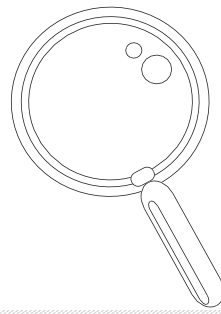


行政诉讼对规范性文件一并审查案件中，首先需要明确规范性文件的范畴，除执行法律、法规、规章的规范性文件之外，执行政策类的规范性文件以及诸如征收补偿方案等“准规范性文件”也不应排除在审查范围之外。其审查内容包括规范性文件审查行为的性质、规范性文件实施后的法律效果等，而除《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》规定的审查方式外，把握立法本意也是审查的重要途径。



行政诉讼中一并审查规范性文件之模式分析

□ 王全泽

行政诉讼中对规范性文件一并审查制度自 2015 年《行政诉讼法》修改以来，就备受专家学者的关注，它首次将法院对行政行为的依据审查以法律的形式固定下来。

但是在司法实践中，该类案件在行政案件整体中所占比例不高，而规范性文件审查相对行政诉讼中其他案件程序专业性较强，多数当事人对该项制度了解有限，该项制度的运行并未产生学界所期待的良好法律效果。

实践中，人民法院在面对案件中当事人提起的对规范性文件一并审查的诉讼请求时，首先需要对当事人所提出审查的“规范性文件”进行两个层面的认定。

第一个层面是该文件是否属于行政法意义上的规范性文件，即做概念性认定；另一层面是对该规范性文件是否满足在本案中一并审查的条件进行认定，即条件性认定。

《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《行政诉讼法解释》）第一百四十八条采用了“概括+列举”的形式对人民法院审查规范性文件的内容进行了规定，第二款第一项针对的是规范性文件的制定机关权限，第二、三项针对的是规范性文件的内容，第四项规定的则是程序问题，从而为我们确定了“权限—内容—程序”的审查进路。

行政规范性文件的范畴

有学者认为，行政法意义上的规范性文件是指行政主体为实施法律和执行政策，在法定权限内制定的除行政立法以外的决定、命令等普遍行为规则的总称。

而在实践领域，许多地方已颁布有关规范性文件制定的政府规章，其中对规范性文件进行了定义。

比如上海市人民政府 2016 年 10 月 9 日公布了《上海市行政规范性文件制定和备案规定》，其中第二条对“规范性文件”定义如下：本规定所称的行政规范性文件，是指除政府规章外，行政机关

依据法定职权或者依据法律、法规、规章制定的涉及公民、法人或者其他组织权利、义务，具有普遍约束力且可以反复适用的文件。

这两种规范性文件的概念虽然侧重点略有不同，但在制定主体、内容、排除性认定、普遍性上有相当的共性，这几个要件也是人民法院认定规范性文件的重点内容。因此规范性文件需具有如下的基本特征：

首先，制定主体为包括人民政府及其部门在内，具有法定或者授权的行政主体。

《行政诉讼法》第五十三条将规范性文件的制定主体表述为“国务院部门和地方人民政府及其部门”，但是我们可以从《行政诉讼法》第二条第二款推导出，其制定主体应当包含法律、法规、规章授权的组织。

将规范性文件制定主体的外延进行适当扩大，不仅有利于保障当事人的诉讼权益，也符合《行政诉讼法》的立法宗旨。

其次，规范性文件除执行法律、法规之外，还具有执行政策的功能。

由于政策具有宏观性、预测性、指导性的特点，因此很难直接作用于社会生活中，因此需要“桥梁”与现有的法律体系发生有机联系，而制定周期短、制定程序相对便捷的规范性文件就成为了最好的媒介，因此执行政策的规范性文件不能被排除在《行政诉讼法》第五十三条中规定的规范性文件之外。

最后，行政规范性文件还需要具有普遍适用性，即在一定的时间和行政区域内可针对不特定对象反复适用。

审查“文件”还是“行为”

《行政诉讼法》修改后，受案范围中的“具体行政行为”改为“行政行为”，但是抽象行政行为仍然被排除在行政诉讼受案范围之外。

虽然自 2000 年《立法法》对行政法规、规章的适用、备案审查作出规定以来，我国一直在积极探索司法对抽象行政行为的监督机制，但是不论是“无法解决原告资格问题”的理论还是“抽象行政行

为本质是立法行为”的观点，均显示抽象行政行为进入行政诉讼的时机仍未到来。

尽管实践中有观点认为，规范性文件在附带性审查过程中是作为“文件”而非作为“行为”为法律所度量。

对规范性文件的审查不是对规范性文件的行为要件进行审查，而是将规范性文件与法的内容上的继承性和一致性作为考量内容。

此种观点担心一旦将规范性文件作为“行为”进行审查，那么在一个案件中将出现两个诉讼标的。

但从逻辑结构上来看，人民法院启动对规范性文件一并审查依赖于对行政行为提起诉讼，离开行政行为无法对其进行独立审查，从这一点来看，其无法成为一个独立的诉讼标的，而只能作为一项诉讼请求，对其审查的行为完全可以包含于对行政行为的审查内。

且从《行政诉讼法解释》第一百四十八条第二款第四项的规定来看，“批准程序”“公开发布程序”“制定程序”等均针对的非被审查的规范性文件的内容，而是其形成的过程。

但是从保障当事人诉讼权益的角度讲，对“行为”的审查一定要比对“文件”的审查有更加严密的程序，因此将对规范性文件的审查视作对抽象行政行为的审查并非绝对不可。

规范性文件实施的法律效力效果的审查

如果将对规范性文件的审查视作是对抽象行政行为的审查，作为法律行为，就必定会产生行为所附带的法律效果，而抽象行政行为的法律效果依赖于具体行政行为去体现。这样一来，规范性文件实施后的法律效果更偏向于事实问题的范畴。在行政诉讼过程中，法院对行政行为的审查范围实质上就是对行政行为审查的深度，更近似于行政机关与法院之间的权力责任分配。

传统的观点认为，行政机关因为拥有更加专业的知识，因此在事实问题的认定上会具有更大的优势，而法院则占据了法律问题认定优势地位。但是在实践中，行政案件中法律问题与事实问题的边界开始模糊。

法律问题与事实问题界限模糊在规范性文件的审查中带来的问题，是被诉的行政行为在以被提起审查的规

范性文件为依据作出后，所产生的法律效果是否应该属于人民法院认定规范性文件合法性的要件。

在有些案件中，行政机关依据特定规范性文件作出的行政行为在法律依据、法定程序等方面并无问题，但在个案件中并未实现实质公平而导致原告提起诉讼的现象也不鲜见。这样一来，规范性文件实施后所产生的法律效果不但更应该进行审查，反而对法院法官提出了更高的审判要求。

规范性文件依据之依据的审查

《行政诉讼法解释》第一百四十八条第二款第二项规定了规范性文件有“与法律、法规、规章等上位法相抵触的”情形时违法，应当注意的是，这里的“上位法”并不包含规范性文件。

实践中，如果被提出一并审查的规范性文件作出的依据亦是规范性文件时，如上级行政机关颁布的规范性文件或政府颁布的政策性文件，能否将其作为被审查规范性文件的合法性依据。

笔者认为，在被审查的规范性文件均没有直接作为依据的法律、法规或规章时，也不宜用“不违反上位规定”的理由来支持将上位规范性文件或者政策性文件作为被审查规范性文件合法性的依据。

从权力制约角度来看，人民法院对规范性文件进行审查本质上是对行政机关依法行政的范畴，法律、法规和规章是《立法法》中所规定的正式法律渊源，人民法院用其作为监督依法行政的依据无可厚非，但是上位规范性文件或者政策性文件仍属行政机关制定的文件范畴，将其作为法院监督依法行政的依据不妥。

在此类情形下，可将上位规范性文件或者政策性文件所依据的法律、法规、规章成体系化，一同作为被审查规范性文件的依据，如果上位规范性文件或者政策性文件也无法法律、法规、规章作为依据，则应将被审查的规范性文件纳入相关领域的法律体系中进行审查，从规制这一领域的立法本意、立法目的、法律原则等，来作为被审查规范性文件的合法性依据。

（作者系上海市第二中级人民法院行政庭二级法官助理）