品管理法中有关内容推迟2个月实施的违法行为及社会反响。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。国家药监局等二部门《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。

案例5,违反公益事业捐赠法:《深圳都市报》2001年5月10日以《手机用户状告陕西省长》的醒目标题报道:1998年,陕西省政府发布了经省长签署的(1998)4号文件,规定向当地手机用户收缴每个月10元钱的“帮困基金”,由电信部门为陕西省政府代收。省政府的这个文件显然违反了公益事业捐赠法第4条的规定:“捐赠应是自愿和无偿的,禁止强行摊派或变相摊派”。2000年8月3日,西安市的两名手机用户——西北政法学院一教师和《消费者导报》一记者向西安市中级人民法院提起诉讼,状告陕西省政府及省长,请求法院确认政府收取帮困基金的文件违法并予以撤销,判决政府返还所收取的帮困基金及利息。但结果是,这个具有轰动效应的起诉,从西安市中级法院到陕西省高级法院均遭到驳回。

当然,这只是几则被公开的比较有代表性的案例,在实际生活中行政机关制定违法文件的数量决不在少数。特别是一些政府和部门的乱收费、乱罚款、乱摊派、实行地方保护甚至非法限制公民人身自由和财产权利等违法行为,都是以制定和执行违法行政规范性文件的方式进行的。

(二) 行政规范性文件违法的成因

[1] 参见昆明市中级人民法院:《罪与非罪》,1993年编印,第12页以下。

1. 行政规范性文件的制定中存在“三乱”现象。一是制定主体乱。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。二是规范的事项乱。行政规范性文件所规定的问题和事项林林总总,千头万绪,无所不包。三是制定程序乱。各个机关、部门究竟是在按照什么样的程序制定行政规范性文件,也是各使其招。而到目前为止,除了个别地方对政府文件的制定程序作出规定外,从保证国家政令统一、建立完备的文书制度的角度看,对谁有权制定行政规范性文件,哪些事项才能由行政规范性文件加以规定,各类主体需要按照什么样的程序制定行政规范性文件,国家还没有作出统一规范。国务院颁布的《行政法规制定程序条例》和《规章制定程序条例》,从制定行政法规和规章本身的规律出发,对行政法规和规章的制定程序作出了比较完善的规定,在很大程度上为避免二者的违法提供了保证。但是,规章以下行政规范性文件的制定依据只有《国家行政机关公文处理办法》,而这个办法所规定的只是行政机关公文的种类和格式、行文规则以及公文的收发管理等形式上的问题,对行政规范性文件内容本身的违法并不能提供有效的制约。可以说政府红头文件已经成为规范性文件管理中最为混乱的领域乃至死角。“三乱”现象的存在使行政规范性文件违反法律成为必然。

2. 对行政规范性文件的监督实际处于虚置状态。宪法、地方组织法等法律明确规定,全国人大常委会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的决定和命令;国务院有权改变或者撤销各部、委员会的不适当的命令、指示和规章,以及地方各级国家行政机关不适当的决定和命令;县级以上的地方各级人大及其常委会有权撤销本级人民政府的不适当的决定和命令;县级以上的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不适当的决定、命令;乡镇一级的人民代表大会有权撤销乡镇人民政府的不适当的决定和命令。但在实际工作中这些规定基本处于虚置状态。不要说红头文件,即使立法法已经对法规、规章规定了违法审查程序,国家至今也没有对一件违法的法规、规章予以审查撤销,而违背法律的法规、规章决不在少数。监督手段的虚置使已经违反法律的文件得不到纠正,从而间接放纵了行政规范性文件对法律的恣意冲突。

3. 法律体系和行政体制的层级过多。我国是单一制的大国,情况异常复杂,为完成对这样一个大国的有效管理,又不得不建立起多层次的立法体制和法律体系:在宪法下面有法律,在法律下面有行政法规,在行政法规下面有地方性法规,在同级地方性法规下面还有政府规章;不得不建立起多层次的行政管理体制:在国务院下有省级人民政府,省级人民政府下面又分别有副省级、地市级、县级和乡镇一级人民政府。在如此复杂的法律体系和行政体制下,每一级政府都是执法机构,都有权制定各类行政规范性文件,上下级关系看似等级分明,实则错综复杂,这就使得行政规范性文件违反法律的现象不可避免。

4. 人治思想的影响。依法治国虽然作为一项治国的基本方略被广为提倡和宣传,但行政执法队伍的法律意识和法制观念不强,人治的传统根深蒂固。虽然以宪法为核心的法律体系已基本形成,国家和社会生活的各个方面已基本做到有法可依。但是,一些行政机关特别是行政机关负责人对即使规定得十分具体的法律法规也常常置于一边,过分热衷于用“一枝笔”签署红头文件,而不是直接用法律法规去管理国家、管理社会。因此,红头文件泛滥和违反法律的现象就见怪不怪了。

5. 缺乏对公众负责的精神。更深层次的原因恐怕是,我们还没有建立起一套完备的体制,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公民。相反,许多行政规范性文件的出台,看似出于维护公共利益、加强社会管理的需要,实则是强化和扩大行政权力,推进政府及其部门自身利益甚至表明个人政绩的需要。

(三) 理论研究和制度建设的缺失

在对违法行政行为的责任追究方面,长时间以来,我们主要将注意力集中于具体行政行为,而对行政机关及其工作人员制定违法行政规范性文件的责任追究,“以往学术界并没有重视这个问题,更未见有人深入研究抽象违法行政行为与具体违法行政行为责任的特点与规律。这种情况不仅在一定程度上制约了违法行政责任理论研究的深入,而且对我国违法行政责任制度的完善和运行也产生了不利影响。例如,抽象行政行为违法应当承担什么样的责任?由谁承担?采取何种方式承担?由谁归责?等等。这一系列问题在理论和实践上到目前为止都没有得到很好的解决。否则,抽象行政行为的混乱状况就不会如此严重。”^[2]

而现行行政诉讼法明确将对抽象行政行为的起诉排除在法院的受理范围之外。这就使得,一方面,公民和社会组织的权利无法通过法院救济得到实现;另一方面,行政机关制定违法文件的“胆子”极有可能变得更大。上述案例5中法院驳回两公民状告陕西省政府及省长的裁定,就是生动例证。这则案例给人们的严重启示是,在现行法律体制下,政府制定的违法文件无论造成什么后果,只要没有权力机关或者上级政府的撤销与追究,行政相对人和法院实际都将束手无策,违法文件则能继续畅行无阻,文件制定者则可以不承担任何责任。

鉴于行政规范性文件违法的严重性,在行政复议法的制定过程中,经过激烈争论,立法机关最终在扩大收案范围方面迈出了艰难一步,将部分抽象行政行为纳入了行政复议范围。但是,这种由行政机关实行自我监督的方式究竟有多大效果,还有待于实践的进一步验证。如果说实践中由于具体行政行为违法而负责的情形属偶有所闻的话,那么由于制定违法文件而受到追究者则是闻所未闻了。随着行政法治实践的逐步推进,各方面提出对违法行政规范性文件之责任追究展开理论研究和立法完善的要求也日渐强烈。

二、违法行政规范性文件责任之性质

科学界定违法行政规范性文件的责任性质对于追究抽象行政行为的违法责任,实现行政法治具有十分重要的意义。目前为止,理论界对制定违法行政规范性文件的责任性质存在不同的认识。一种观点认为,“行政机关制定的规范性文件归属于宪法监督内容是不存在问题的,国内学者出奇地一致持肯定态度。”^[3]为什么会产生这种认识呢?“或许是基于这样一种信念,即制定具有法律效力的规范性文件之权力本质上概属立法权,有关立法权的运作和控制宏观上必须由宪法或由宪法性法律加以制度化,其他部门法是无法解决的。”而宪法有关国务院的行政法规、决定和命令需由全国人大常委会撤销的立法实践也证明了这一点。^[4]有的学者则从人民主权的角度进行阐述,认为“根据人民主权原则,国家机关享有的多种权力形式都来自于人民,它们制定的规范性文件都应当受到人民的监督。因此,行政机关制定的规范性

[2] 姚锐敏、易凤兰:《违法行政及其法律责任研究》,中国方正出版社2000年版,第198页。

[3][4] 参见胡建森主编:《行政违法问题探究》,法律出版社2000年版,第461页。

文件,不论来自于职权立法还是委任立法,都属于宪法监督的范畴。”^[5]这类观点虽然没有明确指出违法行政规范性文件的性质,但将行政规范性文件的制定视为立法行为,将其监督纳入宪法监督的范围,显然其责任属于违宪责任了。

第二种观点认为,违法行政规范性文件的性质属于政治责任和违宪责任。^[6]而“所谓行政政治责任,一般而言,就是行政机关及其工作人员违反特定的政治义务而导致的政治上的后果。”对于违反这种义务的后果的确认与追究,通常与国家权力机关、政党、人民群众及人民团体施加的政治压力有关。“行政违宪责任主要是指行政机关的重大行政行为直接违反宪法所应承担的责任,如国务院发布的行政法规以及具有普遍约束力的决定和命令等抽象行政行为,若直接与宪法规定发生冲突,全国人大及其常委会则可通过撤销、罢免等方式追究行政机关及其首长的责任。”而“违宪责任在我国属政治问题”,“不单纯是法律问题”,“因此,行政违宪责任实质上属政治问题之列。”^[7]这一观点实际是在很大程度上将政治责任与违宪责任等同起来。值得注意的是,第一种观点和第二种观点在论及抽象行政行为为责任属违宪责任时,所举以论证的例子都是国务院发布的行政法规、决定和命令,而对规章以下的违法行政规范性文件责任是否属于政治责任和违宪责任却避而未言。

而第三种观点则认为,违法行政规范性文件的性质具有双重性,即属于行政违法责任和违宪责任。“如果行政机关制定规范性文件的抽象行政行为违反授权意图或作为抽象行政行为之依据的法律、行政法规,那么,这一抽象行政行为当然属于行政违法。同时,这一抽象行政行为属于违宪范畴,制定的规范性文件应当接受宪法监督。”^[8]这是将行政规范性文件的行政违法责任与违宪责任相提并论的。而有的学者则从抽象行政行为与具体行政行为的比较来区别两者违法责任的性质,认为“前者既是行政违法更属违宪范畴,而后者则仅为行政违法行为”,^[9]“抽象行政行为违法的,应当承担违宪责任。但从现有的法律规定来看,我国尚未确立违宪审查制度,也没有对抽象行政行为的行政违法责任及其他法律责任作出规定。”^[10]这一论述又表明,违法行政规范性文件首先应当承担违宪责任,而此后则应当承担具体的行政违法责任和其他法律责任。

本文认为,行政机关及其工作人员制定违法行政规范性文件的性质,其性质属于具体的法律责任,即违法执行法律的责任或称行政违法责任,包括具体的行政责任、民事责任、刑事责任。违法文件的制定者还应当同时承担政治责任或违宪责任,但由于事物的性质由矛盾的特殊性决定,相对于具体的法律责任而言,政治责任和违宪责任是矛盾的普遍性,不属于违法行政规范性文件的性质。

(一)关于立法行为之非

将行政机关制定规范性文件(特别是制定行政法规和规章的行为)视为立法行为或者准立

[5] 李忠:《宪法监督论》,社会科学文献出版社1999年版,第133页。

[6] 将违法行政规范性文件之责任性质视为违宪责任的论述,论著中并不少见,而对视为政治责任并形诸文字的论述,在笔者这里却未曾多见。但现实中违法行政规范性文件之责任却常常首先以政治责任而被人们诉诸直观的。对政治责任之性质人们何以多心言之而少形诸文呢?也许既有理论中政治责任的范畴过于宽泛乃至难以捉摸的原因,又有实践中政治责任过于敏感和难以追究的原因。

[7] 参见王成栋:《政府责任论》,中国政法大学出版社1999年版,第22页以下。

[8] 前引[3],胡建森主编书,第461页。

[9] 杨解君:《行政违法论纲》,东南大学出版社1999年版,第27页。

[10] 同上书,第27页以下。

法行为并进而认为其责任属于违宪责任的观点,实际是在很大程度上将行政机关制定规范性文件的行为与议会立法等同起来了。根据传统的主权豁免理论和三权分立原则,议会立法属于主权立法,而主权者是造法者,它不会制定法律来反对自己的。即使议会立法造成了损害,也不是普通法院所能解决的问题,而只能诉诸宪法手段或者政治手段解决。因为议会只向选民负责而不向法院负责。因而议会立法的责任属于违宪责任或者政治责任。由此而言,制定行政规范性文件的行为一旦被视作立法行为或者准立法行为,在发现违法因素时,当然也就只能由宪法监督机关适用宪法或宪法性法律而不能由普通法院适用普通法律予以解决,其违法的责任也就属于违宪责任而非法律责任了。

尽管二战以后行政立法呈现出扩张趋势,但是,各国政权体制的一个基本特点仍然是,普通行政机关是法律的执行机关,行政权的本质是执行权而非立法权。行政机关可以进行委任立法或者制定其他具有普遍约束力的规范性文件,但这些行为都从属于议会立法,只是执行议会法律的一种方式而已,它具有立法行为的一些特点乃至规律,但并没有改变行政权是执行权而非立法权的本质,由它在执行法律方面引起的纠纷和诉讼完全能够通常也只能由普通法院予以解决。普通法院的职能就是看管议会制定的法律是否得到认真执行,它无权挑战议会的权威,却有权监督行政机关的行为是否符合议会法律。因而在英、法、美等国家,行政机关制定文件的行为包括委任立法行为无一例外地都要接受普通法院的审查,而没有上升到普通法院不能解决需要诉诸宪法乃至政治途径予以解决的地步。普通法院是适用法律的机关(当然,有些国家的普通法院还是适用宪法的机关),行政机关执行法律的行为一旦被它判决为违反法律,这一行为所承担的无疑是具体的法律责任。

对行政机关执行权的性质我国宪法第85条和地方组织法54条规定得很清楚:国务院即中央人民政府是“最高国家权力机关的执行机关”,“地方各级人民政府是地方各级人民代表大会的执行机关”。可见行政机关不仅是执行机关,而且是从属于权力机关、执行权力机关意志的机关。最高权力机关的意志就是法律。地方各级权力机关制定的地方性法规和其他决议、命令都是法律的具体化,所以各级行政机关都是法律的执行机关。虽然宪法、地方组织法和立法法等法律对我国行政机关制定行政法规和规章的行为作出了规范,但这一规范是基于行政法规和规章的制定具有一定的立法特征和规律而作出的,并不意味着它们在行使着国家立法权,并不意味着它们和立法权有相同的性质和地位。特别是部门规章和地方政府规章的制定应否纳入立法法的调整范围,曾经有过激烈的争论,将它们在立法法中作出统一规定,一个重要目的就是这一行为进行严格规范,而不是说制定规章的活动本身就是立法。在我国的人民代表大会制度下,国家权力体系分为三个层面,第一个层面是权力机关统一行使国家权力;第二个层面是权力机关之下的行政机关、审判机关、检察机关和军事机关分别行使国家的行政权、审判权、检察权和军事权;第三个层面则是行政、审判、检察、军事机关下属的各部门为落实行政权、审判权、检察权和军事权而分别去履行各项具体的行政、审判、检察和军事的职能。在这样一个权力体系中,行政机关及其部门制定规范性文件的行为实际都是在第二和第三个层面运作,都是执行法律的行为。而与行政机关平行的则是同级审判机关和检察机关,权力机关居于“一府两院”之上。平行的“一府两院”,它们的权力实际是互相制约、互相监督、最终统一接受权力机关领导和监督的。而法院的根本职能就是通过对法律的执行和遵守中出现的各种问题进行裁判来维护国家法制的统一,其中就包括了对行政机关执行法律行为的裁判,当然也包括了制定规范性文件是否违法的裁判。而行政机关违法执行法律的行为是在对其

进行平行监督的法院这个层面上就能解决的问题,并不直接与高于其上的权力机关发生关系,更没有威胁到权力机关的地位,上升不到宪法问题和政治问题。所以,违法行政规范性文件的责任是法律范围内的责任,而不涉及门槛很高的违宪责任。

而我们将行政行为划分为具体行政行为和抽象行政行为,在很大程度上模糊了违法行政规范性文件的责任性质。这一划分纯粹是一种学理上的见解和分析,它究竟有多大的合理性和实际意义,是很值得怀疑的。在一些大陆法系国家和地区,对行政机关制定具有普遍约束力文件的行为和具体的执行行为虽然也有划分,但这种划分并未改变制定文件的行为作为执行权的性质,并未影响对其违法责任的审查和追究。所谓抽象行政行为和具体行政行为虽然存在适用对象、适用时间和适用效力等方面的区别,但这些区别都是行政执法方式上的区别而非本质上的差异,对两者不可能也没有必要作出彻底的划分。对于行政机关制定政策和具体执行行为的不可绝对划分,王名扬先生已有深入论述。^[11]作为行政机关行使职权的不同方式,无论具体行为还是抽象行为,只要违背了法律,就应当承担相应的法律责任。但有意思的是,我国的行政诉讼法和行政复议法中对有关受案范围的规定,也使用了“具体行政行为”一词,而在其他的法律如国家赔偿法等法律中,却没有进行这样的划分,特别是刑法在设定罪名和规定刑事责任时,也没有规定行政机关及其工作人员违反刑法的行为仅限于具体行政行为,这说明制定行政规范性文件的行为同样属于刑法调整的范围,适用其有关犯罪和刑罚的规定。所以,所谓具体行政行为和抽象行政行为的理论和立法,实际导致了法制的不统一,在实践中也产生了误导,使人误以为抽象行政行为连提起诉讼都不可以,对其制定者的具体法律责任则更不可以追究了,并直接导致了立法和执法中违法行政规范性文件责任追究的真空地带。一提起抽象行政行为,我们就习惯地将其与立法行为联系起来,将其责任与违宪责任乃至政治责任联系起来,并将对这一责任的追究视为畏途。

(二)关于政治责任之非

从政治学的观点看,所谓政治责任当然是指政治生活领域的责任,即由政治行为引起的责任。但是,对于什么是政治或者政治行为,在政治学领域的解释就有十多种,^[12]见仁见智。这实际就决定了,政治责任具有很大的不确定性,对它的理解很难达成共识。因为“政治本身是流动的”,^[13]所以政治责任就不可能象法律责任那样明确和稳定,也不能由法律予以完全规定。

根据较为权威的《布莱克维尔政治学百科全书》关于“政治”一词的解释,政治是与公共政策联系在一起的,“政治是在共同体中并为共同体的利益而做出决策并将其付诸实施的行动”;^[14]“政治可以被简单地定义为一群观点或者利益方面本来不很一致的人们做出集体决策的过程,这些过程一般被认为对这个群体具有约束力,并作为公共政策加以实施。”^[15]在政治学领域,人们也通常将政治责任的承担界定于公共政策制定的领域,认为“虽然不能把制定公共政策当作政治责任主体专有的职责,却可以把制定公共政策看作政治责任主体的主要职

[11] 参见王名扬:《美国行政法》下册,中国政法大学出版社1997年版,第779页以下。

[12] 参见施雪华主编:《政治科学原理》,中山大学出版社2001年版,第9页以下。

[13] 张贤明:《论政治责任》,吉林大学出版社2000年版,第59页。

[14] 《布莱克维尔政治学百科全书》,中国政法大学出版社1992年版,第583页。

[15] 同上书,第584页。

责”。^[16]

但是,在法学领域特别是行政法学和行政诉讼法学领域,人们对政治行为或者政治问题的认识与政治学领域并不一致。在行政诉讼中,衡量是否属于政治问题的根本标准,是普通法院能否对其进行审查处理。所谓政治行为常常仅被限于对国家主权的运用,而行政机关除主权运用以外制定公共政策的行为都没有例外地被视为执行法律的行为,与政治问题没有关系,都必须接受法院的审查,一旦违法就须承担相应的法律责任。政治行为不能受法院审查主要是基于分权的需要,以及保持法院的中立和权威的需要。从各国的司法实践来看,政治行为在司法活动中受到严格限制,其范围呈现出逐步缩小的趋势。

那么,是否只有政治行为才能引起政治责任呢?应当说不是。执行法律的行政行为也可以引起政治责任。这实际又涉及一个问题,即政治责任和法律责任的区别是什么?一种代表性的观点认为,政治责任的承担是基于政府政策的失当和不合理,而法律责任的承担是基于政府行为违反了法律,构成违法行为。^[17]依照这一标准,只有在政府决策失误和不称职时才应当承担政治责任,而在政府行为违法时应当承担的是法律责任而非政治责任。但本文更倾向于同意这样一个观点,即“一个政治责任主体,也可以同时是法律责任的主体”。^[18]“决定政策之官员,除负行政与法律责任外,并兼负政治责任。”^[19]“官吏行使职权,本来有遵守法令的义务,官吏玩忽法令,在法治政治之下,也须负法律上的责任。”^[20]政策的失误和不合理固然应当承担政治责任,但违法是比失误和不合理更为严重的行为,不能因为承担了法律责任就免除政治责任。因为一个基本的共识是,在民主社会中,公共权力行使者的政治责任实际就是对议会和选民的责任。议会和选民对公共权力行使者的要求很高,而法律对他的要求则是最低的底线。而法律的底线实际就是议会意志和选民意志在政治责任方面所能忍受的最低限度。所以行政机关制定的文件一旦违背法律,当然就违背了公意,不仅要承担法律责任,还要承担政治责任。

但是,制定违法文件需要承担政治责任,并不是说违法文件的责任性质就是政治责任。按照唯物辩证法的基本原理,事物的性质是由矛盾的特殊性决定的。由于政治行为的要求高于法律行为的要求,所以任何违法的行为其实都是违背政治义务的行为,任何违法的责任都是首先以政治责任为代价的。所以,相对于具体的法律责任而言,政治责任其实是一种普遍性的责任,属于矛盾的普遍性;违行政规范性文件可能导致政治谴责和制裁的后果,但是,它的责任是基于违背法律而产生,其性质是具体法律层面上的责任,属于矛盾的特殊性。将违行政规范性文件的责任归于政治责任,不仅是将行政行为的违法性视为不当性,而且是忽视了矛盾普遍性和特殊性的区别,它的直接结果就是导致对法律责任的忽视,导致以承担政治责任的形式来代替具体法律责任的承担。

通常说来,政治责任的追究方式包括责任主体迫于外界压力而实施道歉和辞职,议会对责任主体实施质询、弹劾、不信任投票和罢免等。但显然这些追究方式与法律责任的追究相比更

[16] 前引[13],张贤明书,第67页。

[17] 对这一问题的论述可参见陈鉴波:《现代政治学》,台湾三民书局1974年版,第556页以下;萨孟武:《政治学》,台湾三民书局1982年版,第160页。

[18] 前引[13],张贤明书,第63页。

[19] 李华民:《中国人事行政论丛》,台湾中华书局1974年版,第250页。

[20] 前引[17],萨孟武书,第293页。

具有道义色彩、非强制色彩,它的启动程序都是相当重大和复杂的。所以,代议制理论的一个重大发明就是,议会和选民对公共权力行使者的控制不仅有政治控制,还有宪法控制,而更倚重的是具体的法律控制,通过普通司法机关的审判去约束和监督行政权力的行使。其中,法律控制是具体的、日常的,政治控制是重大的、例外的;法律控制是强制的、客观的,政治控制是非强制的、道义的和主观的;法律控制是低成本、高效率的,而政治控制则是高成本、低效率的。所以,对于违背政治义务的行为,实际上不到万不得已的时候,是不去诉诸政治途径解决问题的。而一旦要追究政治责任,这种“政治责任的实现相对法律责任的实现而言具有优先性。”^[21]比如一旦某一公共官员被确定须负刑事责任之前,他首先要被罢免和剥夺通过政治途径获得的公共职务,以免他利用这种公共职务进一步危害社会。因为“如果不优先追究政治责任,政治责任主体仍然握有公共权力,其作为法律责任主体所应承担的法律责任就可能因为权力的影响而得不到有效追究。”^[22]

而在我国,人治的影响根深蒂固,行政机关的权力没有得到应有的约束,公民的选举和罢免制度还存在不少问题,权力机关职权的行使还有待于进一步加强,违宪审查制度的建立还不是一个可以预期解决的问题,这些都使得对于公共官员所谓政治责任的追究几乎不可能实现。所以,将行政机关制定违法文件的责任笼统地归于政治责任,对于明确文件制定主体的法律责任、推进依法行政是十分有害的。而从实际出发,在人民代表大会制度的体制内,借助和完善有限的司法资源,将违法行政规范性文件的责任性质准确地定位于法律责任的层面上,通过司法途径予以解决,其理论和实践意义是十分重大的。

(三)关于违宪责任之非

同样有意思的是,违宪责任或者宪法责任也是耳熟能详的术语,但笔者未见国内有一部工具书将它们列为词条予以解释,而对此论述的学术文章也并未多见。虽然有著作对违宪责任的概念作出论述,^[23]但笔者更倾向于同意这样一种观点,即相对于刑事责任、民事责任和行政责任而言,“宪法责任具有更大的不确定性”。^[24]而现实和完整的宪法责任或违宪责任概念的出现,是以健全的违宪审查制度为前提的。但我国的宪法和法律均未建立起基本的违宪审查制度,所以也谈不上有什么违宪责任或宪法责任。

违宪责任虽然有很大的不确定性,但这不影响对它的基本认识。与政治行为一样,宪法行为的要求也高于法律行为。任何违反法律的行为当然也是违反宪法义务的行为。相对于具体的法律责任而言,违宪责任也是矛盾的普遍性,而法律责任才是矛盾的特殊性,因为在我国,法律是宪法的具体化。虽然不能笼统地将宪法称为政治法,但违宪责任主要也是向议会和民众承担,它的不少承担方式如弹劾、罢免、不信任投票等,很难说能与政治责任截然分开,实际也

[21][22] 前引[13],张贤明书,第63页。

[23] 参见周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版,第410页。在这部著作中,违宪责任“是指国家机关及其工作人员、各政党、社会团体、企事业单位和公民的言论或行为违背宪法的原则、精神和具体内容因而必须承担相应的法律责任。”它是一种政治上的、领导上的责任。“这个解释有两点可以引起注意:第一,它实际是将违宪责任视为法律责任,或者至少是法律责任中的一种的;第二,违宪责任是政治责任。这部著作紧接着又将违宪行为分为广义的违宪行为和狭义的违宪行为。那么,依此类推,违宪责任也应当是有广义的违宪责任和狭义的违宪责任的。这实际又意味着,违宪责任很难有确定的内涵。

[24] 莫纪宏:《现代宪法的逻辑基础》,法律出版社2001年版,第361页。违宪责任和宪法责任有一定的区别,严格意义上宪法责任的范畴应当大于违宪责任的范畴,但本文涉及的“宪法责任”与违宪责任含义是相同的,实指违宪责任。

可以说是政治责任的承担方式。因而对违宪责任的追究几乎与政治责任同样复杂和困难。

为什么会将违法行政规范性文件的责任归于违宪责任呢？除了前文论述的在理论上将制定行政规范性文件的行为视为立法性行为的原因外，我国的立法实践中还存在一些问题，并且立法问题在理论和实践中又产生了误解。根据宪法和地方组织法的规定，各级人大常委会的一项重要职权是，撤销同级人民政府制定的行政规范性文件包括行政法规、决定和命令；各级人民政府的一项重要职权是，改变或撤销同级政府部门以及下级人民政府的命令、指示和规章。对于各级人民政府有权改变或撤销本部门以及下级政府的规范性文件，完全可以说是基于行政机关内部统一领导的需要，属于内部执法管理问题。而规定行政规范性文件由同级人大常委会予以撤销，则不仅仅是一个执法问题了。它带来的一个直接误解是，行政规范性文件由同级人大常委会予撤销，属于违宪审查问题，其责任属于违宪责任。^[25]有的观点甚至认为，“如行政诉讼法将抽象行政行为纳入司法审查范围，不仅作为基本法律的行政诉讼法本身与宪法相抵触，而且还将破坏宪法体制。”^[26]而行政诉讼法明确将抽象行政行为排除在人民法院的受案范围之外，就更使人认为对抽象行政行为的审查属于宪法问题或者政治问题而非普通法院所能染指了。王汉斌同志在七届全国人大二次会议上所作的关于行政诉讼法草案的说明，在一定程度上也表明了这一含义。他说，确定行政案件受理范围有三个原则，第一个原则是，为保障公民权益，适当扩大受案范围；第三个原则是，考虑到目前行政法还不完备，人民法院行政审判厅还不够健全等问题，对受案范围还不宜规定太宽；而第二个原则是，“正确处理审判权和行政权的关系，人民法院对行政案件应当依法进行审理，但不要对行政机关在法律、法规规定的范围内的行政行为进行干预，不要代替行政机关行使行政权力，以保障行政机关依法有效地进行行政管理。”^[27]那么，将抽象行政行为排除于受案范围之外，除了人民法院的审判能力有限外，是否就有避免人民法院由于“代替行政机关行使行政权力”而影响宪法体制的考虑呢？^[28]

人大常委会当然有权审查和撤销违法行政规范性文件，但是，人大常委会对违法文件的审查和撤销并不意味着违法文件就应当承担违宪责任。违法审查不等于违宪审查。现在，只要涉及人大及其常委会对行政法规、地方性法规以及其他权力机关、行政机关规范性文件的审查和撤销，我们总习惯于称之为违宪审查，将被审查行为的责任归为违宪责任。其实，严格意义上的违宪审查应当指宪法明确规定的有权机关对有关国家机关、武装力量、政党、社会团体、企事业单位和特定个人违反宪法行为的审查和追究。而对违反法律行为的审查就是违法审查，它与违宪审查是两码事。违宪审查是十分重大和严肃的事件，它应当局限于靠违法审查所不能解决的问题。笼统地将违法审查称为违宪审查，容易人为地将违法责任上升为违宪责任，使得对一些违反法律行为的审查变得高不可攀。而实践中各级人大及其常委会对政府文件进行审查和撤销，实际上是一种法律以下规范的处理，因为根据宪法、地方组织法和立法法等法律

[25] 当然，这里对于违宪审查也只能作广义的理解，因为究竟哪一级人大及其常委会才有违宪审查权，在我国的宪法和法律中并没有明确规定，在理论研究中也存在很大的争议，因而是有待进一步论证的问题。

[26] 前引[7]，王成栋书，第197页。

[27] 参见于友民、乔晓阳主编：《中华人民共和国现行法律及立法文件》，中国民主法制出版社2002年版，第2735页以下。

[28] 有的观点就从正面提出，将抽象行政行为不纳入行政诉讼受案范围的一个重要原因，是避免法院对行政行为进行干预。参见罗豪才主编：《中国司法审查制度》，北京大学出版社1993年版，第47页。

的规定,除了国务院有权直接根据宪法制定行政法规外,其他行政机关包括地方立法机关制定的一切规范性文件的直接依据都是法律以下的规范,人大常委会对所有行政规范性文件的审查根本不须动用宪法的力量,即使是对行政法规的审查也基本不属例外。而且对行政规范性文件的审查撤销不限于违法,即使不违法,人大常委会认为它不合理、不适当,也有权予撤销,对这种不合理、不适当的撤销就更不能说是违宪审查和违宪责任了。

三、违法行政规范性文件之责任追究体制

(一)现行的责任追究体制尚可保留

根据我国宪法、地方组织法和选举等法律的规定,对行政机关及其工作人员制定违法行政规范性文件,有两个追究途径:一是由权力机关追究。由权力机关对行政机关的规范性文件进行审查和追究责任,是议会民主国家的一大特色,更是我国立法的一大特色。我国各级权力机关可以依法动用的追究违法行政规范性文件责任的方式,包括撤销文件和质询、罢免有关行政机关负责人等。二是由行政机关追究。行政机关对违法行政规范性文件的追究属于本系统的内部追究。各级行政机关可以依法动用的追究违法行政规范性文件的方式包括改变和撤销违法文件,任免、考核和处分有关国家行政机关工作人员。行政机关对违法文件制定人员的最严厉的责任追究仅限于行政处分。根据国家公务员暂行条例的规定,这种行政处分主要包括警告、记过、记大过、降级、撤职和开除等。但是,这么多年的实践表明,宪法和法律规定的这两种追究途径并不十分成功,各级人大及其常委会对宪法和法律赋予的上述重大权力没有用足用好,而由行政机关对违法行政规范性文件实行自我追究的效果也并不如人意。所以,过于依赖由权力机关和行政机关对违法行政规范性文件进行监督并不现实。但是,宪法和法律的这种既有体制设计毕竟为追究违法行政文件提供了一定保障,虽然没有完全发挥作用,但也未产生负面影响,因而尚可保留。

(二)确立以法院为主的责任追究体制

1. 确立法院追究的必要性

实践需要我们对违法行政规范性文件的责任追究制度进行重大改革,适时确立法院追究的制度。违法行政规范性文件应否由法院予以审查处理,直接关系到对违法文件的责任性质的认识,这一问题本文前面已经作了论述。而理论界对违法行政规范性文件是否具有可诉性虽然也存在一定程度的争论,但“反对者也并非真心反对,主要是担心‘欲速则不达’”。^[29]对将抽象行政行为纳入法院受案范围的必要性和可行性,理论中的探讨已较深入了。^[30]这里需要进一步说明的是:

(1)由权力机关追究违法行政规范性文件之责任不符合国家权力运行的规律

为什么这么多年由人大常委会审查和撤销违法行政规范性文件的效果不好呢?最重要的或者说根本性的原因是,完全由权力机关承担起追究违法行政规范性文件的责任,不符合国家

[29] 张步洪、王万华编著:《行政诉讼法律解释与判例述评》,中国法制出版社2000年版,第133页。

[30] 参见姬亚平:《论人民法院对抽象行政行为的审查》,《行政法学研究》1993年第3期;高鸿:《抽象行政行为可诉性研究》,《法律科学》1997年第4期;崔卓兰:《行政规章可诉性之探讨》,《法学研究》1996年第1期;闫桂贞:《抽象行政行为的可诉性研究》,《行政与法制》2000年第7期;马怀德:《行政诉讼范围研究》,载《诉讼法学研究》(第1卷),中国检察出版社2002年版,第328页以下。

权力运行的规律。从国外的做法和经验来看,对行政规范性文件的审查和处理基本是由法院而非议会来承担的。英国、美国由普通法院审查,法国由行政系统内部的行政法院审理,而德国则由司法系统内的行政法院审理。为什么行政规范性文件需要由法院而非议会审查处理呢?这主要是国家权力分工制约的需要,是保持国家权力体系平衡的需要。议会负责制定法律,但是,为了避免议会专横,法律制定后的执行情况就应当由与之平行的法院而非议会本身去判断。

当然,上述西方国家的权力平衡,其本质是三权分立下的权力平衡。但在我国的人民代表大会制度下也同样存在一个权力平衡问题,这就是在塔式的权力体系中,“一府两院”之间的权力相互制约,相互监督,最后统一接受权力机关的领导和监督。在这个权力体系中,虽然现在,即使在可以预期的将来,还没有也很难出现权力机关专横的局面。但是,一个基本的规律是,对属于“一府两院”之间彼此就可以处理好的问题,权力机关还是不宜去过问,对属于权力机关权限范围的事,“一府两院”也不得染指,否则就会导致国家权力运行的紊乱。以此为原则,正如本文的第二部分所述,在平行的行政机关与司法机关之间,对于行政机关执行法律的具体情况,科学的做法还是交由法院去判断处理。这是在人民代表大会制度下保持国家权力体系平衡与稳定所必须的。而权力机关位居于二者之上,它的职责应当是“抓大放小”,宏观监督。反过来,由它去对行政机关多如牛毛的规范性文件进行审查处理,就如同要求权力机关去广泛地介入司法活动,实行所谓“个案监督”一样,是免为其难的,就会将权力机关降至与“一府两院”平起平坐的地位。这不符合我国国家权力体系的架构。因为,“代议制议会的适当职能不是管理——这是完全不适合的——而是监督和控制政府:把政府的行为公开出来,迫使其对人们认为有问题的一切行为作出充分的说明和辩解;谴责那些该受责备的行为,并且,如果组成政府的人员滥用职权,或者履行责任的方式同国民的明显舆论相冲突,就将他们撤职,并明白地或事实上任命其后继人。”^[31]“议会关于行政事项的本来职责,不是要用它的表决来做出决定,而是要注意使那些必须做出决定的人是能胜任的人。”^[32]密尔的这个论述也许并不完全适合于人民代表大会制度下各级人大及其常委会统一行使国家权力的要求,但它表明的是,议会监督政府应当有自己独特的方式,比如可以通过迫使政府对其行为向人民辩解、谴责政府或者人事任免等政治方式实施监督,而不能事无巨细,事必躬亲,对政府的行为做出一一检查,否则就有“管理”政府乃至“管理”法院之嫌了。

那么,议会是否可以对行政规范性文件进行审查处理呢?在实行议会民主的英国是可以的,但英国的做法基本不是一个成功的先例。在英国,对委任立法的监督主要来自议会和法院。其中,议会对委任立法享有当然的监督权,它可以采取多种形式进行监督。但是,实际上由于政党政治的结果,议会处于内阁控制之下,很难对政府实施有效的监督。^[33]所以,即使在英国,对委任立法及其他行政规范性文件的监督也主要是靠法院进行的。在议会审查方面,我国几乎也存在相同的情况,宪法和法律赋予权力机关的职权范围相当广泛,以至它对所有行政规范性文件都有权实施外部的审查处理。但与英国不同的是,也是我们的一个失误所在,即我国宪法和法律并未同时赋予法院以审查权。这就使得,对于政府的违法文件,权力机关实际上

[31] [英] J. S. 密尔:《代议制政府》,汪瑄译,商务印书馆 1997 年版,第 80 页。

[32] 同上书,第 74 页。

[33] 参见王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 119 页。

不去处理,而法院又不能处理,最终损害的是公民权利的保护和行政法治建设。

(2)对违法行政规范性文件责任之追究最宜以诉讼方式进行

除了前述在平衡的国家权力体系中,判断法律适用情况的职权应当由法院行使外,这里还要提出的是,对违法行政规范性文件的审查处理本身也最宜以诉讼方式进行(当然,这里只是以权力机关与法院之间的比较展开讨论的,而不包括行政机关),而有关诉讼事宜显然由法院处理是最为合适的。

第一,由于违法行政规范性文件直接损害的是行政相对人的权利,常常只有行政相对人才能成为对违法文件制定主体最积极的控诉者,有关原告与被告之间的法律纠纷显然由专事诉讼的法院通过诉讼途径解决最为合适。

第二,在受案范围方面,法院对案件的受理是事无巨细的,而权力机关则不一样。权力机关没有精力也没有过多的专业力量去对千头万绪的行政规范性文件进行审查判断。它也处理问题,但它所处理的应当是重大问题,这个重大问题就包含了法院所无力通过诉讼方式处理和不适宜由法院处理的宪法的或是政治的问题。

第三,对违法文件的处理方式最符合诉讼的特点,而权力机关处理问题的方式与诉讼则有很大差别。主要是:诉讼针对的都是十分专业化的问题,需要一支精干的专业化力量,而权力机关针对的是民意问题,需要的是代表性和广泛性,对于一件行政规范性文件是否违法显然更适宜由一支专业化力量而非代表性力量予以解决;权力机关的行动就是集体审议和表决,诉讼由一个人或者几个人就可以作出判断,而一件行政规范性文件是否违法不是通过众多的代表人员进行集体表决就能作出正确判断的;既然反映的是民意,权力机关的行动就常常是“偏激的”和“感情用事”的,诉讼则需要法院审判中的理性和相对的居中独立,而行政规范性文件是否违法的问题需要的显然是更为理性而非偏激的判断;权力机关的表决也是一种判断,但这种民意的、政治的判断是很难“反悔”的,它对一件行政规范性文件的合法性一旦作出错误判断,则相当被动,而诉讼则不是,它不仅有一审,还有二审和审判监督程序,这些程序对行政规范性文件的合法性作出权威判断提供了很好的保证。所以,对违法行政规范性文件的控告和处理显然适宜由诉讼解决。

第四,从纠纷解决的效率看,权力机关的会期间隔很长,运作程序复杂,要启动它对一件违法文件的审查显然十分困难。^[34]并且,对违法行政规范性文件提出审查要求的一般都是行政相对人,而我国各级权力机关在实践中处理的基本上是横向的国家政权机关提出的动议,由被管理着的行政相对人提出动议并被列为权力机关议程予以解决的,在笔者这里确是闻所未闻。而与此相反,由法院以诉讼的方式来解决行政相对人对行政主体的起诉,在效率方面则是权力机关所不可比的。

(3)由法院审查的条件已经成熟

现在,鉴于违法行政规范文件的严重危害,各个方面在不断地呼吁修改行政诉讼法,将行

[34] 立法法虽然规定了公民个人、企业事业和社会团体等组织可以通过对违法的行政法规、地方性法规向全国人大常委会提出书面审查建议,以期启动违法审查程序,但二年多的实践证明,这种违法审查的启动程序是相当复杂和困难的,以致至今未有一起建议能够付诸实现。

政规范性文件纳入诉讼轨道,由人民法院予以审查和裁决。^[35]而经过十多年的行政审判实践,法院已经积累了审查和处理违法行政规范性文件的经验和力量,修改行政诉讼法,扩大受案范围不仅是行政法治的需要,也具备了现实基础。特别是在中国加入世贸组织后,为落实我国承诺的司法审查范围,行政规范性文件必然属于司法审查对象。所以,设计这样一种制度,即在维持现行法律有关权力机关审查行政规范性文件规定的前提下,同时赋予人民法院对违法行政规范性文件的审查和处理权,是必要和可行的。

2. 法院审查的范围

(1) 法院和权力机关在审查范围上的分工

建立起法院对违法文件的审查制度,并不意味着所有行政规范性文件的审查处理权都专属于法院。在人民代表大会制度的体制下,权力机关虽然不能直接干预行政机关的具体事务,但是,权力机关与行政机关之间的权力界限并不是绝对的,它应当保留随时用以控制行政机关的权力。但问题是,按照宪法和法律的规定,对任何一件行政规范性文件,权力机关都有权予以审查,包括合法性审查和合理性审查。如果确立法院对行政规范性文件的审查权,就会出现法院和权力机关审查权的重合问题。而一旦两个机关对同一文件都有权予以审查,就难免会出现审查结果不一致的情形。在人民代表大会制度的体制下,得出的结论是,法院应当服从权力机关的审查结论,但这同时又会损害司法机关的权威。所以,科学处理法院和权力机关在审查范围上的分工问题就相当重要。

这里需要着重介绍的是英国议会和法院对违法行政规范性文件在审查范围方面的区别,这对同样实行议会民主的我国来说,也许有借鉴意义。需要说明的是,前文提及英国议会对委任立法监督的不成功,所表明的含义是,议会有权对委任立法进行合法性审查处理,但实际上,这种合法性审查议会并未承担起来,而基本是由法院承担的。在英国,虽然议会和法院对于委任立法都有权实施监督,但是,两者在监督的范围方面是有重大区别的。其中,议会审查的范围主要涉及的是委任立法的“政策和妥当性”;而法院审查涉及的是合法性,它的依据是越权原则,即行政机关制定的法规是否在法律授权的范围以内。这包括两方面的含义,一是实质越权;二是程序越权。^[36]对议会审查与法院审查的这一区别,狄勃洛克在1918年有过论述:“依我看,那种认为不必对中央政府官员们的行为和部门的行为进行司法复审,因为他们依他们的职能是对议会负责的,是一种不能令人信服的说法。就效率和政策而言,他们是对议会负责,就此而论,议会是唯一的法官,但就他们的行为的合法性而言,他们对法院负责,就此而论,法院是唯一的法官。”^[37]因而,在英国,法院虽然承认内阁对议会负责的重要性,但这并不意味着议会就能够代替法院对内阁行为行使司法审查权。议会的这种审查实际上是一种政策性的、民意的或者政治性的审查。

所以,本文认为,在权力机关和法院对违法行政规范性文件的审查方面可以借鉴英国的体制设计,即权力机关的审查实际基本限于合理性、可行性和适当性的审查,而对行政规范性文件的合法性则交由法院审查判断。但是,宪法和法律规定的权力机关对行政规范性文件的审

[35] 比如,2002年3月3日的《法制日报》以整版的篇幅组织各方面的专家讨论修改行政诉讼法。其中,一个重要的修改建议,就是将抽象行政行为纳入普通法院司法审查的范围。而这一问题也是九届全国人大第五次会议上代表们提出的一个重要建议。

[36] 参见前引[33],王名扬书,第117页以下。

[37] [英]威廉·韦德:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,第34页以下。

查撤销权可以继续保留,而在修改行政诉讼法时,可以直接赋予法院对违法行政规范性文件的审查权。这样造成的局面就是,权力机关对行政规范性文件的合法性仍然可以直接审查,但一般又不直接审查,因为这一审查权实际上已交由法院行使。权力机关的审查权就成为一种备用的引而不发的权力,在通常情况下,它只通过对法院的监督来检验行政机关依法行政的落实情况。因为“人民议会应该控制什么是一回事,而它应该自己做什么则是另一回事。……只有它能做好的工作它才应当承担起来。至于其他的工作,它的正当职责不是去做该项工作,而是设法让别人把该项工作做好。”^[38]这样的设计既符合人民代表大会制度的体制,又符合国家权力运行的基本规律。各级权力机关对行政规范性文件合理性的审查应当着眼于对文件制定主体政治责任的追究。而违法行政规范性文件在经过法院审查,并决定其制定主体承担相应的法律责任后,权力机关对他们仍然可以追究政治责任。但是,对于国务院依据宪法而非法律制定的行政法规,则只能由全国人大常委会进行合宪性审查。对此将在紧接着的下文述及。

(2) 法院自身对行政规范性文件审查的范围

将规章以下的行政规范性文件纳入司法审查的范围是没有疑问的。存在谨慎担心的是,将规章和行政法规纳入法院审查范围的条件还不成熟。有人觉得对规章和行政法规的审查是影响重大的问题,法院的力量不足以承担。但这种谨慎是不必的。将规章纳入司法审查的范围也不应当成为问题,对此已有学者进行过论证。^[39]现在的问题是,能否再往前进一步,将行政法规也纳入法院审查的范围。本文认为,由法院审查行政法规同样是必要和可行的。这在理论上并不成问题。存在的障碍其实主要来自以下几个方面:一是认为行政法规是仅次于法律的位阶,制定程序比较严格规范,违背法律的情况比较少,可以不由法院审查。但尽管如此,谁也不能排除行政法规违法的可能性包括现实性。^[40]二是认为由法院对行政法规进行审查,容易损害最高行政机关的权威。这其实是一种国家本位和权力本位思想的体现。最高行政机关的权威只有通过严格的依法行政才能体现出来。由法院审查行政法规非但不会损害最高行政机关的权威,相反,赋予法院的这一审查权,对过于强大的行政权是一种有力的约束;而通过法院对行政法规违法因素的及时纠正,则会进一步加强和巩固其制定主体的权威。三是认为行政法规本身就是法院判案的根据,法院无权对其进行审查。但在我国的宪法体制下,法院判案的最终根据是法律而非其他,行政法规一面是判案根据,一面还须接受是否违法的审查。对此下文还要述及。四是认为法院不具备对行政法规进行审查的能力。但在实践中,法院适用最日常和普遍的就是法律,我们对法院理解、判断和适用法律的能力都相信,对决定公民生杀予夺的重大法律判断权都全权委托于法院,为什么对它审查和判断下一位阶的行政法规的能力反倒不相信了呢?难道作为保障广大公民权利的手段的行政权本身比公民的权利还重要?

法院对行政法规的合法性进行审查时还要注意两点:一是法院不要越权,即只能依据法律而不能依据宪法进行审查。根据宪法第89条的规定,国务院有权根据宪法制定行政法规,而立法法则进一步规定,行政法规的权限除了包括为执行法律的规定需要制定行政法规的事项

[38] 前引[31],密尔书,第70页。

[39] 参见前引[30],崔卓兰文。

[40] 不久前国务院通过的《关于修改〈住房公积金条例〉的决定》就规定:“对挪用或者批准挪用住房公积金的人民政府负责人和政府有关部门负责人以及住房公积金管理中心负责人和其他直接责任人员,依照《刑法》关于挪用公款罪或其他罪的规定,依法追究刑事责任。”该行政法规实际是对刑法有关挪用公款罪的构成要件作出了规定,这显然违反了立法法有关犯罪与刑罚的事项只能由全国人大常委会制定法律的规定。

外,还包括宪法第 89 条规定的国务院行政管理职权的事项。这实际意味着,行政法规可以在没有法律规定的前提下,直接依据宪法对某些事项作出规定。比如,国务院关于新闻出版、宗教自由以及社团管理等方面的行政法规,全国人大及其常委会没有制定相关上位法律,所以对这些法规的审查只能限于合宪性审查,人民法院则无权行使这一权力。因为宪法第 126 条规定:“人民法院依照法律规定独立行使审判权”。这个规定非常明确地排除了人民法院依照宪法审判案件的职权。二是法院要从实际出发,处理好法院的管辖权问题。这一问题将在下文论及。

3. 法院对违法行政规范性文件的管辖

在我国层级繁多复杂的行政管理体制下,特别是在司法体制改革没有到位、司法体制行政化难以彻底改变的情形下(预计即使对司法体制进行比较深入的改革,但要改革其中行政等级的因素也将是极其困难的),如何处理违法行政规范性文件的法院管辖问题,将是十分重要和敏感的。在立法法的制定过程中,讨论部门和地方政府规章的法律地位时,有的同志就提出,如果不确立规章的法律地位,特别是不确立规章作为法院审判的依据,就会导致一个县级法院的法官可以随意否决省长、市长的命令,其后果将是破坏国家政令的统一和法制的统一,破坏行政的权威。

我国政治体制的一个重要特点是,行政权比较强大,法院对行政机关的制约受到很大限制,法院系统自身行政等级制的特点也比较明显,不可能象美国等一些西方国家一样,由一个基层法院完成对上级行政机关及其负责人的法律监督。但是,法国的经验和做法是,对于行政规范性文件的审理,不同级别的行政法院具有不同的初审管辖权。其中,有关撤销总统和部长会议命令的诉讼,包括普遍性的条例和具体性的处理在内,以及撤销部长制定的行政条例的诉讼,就只能由最高行政法院实行初审管辖。而由部长制定的条例产生的损害赔偿之诉的初审管辖权,则属于地方行政法庭。^[41]因而本文认为,对违法行政规范性文件的司法审查可以在借鉴法国相关做法的基础上,确立严格的级别管辖原则,规定行政机关具有普遍约束力的违法文件由同一级法院管辖。这样,可能会在一定程度上影响诉讼效率,增加当事人的诉讼负担,但由于行政规范性文件的影响大、范围广,因而由同级法院审查是必要的。同时,提高法院的审级,也能调动当事人的诉讼积极性。

在确定级别管辖原则的同时,还要确定法院内部对违法文件的职能管辖。在英、美、法、德等国家,法院在总体上负责对行政规范性文件进行审查和处理的同时,在内部的职能管辖上又存在不同的分工。其中,行政法院的审理范围限于对文件合法性的判断以及由此带来的行政侵权责任问题。而涉及违法文件带来的民事责任和刑事责任时,则由普通法院审理。在法国,存在行政法院和普通法院管辖的划分,行政法院管辖的只是行政案件中一般的违法行为,而当行政行为严重违法时,对于法官不需要作精细判断和分析的显而易见的违法,则由普通法院管辖。在涉及民事责任时,民事法院无权判断行政条例的合法性,必须以行政法院的裁决作为审判的前提。只有在防止暴力行为发生的限度内,根据保护个人自由和财产的原则,民事法院才可以对行政条例是否合法作出判断。而当涉及刑事责任的承担时,为了社会的安全和被告人的利益,以及迅速解决刑事案件,刑事法院有权先于行政法院对行政条例的合法性作出判

[41] 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 615 页。

断。^[42]而在德国,根据基本法第34条的规定,在公务员制定违法文件中有故意或重大过失时,对其民事责任或刑事责任的追究,不排除由普通法院进行审理。可见,违法行政规范性文件可能带来不同的法律责任,而不同的责任是由不同的法院来确定的,因此,根据违法文件的责任性质来确定不同的法院系统内部的职能管辖,就十分必要。

上述问题在我国也同样存在,有些违法文件的诉讼不仅涉及文件本身的合法性审查问题,还涉及由违法文件引起的民事责任以及刑事责任问题。认真研究我国的实际情况,借鉴国外的经验,科学设定法院内部的行政、民事和刑事审判职能部门在受理违法行政规范性文件中的界限和衔接方式是很重要的。

4. 法院处理与其他机关处理的衔接问题

这包括两方面的问题。一方面,在赋予法院对违法行政规范性文件的审查权后,实际就造成权力机关、行政机关和审判机关都有权对行政规范性文件进行审查,在涉及刑事犯罪时,还需要检察机关的介入,那么一旦出现这些机构对同一文件的合法性问题认识不一致的情况,怎么办?笔者认为,处理这一问题总的原则应当是:如果行政机关对文件违法并已经撤销的,应当尊重行政机关的内部决定;如果有权撤销文件的行政机关认为不违法而法院认为文件违法的,行政机关应当服从法院的审查决定,因为法院是裁判机构。权力机关虽然一般不对行政规范性文件的违法性进行审查,但一旦它进行审查并且与法院的意见不一致时,法院则应当服从权力机关的决定。而当涉及有关法律解释的问题时,各方面均需依法服从全国人大常委会的解释。另一方面,在对同一问题进行处理时,要做好不同机关之间处理程序的衔接。比如,某机关因制定违法文件而造成国家和人民财产的重大损失,对直接责任人员应当依法追究刑事责任,这时,该违法文件可以由权力机关予以撤销,也可以由法院审查撤销。而为提高司法效率,该违法文件可以直接由法院内部的刑事审判机构审查撤销。然后,由权力机关依法罢免直接责任人员的公职,再由检察机关向法院提起公诉。

四、违法行政规范性文件之责任构成

制定违法行政规范性文件的的行为在性质上与具体的行政行为没有区别,因而在承担责任时,它的责任构成要件也与具体的行政侵权责任基本相同。但是,在一些具体方面,违法行政规范性文件的责任构成又有自身的特点。

(一) 行政规范性文件的违法性问题

确定违法行政规范性文件须承担责任,有一个前提性问题,即这个行政规范性文件必须具有违法的因素。那么,什么样的行政规范性文件就算违法,违法到什么样的程度就需要承担相应的责任呢?这就需要探讨有关判断标准即违法的标准问题。

根据宪法和有关法律的规定,不同的机关判断行政规范性文件是否违法可以有不同的标准。在权力机关方面,根据宪法的规定,全国人大有权监督宪法的实施,国务院的行政法规、决定和命令违背宪法,全国人大有权撤销。因此,全国人大确定国务院的行政规范性文件是否合法的标准是,是否符合宪法。全国人大常委会会有权监督宪法的实施,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。因此,全国人大常委会确定国务院行政规范性文件

[42] 前引[41],王名扬文,第586页以下。

是否合法的标准是,是否符合宪法和法律。根据地方组织法的规定,地方各级人大及其常委会在本行政区域内保证宪法、法律、行政法规和上级人大及其常委会决议的遵守和执行,有权撤销本级人民政府的不适当的决定和命令。因此,地方各级人大及其常委会判断本级政府文件是否合法的标准是,是否符合宪法、法律、行政法规和上级权力机关的决议。在行政机关方面,根据宪法和地方组织法的规定,行政机关是权力机关的执行机关,实行首长负责制,上下级之间是领导与被领导的关系,各级人民政府都有权撤销本级政府各部门以及下级政府的不适当的命令、指示和规章。因此,行政机关判断本系统内部行政规范性文件的标准并不确定,只要认为不适当,都可以撤销。

而在法院方面,衡量行政规范性文件合法性的唯一标准应当是,是否违反全国人大及其常委会制定的法律。首先,确立这一标准是宪法的要求。根据宪法第126条的规定,各级法院行使审判权的依据是“法律”而不是其他。人民法院无权直接适用宪法审理案件。时下人们讨论的一个热点问题就是所谓宪法司法化,一种代表性的观点主张人民法院可以直接引用宪法判案,殊不知这本身就是公然违背宪法规定的主张,所以宪法不是司法机关判断行政规范性文件合法性的依据。其次,这一标准也是我国司法体制的要求。我国司法体制和行政体制的一个重要区别是,司法机关上下级之间不是领导与被领导的关系,因而在审判活动中,法律规范位阶越高效力越大,而在行政活动中对于具体执行人员来说,规范性文件位阶越低效力越高,^[43]所以法院审判的根本标准是国家法律。虽然行政诉讼法规定,行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例都可以作为审判依据,但这有一个前提,即它们都不得违背法律。在人民代表大会制度下,任何行政规范性文件违法,法院都有权予以审查和撤销。但是,对于地方性法规等权力机关的决议,法院无权审查撤销,一旦发现其中有违法的因素,只能依法通过权力机关自身的渠道,请求撤销。第三,确立这一标准的好处是,使所有的行政机关在制定文件时,既要以上位阶规范性文件为依据,但根本的是要以国家法律为依据,这是避免法出多门、维护国家法制统一的需要。

行政规范性文件违法包括实体的违法和程序的违法,但目前为止,立法法和国务院有关行政法规只对行政法规和规章的制定程序作出规定。对规章以下各类行政规范性文件的制定程序作出统一规定,还是一个有待立法予以解决的问题。我国至今还没有一部比较完整的行政程序法。这种情况使得从制定程序的违法性方面来确定违法行政规范性文件的责任具有很大困难。所以,现实地看,对行政规范性文件的违法判断只能主要限于实体的违法。主要包括三种情况:一是行政规范性文件直接违反法律。比如,担保法规定,国家机关不得作担保人,而福州市政府制定的红头文件却要求财政机关作担保人,就是典型的直接违反法律。二是行政规范性文件的法律依据违反法律。比如,行政机关应当依据这部法律却依据另一部法律制定规范性文件;依据有关直接违背法律的上位阶法规规章制定文件;依据已经失去效力的法律制定规范性文件。三是超越法律规定的权限制定规范性文件。比如,行政法规对属于全国人大及其常委会专属立法权限的事项作出规定,规章以下的规范文件违背行政处罚法的规定,超越权限设定处罚的种类和幅度。

(二) 违法执行职务和影响相对人

违法行政规范性文件需要承担责任的第二个前提条件是,制定该文件的行为必须违法执

[43] 参见刘松山:《“红头文件”冲突法律的责任归属》,《法学》2002年第3期。

行职务的行为。实际上,所有违法行政规范性文件的制定都是制定主体对其法定职务的违反,因为法律不可能赋予行政官员制定触犯法律本身的文件,而参加制定文件的人员有义务遵守上位阶的法律规范,只能制定合法的规范。所以,在德国,在实行首长负责制的情况下,一个行政官员比如部长发布法规命令,其职务责任是清楚的。在不实行首长负责制的情况下,一个组织比如乡镇代表大会制定一个规章,直接公务人员的姓名无需指明,只要有一般的证据表明该组织以多数方式通过了特定规则,就足够表明每一个公务人员的职务责任了,即使实行秘密表决对这种职务责任也没有影响。^[44]

仅仅违反职务还不够,行政规范性文件还必须是指向行政相对人的。实际上,行政规范性文件的指向有两种,一是直接指向相对人;二是不指向相对人,比如该文件属于行政机关的内部规则。通常说来,要求对违法行政规范性文件承担责任特别是承担赔偿责任,则该文件必须是针对行政相对人的。比如德国,对违法行政规范性文件承担责任的一个重要条件是,违法的行政规范性文件主要是针对第三人(行政相对人)权利的,因为法规命令和规章应当遵守保护个人权利的法律规定。^[45]

(三) 损害事实和因果关系

在国外的一些行政法理论看来,纯粹的违法规范性文件不会产生现实损害,因而也不会产生责任,它必须在具体的执行过程中产生损害事实才发生责任问题,并且损害事实和违法文件之间必须有因果关系。这也是西方国家实行行政赔偿的普遍原则。损害事实与违法文件之间必须有因果关系自不待言,问题是对损害事实需要有准确认定。在法国,要求行政主体承担赔偿责任的一个前提是,由行政行为导致的损害必须是已经发生的,确实存在的损害;必须是特定的损害,即为一个人或少数人所特有;必须是异常的损害,即超过公务活动对公共生活所带来的正常负担;必须是对为法律所保护的利益的损害。^[46]其中需要强调的是,违法文件带来的损害事实必须具有特定性,如果带来的是普遍性和抽象性的损害,这种违法的责任就不得追究。在美国的行政赔偿责任理论看来,如果损害的范围很广,包括全体公民在内,没有一个人比其他人受到更多的损害,大家在损害面前平等,这就成为一种不能分化的抽象的损害。抽象的损害不对任何人产生起诉资格。^[47]而法国的行政责任理论则认为,在普遍性的损害中,没有人由于行政活动而比其他人受到更多的损失,因而根据公平负担的平等原则,不发生损害赔偿问题。^[48]

实际上,违法行政规范性文件制定后将存在两种情况:一种情况是违法文件在适用中对行政相对人直接造成了损害。对行政相对人直接造成损害,不仅文件的制定者,还包括行政主体或者国家都应当承担相应的法律责任。而对违法文件的损害事实应当从两个方面理解,一是积极的损害,即因对违法文件的积极执行而带来的损害。二是消极的损害。如违法文件对公民或者组织的权利作出禁止性规定而不须直接执行带来的损害,就属于此一类。如何界定这两类损害的国家赔偿和文件制定主体的责任追究,都是需要认真研究的问题。第二种情况是违法行政规范性文件不直接针对相对人,或者即便针对相对人但还未适用,没有对相对人造成

[44][45] 参见[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648页以下。

[46] 参见前引[41],王名扬书,第717页。

[47] 参见前引[11],王名扬书,第631页。

[48] 参见前引[41],王名扬书,第717页。

具体的损害。这种损害常常是破坏国家行政体制的正常运转,影响社会对行政机关的积极评价。对这种情况一般只应当由制定该文件的行政官员承担一定的行政法律责任或者政治责任。

(四) 过错问题

1. 公务过错

造成行政规范性文件违法的主观原因是具有过错因素。这种过错包括公务过错和公务员本人过错。公务过错的责任应当由行政主体承担,而公务员本人过错的责任应当由其个人承担。那么,什么是公务过错呢?按照法国行政法的理论,它是指公务活动欠缺正常的标准,这种过错来源于行政人员,但不能归责于行政人员。而其中,所谓正常的标准是指任何公务都应当达到某种中等水平,低于这个水平就是具有公务过错。公务过错来源于行政人员但不要求指出过错人的姓名。公务过错表现为公务实施不良、不执行公务以及延迟实施公务。^[49]所以,在法国等国家,行政机关一旦因为公务过错而制定违法的规定,那么,具体责任则是由行政机关本身而非公务员本人承担。

而在德国,行政机关制定违法文件,没有明确的公务过错和公务员本人过错的划分。根据基本法第34条和民法典第839条的规定,公务员制定违法文件的责任被称为职务责任,这一责任首先应当由公务员承担,但可以由国家代替,所以又称代位责任。职务责任是过错责任。执行职务通常所需的知识和能力是衡量是否具有过错的标准。只要有证据证明其实施违法行为时的客观注意没有达到必要的认真水平就足以说明有过错了。直接责任公务人员的姓名无需指明,因为这通常是不可能的。而公务员也不得以缺乏法律知识为由归避过错。对于本来可以避免的缺漏或者编辑上的漏洞,最后决议案之前的未经充分议决的修改,不认真的草案等,都可能构成过错理由。而法规命令和规章的法律条件应当更加严格,客观事实应当更加具体,据此认真的程度应当更高。^[50]在上个世纪七、八十年代德国国家赔偿法的起草过程中,对于国家赔偿责任是否应当取决于国家及其工作人员的过错,曾经是争议的焦点所在。学理上则普遍赞成单纯以违法性而不以是否有过错作为赔偿责任的前提。^[51]这一理论实际意味着,只要行政规范性文件违法,不管行政主体是否具有过错,国家都应当承担相应责任。

2. 公务员本人过错

公务员个人对于违法文件承担责任的主观条件,是公务员本人在文件制定中有过错。那么这种过错是什么呢?按照法国的行政法理论,公务员的本人过错是指可以和行政职务分离的过错。如果产生的损害事实可以和行政职务分离,它就不属于公务活动,构成公务员本人的过错,由本人负责。在法国,根据行政法院和权限争议法庭的判例,公务员本人的过错有三种情况:一是公务员在执行职务以外和执行职务无关的过错。二是公务员的故意行为。如公务员在执行职务时实行打击报复或为自己的利益假公济私是公务员本人过错。公务员故意的行为有时不符合法律规定,但仍然是为公共利益着眼时,由此而产生的损害是和职务不可分离的公务过失。这种情况可能发生在权力滥用的时候。权力滥用是指行使权力不符合法律所规定的目的,但仍然可能是为了公共利益,而不是为了私人利益,不构成公务员的本人过错。三是

[49] 参见前引[41],王名扬书,第722页以下。

[50] 参见前引[44],毛雷尔书,第619页以下。

[51] 参见前引[44],毛雷尔书,第800页。

重过错。公务员在执行职务时所犯过错,如果不是出于故意,一般属于公务过错。只在极稀少的情况下,公务员表现出极端粗暴和疏忽时,才产生本人过错。重过错从理论上说,可以发生在事实行为,也可以发生在法律行为。但行政法院判例适用重过错的情况,限于事实行为。适用于法律行为的重过错在判例中没有出现。^[52]

而在美国,因享有特免权而制定违法公共政策的政府职员,必须证明以下几项内容,方可免除诉讼和责任追究:一是证明其具有某种地位;二是证明其行为在该职务需要的范围之内;三是证明他没有某种特定的意图(恶意),或者证明他不知道可能会产生损害。^[53]

3. 我们的取舍

将制定违法文件的主观过错分为公务过错和公务员本人过错,并以此作为行政主体及公务员承担责任的重要基础,固然是无可厚非的。但笔者认为,对于公务过错和公务员本人过错的划分在我国实践中的引用似应持谨慎态度。因为一方面,所谓公务过错和本人过错并不存在一个确定的标准。公务过错实际强调的是执行职务的技术水平,公务员制定文件没有达到中等水平,即可以归于公务过错,由行政机关负责。而本人过错强调的是公务员是否怀有主观恶意,只要不能证明公务员怀有具体的主观恶意,假借制定普遍性文件之名而去侵害特定的相对人,常常就不能让公务员本人承担责任。这样可能出现的情况就是,一些行政机关以及公务员为增进本部门、本单位的利益,增加个人的政绩,而假借公共利益之名去制定违法文件侵害公民和其他组织的利益(比如,一级政府及其部门擅自发布乱收费、乱罚款的违法文件,其表面的宗旨可以解释为加强基础设施建设、提高政府服务水平等公共目的,但其潜在的宗旨却可能是增进本部门福利,提高政府负责人个人政绩)。一旦出现违法后果,其责任则由行政机关承担,或者行政机关都根本不予承担,更不涉及文件制定者个人。

而更重要的是,公务过错和本人过错的划分,实际存在几个背景假设:第一,在一个完全或基本实现法治的社会中,一个官员、一级政府都是通过严格的公意选举和考核而走上政府岗位的,那些不懂法、能力很差、责任心不强的人几乎不可能通过选举或任命走上行政决策者的位置,并组成一级政府。^[54]第二,政府官员特别是通过民选产生的政务官,需要十分注意公众信誉,他们的命运实际决定于公众而非上级的手中,所以在严格的公务执行中特别是政策制定过程中,很难违法加进个人利益,难以以牺牲公共利益为代价去谋取个人利益或者集团利益。第三,在健全自足的权力监督体制下,行政程序法定化,一件违法的行政规范性文件从制定出台到具体执行都要经过严格的程序,一旦行政机关发布违法的文件,这一文件在被执行之前实际很快面临行政相对人控诉并被相关监督机关撤销的处境,制定违法文件的行政主体很快面临各种来自司法机关、立法机关以及社会的压力。所以在这样的背景下,用公务过错和本人过错的标准就基本能够界定出违法文件的责任分担主体了。而我国的情况不太一样,如果在违法文件的责任负担上适用上述公务过错和本人过错原则,实际就意味着一个行政机关因发布违法文件而造成的损害全部由该机关承担,而很难让文件的具体制定者去承担责任。

笔者以为,应当从我国的实际情况出发,借鉴德国的有关理论,以纯粹的客观违法性作为

[52] 参见前引[41],王名扬书,第746页以下。

[53] 参见前引[11],王名扬书,第792页以下。

[54] 为此,笔者年初曾专门去请教86岁高龄的王名扬老先生。问:在英国,假如部长发布了违法条例,如果部长本人没有主观过错,是否可以不负责?答:是的。问:如果部长不懂法、水平低,制定了违法文件,也可以不负责吗?笑答:当然不负责,嫌我水平低,谁让你选我当部长呢?

违法行政规范性文件承担责任的要件,即只要文件违法,文件制定者就应当负责。因为,这种违法就是由制定者的主观故意或者过失造成的。

五、违法行政规范性文件承担责任之范围

(一) 责任范围的排除^[55]

行政机关的规范性文件对公民造成了损害,应当承担责任,但是,这存在一些例外的情况。这主要是基于以下原则:(1)主权豁免原则。即国家以主权豁免为理由拒绝承担行政侵权责任。“因为国家是主权者,主权的特征是对一切人无条件地发布命令,没有国会通过法律所表示的同意,不能要求国家负担赔偿责任,否则取消了国家主权。而且公民由于国家的行政活动而受到利益,承担行政上的损害,是享受利益的代价,不能追问国家的责任。”^[56]当然,随着各国行政侵权责任立法的不断健全和完善,主权豁免理论也逐步被放弃。(2)宪法分权原则。根据宪法确立的分权原则,出于政治及公共利益方面的考虑,政府为行使一些特殊权力而制定的规范性文件,普通法院无权对其合法性予以审查并作出责任处理。(3)财政制约原则。政府制定的规范性文件虽然对公民造成损害,但是,基于国家财政预算的限制,不可能对所有的损害都支付足够的赔偿费用。(4)公平负担原则。有些行政规范性文件虽然造成了损害,但这种损害是普遍性的,没有人比他人受到更多的损害,所以都不予赔偿。^[57](5)公务员个人民事责任豁免原则。违法的行政规范性文件虽然都是由公务员个人具体制定的,但由于个人财力的有限性,对于违法文件带来的损害,公务员个人一般应当免除民事责任。

(二) 一些西方国家的责任范围

在一些主要的西方国家,对于行政机关制定违法规范性文件在什么样的范围内必须负赔偿责任,规定和做法并不相同。有的国家还没有建立起对违法行政规范性文件进行赔偿的制度。比如,在日本,对于行政立法行为应否负国家赔偿责任,在理论上还是一个存在争议的问题。^[58]有的国家虽然在立法上没有建立起完整的制度,但在理论和实践中都有很大推进。比如,在德国,对有关职务责任是否包括行政机关立法性行为的问题,虽然存在争论,但理论界更多的声音是赞成进行这类赔偿。^[59]并且,德国在实践中也迈出了重要一步。目前,联邦最高法院已经肯定了部分违法行政规范性文件应负国家赔偿责任。比如属于规章性质的违法具体建设计划就应负赔偿责任。^[60]另外,联邦最高法院认为违宪的措施立法和个案立法有可能产生赔偿责任,但否定了违法法律规范(正式法律、法规命令)的赔偿责任。这一问题在学理上存在争论,但可以肯定的是,职务责任在行政立法领域可以适用。^[61]在1982年被联邦宪法法院否决的国家赔偿法中,只有正式法律被排除于国家赔偿责任外,而法规命令和规章则属于该法

[55] 这里所说的责任主要是指国家赔偿责任,当然也不排除公务员本人应负的责任。

[56] 前引[41],王名扬书,第710页。

[57] 参见前引[41],王名扬书,第717页。

[58] 参见杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,356页以下。

[59] 于安编著:《德国行政法》,清华大学出版社1999年版,第190页。

[60] 参见前引[44],毛雷尔书,第647页以下。在德国,联邦法律由联邦议会制定,州法律由州议会制定。法规命令由联邦和州行政机关包括政府、部长制定。规章则由公法人制定。公法人要么属于国家,要么属于邦。它主要是指乡镇和县,还包括大学、工业和商业协会、医师协会、社会保险机构等。参见本注书第57页以下。

[61] 参见前引[44],毛雷尔书,第647页以下。

规定的公共权利范畴,在违法的情况下可能产生损害赔偿请求权。^[62]在美国,存在联邦政府和地方政府的责任区别。其中,联邦政府对立法行为不负赔偿责任。因为法律表现国会的决策,而法院对国会的决策是否正确无权过问。行政机关根据国会授权制定的行政法规,具有和法律相同的效力,在性质上和立法行为相同,因此,行政人员在其执行委任立法行为的限度内,享有议员所享有的立法特免。行政机关行使委任立法的程序违法,即使产生损害的结果,补救的方式是采取适当的司法审查方式,不能要求行使委任立法权力的人员负赔偿责任。但法院对违宪的法律或无效的法规不追问赔偿责任,不表示法院对这项行为完全无管辖权,它只表示在联邦侵权赔偿法的范围内法院无管辖权,而不排除法院根据其他法律,对违宪的法律法规进行审查,并宣布其无效。^[63]

但是,美国地方政府对其制定的法令、条例和遵守的习惯,违反联邦宪法或法律时所产生的损害须负赔偿责任。地方政府对其所采取的政策侵害其他人的联邦权利时负责。由于政策是自由裁量权的表现,所以地方政府行使自由裁量权的行为,是产生赔偿责任的直接原因。^[64]从上述德国和美国的情况看,主要是地方或者基层政府制定违法行政规范性文件造成损害的,须负赔偿责任。

而法国的国家赔偿理论和司法实践则是相当发达的。随着传统的国家主权不负赔偿责任理论的逐步放弃,国家的议会立法都要承担赔偿责任,行政机关的立法性行为则更不能例外了。“行政机关制定条例的行为,从实质上说,也常常是一种立法活动,但是它是行政机关的行为,适用行政行为的法律制度,包括赔偿责任在内。”^[65]早在1907年行政法院所作出的一项裁决中,“国家责任适用于行政规章的程度丝毫不亚于对个人行为的程度”就得到确认。^[66]在规章不合法的情况下,有关的当事人可以以其构成越权行为为由请求法院宣告其无效,并获得赔偿。比如,奥德省的一位市长关于教堂的钟必须在举行民间葬礼时敲响的命令,由于违背了1907年颁行的法律就被法国行政法院确认为“越权行为”。^[67]而“今天除对范围有限的政府行为国家不负赔偿责任以外,在其他行政活动中,没有不负赔偿责任的领域。国家不负行政赔偿责任的行为,限于法律有明文的规定,以及由最高行政法院所确认的事项。”而其赔偿责任的根据则由过错赔偿责任发展到在很多事项上的无过错赔偿责任,赔偿的范围从赔偿物质的损害发展到赔偿精神的损害。^[68]可见,包括违法行政规范性文件的赔偿责任在内,法国的行政赔偿领域是十分广泛的。

(三) 我国的责任范围

从上面的介绍可以看出,西方一些国家对行政机关制定规范性文件负担赔偿责任的范围并不一致。目前,我国的国家赔偿法没有否认违法行政规范性文件的赔偿责任,但其他法律也没有建立起违法行政规范性文件完整的责任制度,特别是赔偿制度。在理论中对此问题也存在不同意见。有的主张行政机关对因抽象行政行为造成的损害不赔偿;有的认为抽象行政行

[62] 参见前引[44],毛雷尔书,第793页以下。

[63] 参见前引[11],王名扬书,第778页以下。

[64] 参见前引[11],王名扬书,第849页。

[65] 前引[41],王名扬书,第736页。

[66] [法]莱昂·狄骥:《公法的变迁:法律与国家》,郑戈、冷静译,辽海出版社1999年版,第200页。

[67] 同上书,第202页。

[68] 参见前引[41],王名扬书,第715页。

为的责任豁免应当是有限制的,只有在符合抽象行政行为违宪或违法、造成特定而非普遍的损害、损害赔偿未被立法所排除、损害达到相当严重程度等特定条件时,才应当负赔偿责任。还有一种意见认为,对于行政立法包括国务院制定行政法规以及部门和政府制定规章所造成的损害,国家不负赔偿责任,对于其他抽象行政行为造成的损害,只要符合一定条件,国家应当承担赔偿责任。^[69]

笔者认为,在违法行政规范性文件的国家赔偿责任方面,应当从我国的实际情况出发,确定适当的范围。由于国务院及其部门的行政法规、规章等规范性文件都不得同法律相抵触,其效力低于法律,因而一旦它们出现违反法律的情况并造成损失时,国家原则上应当承担相应的赔偿责任。但是,鉴于国家财力的有限这一根本性制约因素,对于赔偿的范围不宜确定过宽。在总体上说,对于国务院及其部门的行政法规、部门规章等规范性文件因违背法律而直接造成公民财产损害的,必须是这种损害相当严重并且不具有普遍性,国家才可予以赔偿。而对于规章以下的行政规范性文件违法造成损害的,应当扩大赔偿的范围,确立基本由国家赔偿的制度。

六、违法行政规范性文件之责任分担

(一) 国家和行政主体的责任分担

从国外的做法来看,出于保护公民权利和提高行政效率的需要,对公务员因公务过错而制定违法文件带来的损害,通常都是由国家承担赔偿责任。比如,根据《德国为其公务员承担责任法》的规定,如果公务员在行使委托于他的公权力中,由于故意或过失违背其对于第三人应执行的职责时,由国家代替该公务员根据民法典的有关规定承担责任。

国家赔偿责任不仅包括由国家财政支付赔偿金,还包括由行政主体承担责任。由于行政主体享有实施行政职务的权力,并负担由实施行政职务而产生的权利、义务和责任,所以,其实施的行政行为一旦侵犯了公民权利,就必须承担相应的赔偿责任。哪一类行政主体实施了侵权行为,法律责任则由该类行政主体自己承担。比如,在美国,联邦政府的赔偿责任是基于联邦职员执行职务时的侵权行为,而地方政府则对自己的行为负责。“只需要指出地方政府制定的政策允许某种行为,这种行为侵害了他人的联邦权利,就足以建立地方政府的责任。”^[70]在法国,“一切在行政主体权力控制下执行公务的人员,都能引起行政主体的赔偿责任。”而当公务员同时代表两个行政主体活动时,则按公务的性质区别负赔偿责任的行政主体。比如,市长同时是国家的行政机关和市镇地方团体的行政机关。在市长执行国家公务时所产生的损害由国家负责赔偿;执行市镇公务时所产生的损害则由市镇负责赔偿。^[71]而在德国,公务员由于在忠于职务的义务和忠于国家法律的义务之间存在一定的区别,就使得对于违法文件的责任分担方面有一些特殊性。比如,市长按照上级县长的指示发布了违法的集会禁止令。市长的行为虽然是违法的,但却符合上级指示并且因此符合职务。县长违反了职务,因为他向市长发布了违法的指示。在此情况下,市长的赔偿责任由市承担,而县长的赔偿责任则由县承担。在

[69] 参见皮纯协、冯军主编:《国家赔偿法释论》(修订本),中国法制出版社2001年版,第105页以下。

[70] 前引[11],王名扬书,第848页以下。

[71] 参见前引[41],王名扬书,第720页以下。

具体案件中,撤销集会禁止令的诉讼请求应当针对发布命令的市长所属的乡镇提起,而赔偿请求则针对县提起。^[72]

上述一些国家的做法对健全我国国家和行政主体对违法行政规范性文件的责任分担制度有借鉴意义。根据我国国家赔偿法的规定,行政机关及其工作人员执行职务造成损害的,该行政机关为赔偿义务机关。但这一规定的不公平之处在于,如果上级机关的命令是违法的,而下级机关在具体执行中造成损害,责任则由下级机关承担,而制定违法命令的上级机关则不负法律责任。这显然是治标不治本。改革的办法在于,制定违法命令和执行违法命令的机关必须对损害共同承担责任。比如,中央行政机关制定的违法行政规范性文件,交由地方执行,造成损害的,则应当由中央制定违法文件的机关和地方具体执行违法文件的机关共同承担责任。而上述福州市政府制定的违反担保法的红头文件,由长乐市财政局执行造成了巨大损害,其责任则应由福州市政府和长乐市财政局共同承担。

(二) 公务员个人的责任分担

1. 政府官员法律豁免的缘由与困境

政府官员在制定行政规范性文件时,需要享有一定的法律豁免权。为什么要给予政府官员法律豁免权呢?这两个条件,一是基于政府自由裁量权的考虑。因为“一位公务员,被要求为了公共利益行使公共职位的权力,如果期望他行使酌处权,那么,他不可能总有一个精确界定的范围。”^[73]二是基于公共政策的考虑(而实际上,制定公共政策的行为很大程度上就是对自由裁量权的行使)。因为政府职员在作出一个决定或者制定一项政策时,不可能面面俱到,对一切人有利。官员特免制度旨在保护政府职员在作决定时,大胆果断,不必顾虑诉讼的牵连,不必顾虑引起自己的经济负担,没有这种保护,政府职员不敢放手做事,对公共利益是一种损害。很多有才能的人将视政府工作为畏途,政府可能得不到优秀的人才。而且政府职员的时间与精力,可能被埋没于诉讼的汪洋大海中,不能专心从事政府工作。从社会公平的观点而言,政府职员为公共利益服务,和私人对个人利益服务不同。政府职员的赔偿责任不能和私人一样,官员特免制度是保护政府职员为公众服务的需要。^[74]“豁免权是无畏的政策制定的需要。”^[75]

但需要注意的是,政府官员行使自由裁量权或制定公共政策的豁免权又受到几方面的限制:一是这一权力的行使必须是在法律的范围之内,违法制定政策的行为是不可能享有法律豁免权的。二是这一权力的行使必须是善意的和真诚的。如果公务员滥用职权制定政策并从中得到了直接的利益和好处,那么他将不能享有豁免权。当制定政策的行为被指控造成损害时,“公务员的行为应该受到审查,以查明它是否是恶意的、腐化的、或者是加进个人动机的。”^[76]三是官员特免制度不是减轻官员的责任,使官员处于特殊地位。不是一切官员不问职务如何都享有同样的豁免。^[77]对于公务员的豁免权各国都有严格限定,并存在很大争议。在英国,

[72] 前引[44],毛雷尔书,第626页。

[73] [美]切斯特·安提奥、迈洛·R·梅切姆:《公务员的豁免权与侵权责任》,茆宏亮译,中国社会科学出版社1997年版,第47页。

[74] 前引[11],王名扬书,第793页。

[75] 前引[73],安提奥、梅切姆书,第45页。

[76] 前引[73],安提奥、梅切姆书,第47页以下。

[77] 前引[11],王名扬书,第793页。

“行政当局几乎没有任何豁免权。少数法律规定,地方当局的成员和雇员对其善意行为不负个人责任,但在这些场合,地方当局应负责任。”在任何场合,原告总是喜欢控告发布命令的当局,而不愿控告执行命令的雇员,因为当局最有能力支付赔偿金。所有参与侵权行为的人,负有共同的、平等的责任。一个基本的原则是,任何部长、官员或其他代理人,如实施了应负责任的侵权行为,应当负完全的个人责任,而不能以上级的指示作为抗辩理由。”^[78]在实行联邦制的美国,联邦一级的政府官员享有有限的豁免权;虽然其主权在州,但一些州的法律下都是没有豁免权的。^[79]

而官员的特免制度本身又存在一些内在的紧张关系。一方面,给予公务员以法律豁免权,是基于保证其无畏的制定公共政策的需要,为公众提供最好的服务,因此,这种特免权“不过是在要求公务员公平正当地行使权力的成本而已。”但另一方面,这“也很可能会产生一些恶意的、有罪的违法者,他们利用豁免权逃避对他们的公正审判。”^[80]而行政规范性文件的违法实际就是公务员对这种法律豁免权的恣意利用。一方面,特免权主要是制定公共政策的需要,而有权制定公共政策的一般都是那些位高权重的公共官员,具体执行政策的公务员则得不到豁免,根据这一制度,就使得“那些拥有最大权力去造成损害的高级公务员可以获得豁免权,而那些善意地行动的低级公务员却得不到豁免权”。^[81]而这显然是不公平的,它导致的直接后果就是,发布违法命令的人可以不负责任,而执行违法命令的人则必须受到法律追究。一方面,制定公共政策的行为需要特免,具体的执行行为不能得到特免,而另一方面,所谓制定和执行本身就是十分相对的概念,制定政策和具体执行政策之间并没有特别明确的界限,很多上级对下级的行为都可视为政策行为,而很多时候下级又都是以制定公共文件的形式去执行上级命令的。

在我国的法律中,至今并没有规定明确的行政官员法律豁免制度。这说明,任何政府官员包括行政首长,只要制定了违法行政规范性文件,不管是否造成损害,都不能享有法律责任的豁免。法律没有赋予行政官员以法律豁免权,但实际上行政官员制定违法文件并造成损害却没有承担起应有的法律责任,则是对法制权威的很大破坏。因此,尽快建立行政官员的法律豁免制度是十分必要的。而这一制度的建立,既要保证它是行政官员无畏的制定公共政策的需要,又要保证这种制定政策的权力不至于超越法律的轨道。

2. 公务员个人的责任分担

对于公务员制定违法行政规范性文件造成的损害,公务员本人应当承担各种责任。主要包括政治责任和法律责任。而法律责任又包括行政责任、民事责任和刑事责任。对于公务员执行职务给行政相对人造成的损害如何承担责任,一些国家的规定并不相同。一种做法是要求公务员对自己的行为承担全部责任。比如,根据瑞典刑法典的规定,公务员违反法令或有关条例中关于行使其权力的规定,并且由于这项过错对公共利益或私人利益造成了严重的损害,则以不当行使权力罪处以罚金或1年监禁。而只有以制定政策为责任的国家或地方议会议员,不因该规定承担责任。政府官员制定政策的行为则不在此免责之限。希腊法律则规定,内

[78] 前引[37],韦德书,第37页。

[79] 参见前引[73],安提奥、梅切姆书,第45页。

[80] 前引[73],安提奥、梅切姆书,第8页。

[81] 前引[73],安提奥、梅切姆书,第32页。

阁成员和副部长应当对政府的总政策负集体责任,并对各自职权范围内的活动或失职行为负个人责任。总统的任何书面或口头命令在任何情况下均不能免除各部部长和副部长的责任。泰国刑法则规定,有依法执行法律或命令职责的公务员,阻止或破坏法律或命令之执行者,须负刑事责任。

另一种做法是,公务员制定政策或文件因存在公务过错的,一律由政府承担国家赔偿责任,公务员个人不承担金钱上的赔偿责任。这主要是基于保护行政相对人权利的需要。因为只有政府和国家最有能力对损害作出赔偿。在德国,对于职务责任的赔偿首先由公务员承担,但可以由国家代替。对于公务员在案件中仅有轻微过失的,不承担追偿责任。^[82]在法国,公务过错的赔偿责任由政府负担。但是,公务过错由国家承担赔偿责任后,并不妨碍公务员承担行政纪律或者惩戒责任。在法国,公务员在工作中或和工作有关的场合有过错,都可能受到纪律处分。反过来,纪律处分所制裁的过错,不一定是公务员本人的过错。例如公务员的疏忽、笨拙、不严重的错误,是一种公务过错,不是公务员本人的过错,但公务员同样会受到纪律处分。^[83]

对公务员制定违法文件中存在本人过错的责任分担,一些国家的规定则有所区别。在美国,官员在制定政策中的本人过错实际就是存在主观恶意、推进个人动机或者腐化等因素。对于违法政策而造成的损害,“官员特免制度只涉及官员对受害人的赔偿责任,不影响官员的其他责任。官员免除民事责任,不能免除其刑事责任及其他责任。”^[84]在法国,公务员本人过错的主要法律效果就是,公务员必须以自己的财产赔偿受害人的损失。公务员由于本人过错而对其他人造成损害的,须向其他人承担赔偿责任,对国家或者行政主体造成损害的,则须向国家或者其他行政主体承担赔偿责任。^[85]而公务员犯有严重过错时,则可能受到刑事处罚。^[86]在德国,对于职务方面的过错责任国家在向公民履行了损害赔偿责任后,可以向对违法行为负有责任的公务员追偿。但是,这种追偿仅限于公务员具有故意或者重大过失。^[87]根据德国公务员法的规定,如果官员蓄意损害了他应当承担的义务,那么,他应当向交付给自己任务的单位赔偿由此而造成的损失。如果官员在履行委托给他的公职时,违背了自己的职责,那么,只有在他的蓄意或由于他的严重失职造成损失时,他才应当向交给他任务的单位和人员赔偿损失。如果损失是由许多官员共同造成的,那么,他们应当共同承担责任。

鉴于我国行政法治还处于起步状态,行政行为在事实上还难以得到有效的监督,因此,笔者主张,对违法行政规范性文件责任的追究,在确定国家赔偿责任的原则下,总体上应当着重于对公务员本人责任的追究,只有这样才能有效地扼制违法文件的出台。对于强调官员的个人责任,施瓦茨在引用戴雪的话和美国最高法院的判例时曾有生动说明:“戴雪说,所有政府官员,从首相到警察和税收人,都应承担同样的责任。‘这个著名的论点也许是现实的理想化。但从我们的时代现实看,这个观点作为一种理想获得了而不是丧失了它的效用。’”^[88]因为很

[82] 参见前引[44],毛雷尔书,622页。

[83] 参见前引[41],王名扬书,第748页。

[84] 前引[11],王名扬书,第793页。

[85] 参见前引[41],王名扬书,第749页。

[86] 参见前引[41],王名扬书,第748页。

[87] 参见前引[44],毛雷尔书,622页。

[88] [美]伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版,第532页以下。

显然,“政府官员如果需要用自己的钱包赔偿受自己的侵权行为损害的人,他就会较少发生侵权行为,如果他觉得自己只不过是而非个人的政府代表,那就会较多地发生侵权行为。”^[89]

我国的行政机关实行首长负责制,各级行政机关及其部门的负责人依照民主集中制原则,在民主讨论的基础上由个人决策,个人负责。民主集中制决不意味着集体讨论,集体不负责。个人负责也决不意味着个人可以无限地行使权力,而不承担法律责任。具体到违法行政规范性文件的制定上,就是谁签署谁负责。其责任不仅包括承担宪法和有关组织法规定的撤销、质询、罢免等法律后果,还包括承担相应的行政责任、民事责任直至刑事责任。当然,由于违法行政规范性文件带来的后果由具体制定人员承担民事责任有实际困难,所以责任的重点应当放在行政责任、刑事责任和政治责任或者宪法责任上。根据刑法和其他相关法律的规定,在国家机关的违法犯罪中,对直接责任人员要依法给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。而违法行政规范性文件的签署者就是直接责任人员。根据国务院1991年颁布的《农民承担费用和劳务管理条例》的规定,对向农民乱收费包括以违法文件实行乱收费的单位和直接责任人员,都是可以实施行政处分直至被追究刑事责任的。虽然国家赔偿法没有否认公务员对违法制定行政规范性文件造成后果的应当负相应的法律责任,但这部法律实际上所规定的基本是因具体行政行为违法造成损害的责任。实践中也从未听说某位公务员因制定违法文件造成损害而依法承担赔偿责任的。现在,各方面都在强烈呼吁修改国家赔偿法,所以在这部法律的修改中,应当明确规定违法行政规范性文件制定者的个人责任。各类行政法规也应当对制定违法行政规范性文件的公务员个人规定明确的惩戒责任。在建立起完善的个人责任体系后,行政规范性文件违法的现象才有望得到扼制。

Abstract :The distinction between the adoption of normative documents by administrative organs and the law making activities of the parliament , the theory relating to political responsibility and the responsibility for violation of the Constitution , and theory of the universality and particularity of contradictions all suggest that the responsibility of organs that have adopted illegal documents of administrative norms should be specific legal responsibility by nature. It is of great importance for the implementation of administration by law and for the safeguarding of civil rights that China draw on the legislative experiences and theories of foreign countries and establish as soon as possible a system for the investigation of responsibilities for illegal documents of administrative norms , especially the system of judicial review of documents of administrative norms by the people's court and the system of investigation of individual responsibility for the making of illegal documents.

[89] 前引[88],施瓦茨书,第532页以下。