

规范性文件作为行政行为“依据”的识别基准

——以《行政诉讼法》第53条为中心

周乐军 周佑勇

内容提要 在“毛爱梅案”中,法院通过确定规范性文件与被告行政行为在“内容构造”上的不一致,认定二者之间不具有关联性,否定了涉案规范性文件的“依据”地位。从应然层面上讲,“依据”的识别存在形式基准、内容基准以及一并审查的原则基准三个层面。形式基准要求法院可以通过行政机关对“依据”的表示行为进行判定,但需结合规范性文件的规范属性共同确认;内容基准则要求规范性文件具有对相对人权利义务产生实际影响的条件性、与行政行为形成法律关系上的一致性和法律效果的因果性,并且应当与合法行政协议“权利处分”的关联性割断;原则基准要求“依据”的识别应指向被告行政行为合法性判断,并由此形成了“依据”识别的重要性检验基准。

关键词 规范性文件 司法审查 行政诉讼法 识别基准

周乐军,东南大学法学院博士研究生 211189

周佑勇,东南大学法学院教授 211189

一、问题的提出

“毛爱梅、祝洪兴诉浙江省江山市贺村镇人民政府行政强制及行政赔偿案”^[1](以下简称“毛爱梅案”),系最高人民法院发布的首批行政诉讼附带审查规范性文件典型案例之一^[2]。在该案中,两原告因不服被告对其养猪场建筑实施的强制拆除行为,向人民法院提起行政诉讼,并申请对江山市人民政府制定的《关于深入推进生猪养殖污染整治和规范管理的通知》(江政办发[2014]29号)进行附带审

本文系“中国法治推进过程中的裁量权治理问题研究”、中宣部全国文化名家暨“四个一批”人才工程资助项目、东南大学教育部教育立法基地暨江苏高校“青蓝工程”资助项目、2018年江苏省研究生科研创新计划“行政规范性文件的司法审查”(KYCX18_0213)阶段性成果。

[1]参见浙江省衢州市柯城区人民法院(2016)浙0802行初19号行政判决书。

[2]参见最高人民法院2018年10月30日发布的首批行政诉讼附带审查规范性文件典型案例“毛爱梅、祝洪兴诉浙江省江山市贺村镇人民政府行政强制及行政赔偿案”。

查。原告认为,该文件第3条第(3)款“生猪补助数量按每2平方米实际拆除栏舍或设施占地面积计算1头猪的标准确认;逾期拆除的,扣减20%的补助款,逾期3个月以上未主动拆除的,依法给予强制拆除,并且不得享受补助”,与国务院《畜禽规模养殖污染防治条例》第25条“因畜牧业发展规划、土地利用总体规划、城乡规划调整以及划定禁止养殖区域,或者因对污染严重的畜禽养殖密集区域进行综合整治,确需关闭或者搬迁现有畜禽养殖场所,致使畜禽养殖者遭受经济损失的,由县级以上地方人民政府依法予以补偿”的内容相违背。但法院认为,原告对规范性文件提出附带审查的对象其实是“关于生猪补助数量的计算及补助款的发放等内容的合法性”,而本案的审查对象为“被告对原告生猪养殖场建筑强制拆除行为的合法性”,并非审查“因生猪限制养殖、禁止养殖等引发的补偿问题”,因此,基于“审查对象”的不一致,判定规范性文件与被告行政行为之间不存在“关联性”,依据《行政诉讼法》第53条之规定,拒绝原告向法院提出的规范性文件相关条款审查申请。

《行政诉讼法》第53条规定:“公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据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不合法,在对行政行为提起诉讼时,可以一并请求对该规范性文件进行审查。前款规定的规范性文件不含规章。”该条款既为规范性文件的可诉性提供了规范依据,但同时也表明,法院实施审查的前提在于,该规范性文件系被告行政行为的依据。因此,“依据”成立与否的确立是规范性文件一并审查的必经环节。然而,由于当前我国法律规范对依据的实质内涵及其相应判断标准规定的缺位,实践中规范性文件存在形态的各异性、数量与内容的繁杂性,或者因行政机关行政执法过程的不规范等因素,增添了法院识别判断的难度,导致《行政诉讼法》第53条适用的不确定性,这显然无助于规范性文件审查制度价值的实现。

在“毛爱梅案”中,法院通过审查规范性文件规定的内容/审查对象与被告行政行为的内容/审查对象之间“不一致”,认定规范性文件与被告行政行为之间不具有关联性,以此排除了规范性文件的依据地位。但从严格意义的法律论证逻辑上而言,“某案件事实不能划属特定法规规范的构成要件,尚未必导致该法效果的否定”^[1],即非P→非Q并不意味着P→Q。可以确定,法院并没有就此正面确立了“依据”的具体内涵及其相应的认定标准。或者我们还应该进一步追问,除“毛爱梅案”中的规范性文件与行政行为在内容上存在/不存在“关联性”之外,依据认定的标准是否还包含有其他表现形式?何种类型或何种程度的“关联性”才构成《行政诉讼法》第53条所规定的“依据”?具体而言,规范性文件作为行政行为依据识别的规范性与科学性标准必须基于以下问题的解决:“依据”的实质内涵为何?在依法行政原则的拘束下,行政机关依据规范性文件作出行政决定的内在要求是什么?依据判断基准的内容表现形式以及适用的除斥情形为何?如何明晰司法权在识别规范性文件作为行政行为依据过程中的应有边界,依据判断的价值基准以及识别判断的适恰性应该如何检验?

二、规范性文件作为行政行为“依据”识别的形式基准

规范理论认为,“个别规范由适用法律机关,尤其是由法院所创造,必须总由一个或更多的既存的一般规范来决定”^[2]。因而,在“毛爱梅案”中,法院通过直接比对规范性文件具体条款与被告行政行为之间在“内容构造”上的不一致排除规范性文件的依据地位,其中的逻辑是,行政行为的内容应该由作为依据的规范性文件部分或者全部决定。但需要进一步明确的是,规范性文件决定行政行

[1][德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,[北京]商务印书馆2016年版,第151页。

[2][奥]凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,[北京]商务印书馆2016年版,第220页。

为内容生成的客观标准是什么,也即行政机关为何要在众多的法律规范中(法律、法规、规章、规范性文件等)依据该规范性文件作出行政行为?同时,行政机关是否还应该将对规范性文件的适用予以明示?这里其实涉及到规范性文件自身的规范属性(规范适用力),以及行政行为方式的法定化两个方面。

1. “依据”识别形式判断的外在基准:行政机关的表示行为

基于行政正当程序之公开性原则,尤其是按照行政行为的理由说明义务之要求,行政机关应当将行政行为作出的法律规范依据,以法定的形式向相对人公开,并予以告知、送达^[1]。此外,根据我国《行政诉讼法》第34条之规定,“被告对作出的行政行为负有举证责任,应当提供作出该行政行为的证据和所依据的规范性文件”,被告不提供或者逾期提供的,需要承担举证不能、行政行为无相应依据的法律后果。因此,从行政行为的表现方式上来说,作为被诉行政行为依据的规范性文件,应该由行政机关在其作出行政行为的告知书、答复书或者决定书中予以载明或者援引,法院基于行政机关应该对外明示的法定义务,确认规范性文件是否属于被诉行政行为的依据,即法院可以从行政行为的外在形式上观察,主要根据行政机关的表示行为(如载明、援引或承认、否认等)进行判定^[2]。实践中,该识别基准为许多法院所遵循。譬如,在“顾伟国与诸暨市牌头镇人民政府行政强制一审案”^[3]中,法院便直接以“被告诸暨市牌头镇人民政府明确被告在对原告顾伟国养殖场强制拆除未适用上述规范性文件内容,亦未向本院就上述文件内容进行举证”为由,否认了规范性文件的依据地位。同样,如果被告在庭审中明确承认,法院便可径直认定。譬如在“刘印井诉萧县人民政府房屋征收决定及规范性文件审查案”^[4]中,法院认为,“被告萧县人民政府在庭审中确认《试行办法》系其作出《房屋征收决定》所依据的规范性文件,故原告刘印井可以一并请求对该规范性文件进行审查”。

当然,此种形式识别进路,将依据的认定建立在行政机关单方行为表示的基础之上,虽然识别程序简单且易操作,但也极易造成依据识别的主观性与随意性,与法院中立的审查立场明显不相符合。那么,是否行政机关载明或者明确承认的规范性文件,就必然属于被诉行政行为的依据?抑或者相反,行政机关未援引但也不否认甚至明确否定的规范性文件,就必然不属于被诉行政行为的依据?其中,除了人为疏忽等客观因素导致应援引而未援引,或者不应援引而援引的,如果法院单纯适用行政机关的表示行为这一形式识别基准,其实也会产生很多问题。譬如,行政机关为了规避规范性文件受到司法审查,故意不予以援引,或者在庭审中明确拒绝承认,法院如果绝对地遵从行政机关单方的行为表示,便会造成许多本来属于被诉行政行为依据的规范性文件因行政机关有意漏引或者否认的,被排除在审查范围之外。同样,行政机关为了避免漏引,或者让被诉行政行为获得更多的规范依据,以增强行政行为合法性或合理性的说服力而故意援引的,则会将许多本来不属于

[1]具体言之,在我国的《行政许可法》、《行政处罚法》、《行政强制法》等法律、法规中,都有针对行政机关对行政行为依据的公示、告知以及理由说明等义务进行规定的明确条款。参见《行政许可法》第30条、第38条;《行政处罚法》第31条、第39条、第41条;《行政强制法》第18条、第37条等。

[2]上海市高级人民法院审判委员会在2016年10月8日讨论通过的参考性案例——《朱某诉上海市公安局交通警察总队要求履行法定职责及请求规范性文件一并审查案》中,识别规范性文件作为行政行为的依据,提出了以下3点途径:1.该规范性文件是否在被诉行政行为的载体如告知书、答复书中被明确载明是行政机关作出被诉行政行为的法律适用依据;2.行政机关在答辩或庭审应诉中明确表示该文件并非被诉行政行为的法律适用依据,理由成立的,应当认定该规范性文件并非被诉行政行为的法律适用依据;3.由法院结合案件实际情况综合审查认定。

[3]参见浙江省绍兴市上虞区人民法院(2015)绍虞行初字第87号行政判决书。

[4]参见安徽省高级人民法院判决书(2017)皖行终209号行政判决书。

行政行为依据的规范性文件纳入到审查范围之内,导致司法审查范围的扩大化。因此,即便作为被诉行政行为依据的规范性文件,属于行政机关应该予以公示、告知的法定义务,但基于各种现实因素的考量,往往还不能准确地进行识别判断。由此,还必须进一步明确规范性文件作为行政行为依据的内在要求,也即确定行政机关为何要依据规范性文件作出具体行政行为,或者说行政机关依据规范性文件作出行政行为的客观标准是什么。

2. “依据”识别形式判断的内在基准:规范性文件的规范属性

从行政行为创设的角度来说,作为个案规制的行政行为,其实与法院的司法裁决一样,行政机关永远只是实践一个立法命令^[1]。易言之,国家公权力并非直接作用于个人,而是通过具体行政行为的方式,将国家对于个人的具体要求在个案中确定和明示下来,公民由此而获得对国家行为的清楚认知和预见。因此,“法治国意味着对行政尽可能的司法化”^[2]。但与此同时,虽然行政行为作为一种类似司法裁决的法律适用行为,当论及判断规范性文件作为行政行为的依据时,还需要确定行政机关援引规范性文件的主观性抑或客观性。如果规范性文件对行政机关具有适用约束力,那么行政机关往往就无法任凭自己随意选择;但如果规范性文件本身对行政机关无拘束力,行政机关也就没有必须适用的法定义务,从某种程度上来说,便可由行政机关自由援引。事实上,按照法律效果的区分标准,我国的规范性文件可以分为创制性规范性文件、解释性规范性文件和指导性规范性文件三种类型^[3],每种类型因具有不同的规范属性,对行政行为产生不同的法律作用,形成不同的识别形态。

关于创制性规范性文件。源于创制性规范性文件主要是行政机关为弥补上位规范的空缺或不足,基于上位规范的授权为相对人创设权利义务。从内容上看,创制性规范性文件对行政行为内容的生成具有决定性作用,脱离该规范性文件的规定,相对人具体的权利义务往往就无法形成;从权力来源上看,创制性规范性文件还具备上位规范的授权这一制度性因素,因此,创制性规范性文件对行政机关具有适用上的规范效力,法院应该认定创制性规范性文件属于行政行为的依据,即便行政机关在作出行政行为时未载明或者明确否认的。譬如,在“谢春艳与泰州市市财政局行政处理行为及附带规范性文件审查案”^[4]中,原告因不服被告对其提交申诉的回复,向法院起诉,并对泰州市人民政府专题会议纪要所附《泰州市妥善解决国有企业职教幼教退休教师待遇问题实施方案》(简称实施方案)与《审核过程中有关注意事项(代细则)》(简称审核细则)提出一并审查申请。庭审中,被告泰州市财政局主张,其作出的回复行为系以对原告是否具有教师资格证的审核为基础,但该审核行为并非被告而是由教育部门实施,因此,两份文件是教育部门审核的依据,而不是被告回复的依据。但法院认为,上述文件系被告作出答复的事实根据之依据,为保障被告之诉讼权利,仍然应对其作适当审查。在该案中,实施方案与审核细则系泰州市人民政府根据国资发分配(2011)63号《关于妥善解决国有企业职教幼教退休教师待遇问题的通知》与苏国资(2011)88号《妥善解决国有企业职教幼教退休教师待遇问题的通知》的授权而制定。源于上位规范的空缺与授权,这两份文件直接

[1]参见〔葡〕苏乐治:《行政法》,冯文庄译,〔北京〕法律出版社2014年版,第179页。

[2]〔德〕奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,〔北京〕商务印书馆2016年版,第65页。

[3]参见叶必丰、周佑勇:《行政规范研究》,〔北京〕法律出版社2002年版,第78页。而根据法律对行政权的控制程度与范围的不同,我国的行政规范性文件还可分为执行命令、授权命令与职权命令三种类型。参见周乐军:《行政规范性文件的生成形态及其类型化——基于功能主义的观察》,〔济南〕《法学论坛》2019年第3期。

[4]参见江苏省泰州市中级人民法院(2015)泰中行终字第00096号行政判决书。

决定了原告能否被列入幼教退休教师待遇调整范围,因此,应该将其认定为被告作出回复的依据(间接依据)纳入到司法审查的范围之内。

关于指导性规范性文件。由于指导性规范性文件并没有为相对人创设权利义务,或者虽然对相对人提出了各种要求,但并不会产生法律上的效力。指导性规范性文件对行政行为的作成,一般只会形成诸如抑制、协助、调整与引导的作用^[1],不能直接决定行政行为内容的生成(或直接决定相对人具体的权利义务),仅对行政行为产生一些事实上的影响。因此,行政机关引用指导性规范性文件,往往用作于补强证据,以增强行政行为合法或合理的说服力,此时,即便行政机关援引了规范性文件,但并非被诉行政行为的依据。譬如,在“谭孝华诉汉源县公安局治安行政处罚案”^[2]中,原告谭孝华因在北京市中南海周边非正常上访,被被告汉源县公安局处以拘留十日的行政处罚。为证明行政处罚的合法性,被告将四川省高院、省检察院、省公安厅、省司法厅联合发布的《关于依法处理违法上访行为的意见》(简称意见)(川公发[2010]126号),以依据的形式提交至法庭,并表示该《意见》系被告作为办理案件的法律指导意见。原告认为,该《意见》设定了限制人身自由的强制措施,违反上位法,请求对其进行合法性审查。法院认为,被告提交的《意见》是其作出行政行为的“指导意见”^[3],仅作为处罚决定的参考,被告在行政处罚告知、作出行政处罚决定中均未将其作为作出行政行为的依据,因此否定了原告的一并审查请求。

关于解释性规范性文件。相对于上述两种规范性文件,解释性规范性文件因其特殊的规范属性,对行政机关适用的法律效力一直存在争议。源于解释性规范性文件只是对上位规范的内容进行阐释或具体化,其目的在于规范行政机关内部统一适用法律,且不具备法律的授权,不能创设新的权利义务,因此,效力否定论者认为,行政执法过程中的解释性规范性文件一般属于行政机关对其作出的行政行为的理由说明,“对该行政执法机关有拘束力的是该行政法律规范本身”^[4]而非解释性规范性文件。在“张菊香与嘉兴市公安局南湖区分局行政处罚案”^[5]中,原告主张被告适用的《浙江省公安机关行政处罚裁量基准》并未生效,属于适用法律错误。法院则认为,被告适用的裁量基准,系被告体系内部制定的规范其作出行政处罚时合理行使自由裁量权的行政规范性文件,不是其作出行政处罚的依据,而被告仅是在答辩中将其作为处罚合理性的参考依据予以陈述,因而否定了裁量基准的依据资格。效力肯定论者则主张,解释性规范性文件一旦对上位法中的不确定法律概念进行阐释,或者将宽泛的裁量幅度具体化,基于行政机关的适用便会对相对人形成实质性的影响,因此,“不是法定标准的具体化,而是创设必要的决定标准”^[6]。在“洋马发动机(山东)有限公司、青岛市质量技术监督局质量监督检验检疫行政管理案”^[7]中,被告称《青岛市裁量基准》并非作为行政处罚的依据,而是按照山东省规范行政处罚的要求,对裁量权使用情况进行的分析说理。法院则认为,被告在《行政处罚决定书》中根据裁量基准的具体规定,认定原告违法行为严重,并依据该基

[1]参见[日]室井力主编:《日本现代行政法》,吴微译,[北京]中国政法大学出版社1995年版,第151-152页。

[2]参见四川省雅安市中级人民法院(2016)川18行终71号行政判决书。

[3]基于“为维护正常的信访秩序,保护公民的合法权益,依法处理违法上访行为,根据《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国治安管理处罚法》、《中华人民共和国集会游行示威法》、国务院《信访条例》等法律、法规,现提出以下意见”的表述,《意见》对被告并不具有应当适用的法律义务,仅是一种指导意见。

[4]参见王天华:《裁量标准基本理论问题刍议》,[杭州]《浙江学刊》2006年第6期。

[5]参见浙江省嘉兴市南湖区人民法院(2016)浙0402行初52号行政判决书。

[6][德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,[北京]法律出版社2000年版,第595页。

[7]参见山东省青岛市中级人民法院(2016)鲁02行终804号行政判决书。

准的具体规定,对原告作出行政处罚决定,那么该基准是被告作出本案行政处罚行为所依据的规范性文件,于是对该基准实施了合法性审查。

其实,从法源构造的角度而言,法律渊源的判断存在实质性理由与权威性理由两种判准,前者通过其陈述内容的恰当性来支持法律结论;后者则是基于一种独立于内容的规范“来源”或“地位”来获得支持法律结论的约束力^[1]。其中,权威性理由除了基于上位法律规范授权这一制度性事实要素形成创制性规范性文件之外,解释性规范性文件系基于行政自制而产生一种“应当适用”的相对性法律效力。所谓“应当适用”的权威性理由,从行政机关内部而言,主要是基于行政机关的领导权或监督权而产生,同时还可借助于行政机关内部激励、评议考核和责任追究等自我约束机制来实现;从相对人外部而言,则是源于行政机关在个案中反复适用时所确立的行政惯例和所体现的法律原则的效力^[2]。只是无论是作为自制规范的内部效力还是外部效力,在为实现个案正义的情况下而可脱逸适用,总体上形成了一种相对性的法律效力^[3]。此外,在实质性理由方面,解释性规范性文件往往通过限定行政裁量的真实目的、列举相关考虑的因素,以及对行政裁量的显失公正进行权衡等,因其内容的合理性也可为行政机关乃至法院提供客观的参照标准^[4]。尤其针对实践中存在的空白构成要件,通过裁量基准的细化往往就相当于创设新的决定基准,在符合上位法情况下,更宜将其纳入法源范畴^[5]。因此,对于解释性规范性文件,并不能因为存在上位规范的映射,就否定对执法机关产生约束力,相反,只有在为实现个案正义的情况下,才具备否定适用效力的正当性。这意味着,如果符合行政自制的要求,并在不需考量个别情况的条件下,解释性规范性文件应该属于被诉行政行为的依据。在“广州圣海实业发展有限公司、广州市番禺区城市管理局城乡建设行政管理案”^[6]中,原告主张其违法情形符合《广州市城市管理综合执法行政处罚自由裁量权量化细化基准表》中的一般违法情形,涉案违法行为应适用“16万元至24万元”处罚幅度,被告给予原告24万元罚款并不符合基准的要求,显失公正。被告则主张,该基准表并不是被告作出行政处罚的法律依据,《广州市建筑废弃物管理条例》第五十八条对涉案违法行为规定了十万元到三十万元的处罚范围,被告没有超过该范围,处罚决定合法。法院认为,该基准明确规定了广州市城市管理综合执法机关行使行政处罚自由裁量权的具体标准,该规定对被告行政执法、行使行政处罚自由裁量权具有约束力,被告应该遵守,因此认可了基准的依据地位。

由此可见,虽然基于行政机关对行政行为的依据应予以明示的法定义务,法院可以根据行政机关的表示行为对依据直接判定,但此种外在的形式识别基准容易陷入诸多困境,需要结合规范性文件的规范属性这一内在基准共同判断。源于行政行为的司法化创设之要求,以及规范性文件自身的规范适用力,进一步确立了法院在识别规范性文件作为行政行为依据过程中的基本立场。它要求对依据的识别并不能纯粹地建立在行政机关单方的表示行为基础之上,而是需要综合考量规范性文件生成的具体法律依据或者制度性成因等,并由此确立与之相对应的规范属性。基于上位法

[1]参见〔瑞典〕亚历山大·佩策尼克:《论法律与理性》,陈曦译,〔北京〕中国政法大学出版社2015年版,第294-296页。

[2]参见周佑勇:《作为行政自制规范的裁量基准及其效力界定》,〔吉林〕《当代法学》2014年第1期。

[3]参见周佑勇、周乐军:《论裁量基准效力的相对性及其选择适用》,〔北京〕《行政法学研究》2018年第2期。

[4]参见熊樟林:《裁量基准在行政诉讼中的客观化功能》,〔上海〕《政治与法律》2014年第8期。

[5]参见谭冰霖:《论行政法上的减轻处罚裁量基准》,〔武汉〕《法学评论》2016年第5期。

[6]参见广州铁路运输中级法院(2018)粤71行终1323号行政判决书。

律规范授权的创制性规范性文件与基于行政自制而产生的解释性规范性文件,对行政机关产生了一种内在的初显性适用的法律义务,在满足条件的情况下属于被诉行政行为依据。相反,不具有法律效力的指导性规范性文件则一般难以契合作为行政行为依据的具体条件,不宜认定为被诉行政行为的依据。

三、规范性文件作为行政行为“依据”识别的内容基准

“依据”识别形式基准的基本面向是依据识别路径上的基础与前提,即只有确立了规范性文件的规范属性及其具体类型,才能审查该规范性文件应否被行政机关适用,以及对适用正确性作进一步判断。具体而言,依据识别的内容基准包含三个层次的内容:规范性文件规范内容的可实现性或者规范性文件的可诉性;作为依据的规范性文件与行政行为之间关联性的具体表现;内容基准的除斥情形。

1. “依据”识别内容基准的前提性要求:权利义务受到实际的影响

既然行政机关依据规范性文件作出行政决定,那么,行政行为所形成的权利义务关系必然被规范性文件所包含。这就意味着,如果规范性文件本身并不具有对相对人权利义务产生实际影响的具体内容,基于该规范性文件所形成的行政行为同样不会对相对人的权利义务造成实际影响,或者说,规范性文件与被诉行政行为之间不具有对应关系。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2018〕1号)第1条第10款规定,“对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为”不属于人民法院的受案范围,如果规范性文件所规定的内容对原告的权利义务不产生实际影响,那么就可基于规范性文件本身的不可诉性,直接认定规范性文件并非被诉行政行为的依据,否则,被诉行政行为也将不具有可诉性。

换句话说,法律之所以允许公民、法人或者其他组织一并请求审查规范性文件,在于该规范性文件通过一个具体行政行为对它的适用,间接地对该公民、法人或者其他组织产生了不利影响^[1]。规范性文件本身如果不对相对人的权利义务产生实际影响,或者仅规定与相对人无利害关系的程序性内容,该规范性文件便不是被诉行政行为的依据。譬如,在“李夏春不服修水县人民政府行政强制案”^[2]中,原告认为被告修水县人民政府作出的《修水县人民政府关于开展东津水库库区船舶清理整顿活动的通告》(简称通告)内容不合法,向法院提出一并审查申请。法院认为,该通告系被告“针对特定区域,特定船舶以及一定期限范围,在职权范围内开展东津水库库区船舶清理整顿活动的程序性告知行为,并没有涉及到侵犯上诉人合法财产的内容”,于是拒绝了原告的审查请求。

2. “依据”识别内容基准的表现形式:法律关系构成上的一致性与法律效果形成上的因果性

规范性文件经由行政机关的适用,作为行政行为依据的规范性文件必然居于对行政行为的内容或者法律效果产生创制或生成的地位^[3]。此种地位具体表现为二者在法律关系构成上的一致性以及法律效果形成上的因果性。

在“毛爱梅案”中,法院以规范性文件与被诉行政行为之间在“审查对象/内容构造”上的不同否定了二者之间的关联性。但就其本质而言,毛爱梅要求附带审查的规范性文件与被诉行政行为之

[1]参见李广宇:《新行政诉讼法逐条注释》(上),〔北京〕法律出版社2014年版,第416页;江必新主编:《新行政诉讼法专题讲座》,〔北京〕中国法制出版社2015年版,第215页。

[2]参见江西省高级人民法院(2017)赣行终134号行政判决书。

[3]参见〔奥〕凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,〔北京〕中国法制出版社2008年版,第81页。

间分别属于不同的法律关系。原告提出申请审查的规范性文件涉及的是“行政补偿”法律关系,而被诉行政行为涉及的是“行政强制拆除”法律关系。很明显,法律关系的不一致将无法在规范性文件与行政行为之间形成对应性或者关联性。具体而言,法律关系是两个或更多的主体之间,经由法律规范所塑造的关系,其基本构成是参与者之间的权利义务。法律关系由主体、客体(对象)、权利义务(内容)以及主客体之间的关系构成。因此,只要某一规范性文件与被诉行政行为之间不属于同一法律关系,或者存在法律关系构成要素上的差异,那么,该规范性文件就不属于被诉行政行为的依据。而所谓因果性,是指由规范或者对规范的运用造成的权利侵害,必须已经出现或者构成了威胁,而且,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)^[1]。因此,某种间接的或者纯粹的事实上的影响,譬如,规范性文件在法律关系中仅起“事实证明作用”的则应被排除在依据的识别范围之外。

首先,如果原告提出审查申请的规范性文件仅系行政机关用来证明某一事实关系的存在,或者“仅是提醒和告知广大市民有关事项的一种方式”^[2],而非以此决定行政行为的实体内容,那么,规范性文件与行政行为之间就没有形成规范效力创设的因果性关系。譬如,在“李洪川与成都市双流区国土资源局、成都市国土资源局信息公开案”^[3]中,原告向被告成都市双流区国土资源局申请公开“《四川省人民政府关于双流县2012年第1批乡镇建设用地的批复》(川府土[2012]538号)对应的(供地方案)”政府信息,被告成都市双流区国土资源局以“该批复系增减挂钩试点项目土地征收批次,没有川府土[2012]538号对应的供地方案”为由进行了答复。原告不服该答复申请行政复议,复议予以维持。原告向法院提出行政诉讼,并在庭审中就被告成都市国土资源局在《行政复议决定书》中引用的“四川省国土资源厅《关于城镇建设用地增加与农村建设用地减少相挂钩试点项目土地征收审查报批工作的实施意见》(川国土资函[2007]1385号)”规范性文件提请附带审查。法院认为,被告对原告信息公开申请进行答复依据的是《政府信息公开条例》有关规定,复议决定依据的是《中华人民共和国行政复议法》第28条第1款第1项的规定。复议机关虽然在复议决定书中引用了涉案规范性文件,但其目的在于对事实进行查明和论证(即证明原告申请公开的信息不存在),复议决定是在查明事实的基础上依据《行政复议法》的相关规定作出,而不是依据涉案规范性文件作出复议决定。作为查明事实的规范性文件的规范内容与行政复议决定之间明显不存在法律效果形成上的因果性,而仅具有一定的事实上的影响力。

其次,如果规范性文件实属行政行为的作用对象,则倒置了二者之间的主客体法律关系。倒置的法律关系既不符合法律关系构成要素上的一致性,也与作为依据的规范性文件应属于行政行为具体内容创设的源泉地位相悖反,无法对行政行为法律效果的形成产生因果性关系,因此不是被诉行政行为的依据。比如在“邓庆高与中华人民共和国公安部、浙江省公安厅信息公开案”^[4]中,原告向被告浙江省公安厅提出申请,要求浙江省公安厅公开“《关于依法处理进京实施妨害社会管理秩序行为的指导意见》(浙高法[2014]63号)及《适用的若干意见》(浙公办[2014]153号)的“法律依据和立法程序”,并对这两个文件提出合法性审查的申请。法院认为,原告要求对涉案规范性文件的“法律依据和立法程

[1]参见〔德〕弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》(第5版)莫光华译,〔北京〕法律出版社2003年版,第351页。

[2]参见“朱浩与上海市公安局交通警察总队行政公安其他二审案”(上海市第三中级人民法院(2016)沪03行终147号行政判决书)。

[3]参见四川省成都高新技术产业开发区人民法院(2018)川0191行初158号行政判决书。

[4]参见北京市第二中级人民法院(2017)京02行终874号行政裁定书。

序”信息公开的申请,实质上是针对相应文件合法性的质疑,既不属于政府信息公开的范围,也显然不是被告答复的依据。在这里,原告要求附带审查的规范性文件其实是被告行政行为信息公开或答复行为的作用对象,“与撤销被告政府信息公开答复的请求事项不属于同一行政法律关系”^[1],规范性文件与行政行为之间因果关系的倒置,无法在二者之间形成“依据”的法律效果。

3. “依据”识别内容基准的除斥情形:合法行政协议的“权利处分”

从规范内容上看,即便规范性文件的内容对相对人具有实际的影响而具有因果性,同时规范性文件与被告行政行为之间也存在一致性的法律关系,但依然存在依据识别的除斥情形,即,基于合法行政协议“权利处分”的关联性割断。

现代行政所追求的公共服务活动,除典型的行政行为外,还通过公法契约、私法契约以及行政指导等多种多样的行为方式或单独或组合地加以实施,作为传统意义上行政高权行为客体的相对人亦可能成为行政法律关系的主体,通过与行政机关“共同受协商一致的意思表示这一法律行为的约束”^[2],有关行政协议“权利处分”的合法性逐渐得到了理论界与实务界的认可。虽然行政协议“权利处分”无法对行政机关产生“权力创设”的法律效果,但基于法律关系双方主体之间意思表示一致的约束,行政机关由此可以获得针对合同内容实现的“请求权”^[3]。从这个意义上说,合作行政的模式改变了行政法的管制手段,“法规的内容由上位阶决定下位阶模式转变为协商模式,其意味着高权乃借由说服、劝说的方式来补充,甚至取代其执行法律”^[4]。

基于行政协议“权利处分”这一意思表示内在作用力的除斥,即便行政协议的内容系依据或者参考规范性文件而形成与确定,从外在形式上看,规范性文件的内容与行政行为的内容之间具有显著的一致性与因果性,但该行政法律效果的产生实则系基于相对人与行政机关双方意思的协商一致而成,行政行为与规范性文件之间的关联性因此而被割断,此时,规范性文件并非行政行为的依据。譬如在“全起昌与大冶市人民政府、大冶市东岳路街道办事处行政征收案”^[5]中,原告认为被告大冶市人民政府制定的《2013年大冶市尹家湖东岸片区建设房屋集中拆迁工作方案》(冶办法(2013)26号)无权对征收个人财产的事项进行规定,因此,按照该文件签订的拆迁安置补偿协议无效。但法院认为,虽然补偿协议中有“按照26号文件有关补偿安置规定”的约定,但该协议的具体内容是由原告与被告协商一致而成,并非被告单方直接执行26号文件的具体内容而作出,由此认定26号文件对拆迁安置补偿协议的内容和签订程序不构成实质影响,依法不属于被告行政行为所依据的规范性文件,将其排除在本案审查的范围之外。同样,在“柴俊太与江山市清湖镇人民政府行政确认案”^[6]中,原告因对被告关停其生猪养殖场的行为不服向法院提起行政诉讼,并认为江山市人民政府制定的《关于深入推进生猪养殖污染整治和规范管理工作的通知》(江政办发(2014)29号)违反《畜禽规模养殖污染防治条例》、《中华人民共和国行政强制法》等相关规定,且制定的补助标准不合法、不合理,向法院申请一并审查。法院认为,关于被告对原告的生猪养殖场实施关停、拆除的

[1]参见“徐静、谷富强与天津市人民政府信息公开案”(天津市高级人民法院(2017)津行终177号行政裁定书)。

[2][德]汉斯·J·沃尔夫等:《行政法》(第二卷),高家伟译,[北京]商务印书馆2014年版,第150页。

[3]参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,[北京]法律出版社2000年版,第381页。

[4][德]施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,[北京]北京大学出版社2012年版,第166页。

[5]参见湖北省黄石市中级人民法院(2015)鄂黄石中行初字第00042号行政判决书。

[6]参见浙江省衢州市中级人民法院(2016)浙08行终28号行政判决书。

行为,是依据双方签订的《生猪养殖场关停退养协议书》而作成,虽然协议书中明确规定以29号文件规定的补助标准作为补偿标准,但亦是双方合意的约定,并无不符法律规定,因此认定29号文件并非被告作出行政行为的依据。

四、规范性文件作为行政行为“依据”识别的原则基准

作为规范性文件司法审查的必经程序,对依据的识别还需要进一步明晰法院在判断过程中所应该遵守的基本原则。原则基准既为依据的识别,尤其是对疑难复杂案件提供价值指引,并可以此检验识别结论的适恰性,同时还可划定法院在识别程序中的权力边界,防止司法审查过犹不及。

1. 价值基准:被诉行政行为合法性审查的指向性

根据我国《行政诉讼法》第53条之规定,规范性文件提请司法审查的方式与途径仅可在对行政行为提起诉讼时“一并请求”。与规范撤销的客观之诉不同,“一并请求”审查要求,在任何情况下确认了规范性文件的非法性,并不导致撤销该规范性文件,只是让法院在当次诉讼中剥夺该规范性文件的效力^[1]。因此,规范性文件的一并审查依然属于依附于个人权利救济的主观撤销之诉,而不是独立的违法确认之诉。基于德国学者赫尔维希的旧实体说理论——诉讼标的是原告在诉讼中提出的、特定的、具体的实体法上的权利主张,在实体法上有多少个请求权,则诉讼上就存在多少个诉讼标的^[2]。“一并请求”审查之诉仅有一个诉讼标的,规范性文件的合法/违法审查不可脱离于行政行为的合法性判断而成为独立的诉讼标的。因此,从应然层面上来讲,规范性文件的附带审查是“适用审查”与“共同审查”而非“文义审查”与“单独审查”^[3]。换言之,人民法院针对原告的“一并请求”对规范性文件进行审查,其目的不是为了基于对规范性文件的审查来决定其是否有效或者应予撤销,而只是为了解决该规范性文件是否可以作为认定被诉行政行为是否合法的依据^[4]。其实,从我国最高法院对规范性文件法律地位规定的转变也可以看出作为依据的规范性文件与行政行为合法性之间的关联性。2000年最高人民法院颁布的《关于执行行政诉讼法若干问题的解释》(法释[2000]8号)第62条第2款规定,“人民法院审理行政案件,可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他规范性文件”。但2018年最高人民法院颁布的《关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(法释[2018]1号)第149条则规定为,“人民法院经审查认为行政行为所依据的规范性文件合法的,应当作为认定行政行为合法的依据”。“应当”意味着作为“依据”的规范性文件与被诉行政行为的合法性之间存在着十分密切的联系。

2. 检验基准:被诉行政行为合法性判断的重要性

源于规范性文件附带审查的依附性,对规范性文件作为被诉行政行为依据的认定,必然指向于被诉行政行为的合法性判断。很明显,无论是创制性规范性文件对上位法律的补足,还是解释性规范性文件对上位法律的具体化;无论是规范性文件与被诉行政行为之间在法律关系构成上的一致,还是具有法律效果形成上的因果性,都表明作为依据的规范性文件对行政行为的合法性审查是重要的,或者说形成了十分重要的关联性。

[1]参见〔法〕让·里韦罗,让·瓦利纳:《法国行政法》,鲁仁译,〔北京〕商务印书馆2008年版,第788页。

[2]参见张卫平:《诉讼的架构与程式——民事诉讼的法理分析》,〔北京〕清华大学出版社2001年版,第211页。

[3]参见朱芒:《规范性文件的合法性要件——首例附带性司法审查判决书评析》,〔上海〕《法学》2016年第11期。

[4]参见应松年主编:《〈中华人民共和国行政诉讼法〉修改条文释义与点评》,〔北京〕人民法院出版社2015年版,第169页。

所谓重要,是指对依据的认定必须足够明确地表明,接受请求的法院在该规范有效的情况下形成的结论是不同于在该规范无效的情况下形成的结论的,即规范性文件对被诉行政行为的合法性判断是必要的。相反,只要法院在不适用其认为违法的规范的情况下,还有能够按照其期望的方式做出裁判的可能性,则该规范不具有对于裁判而言的重要性^[1]。即,如果被诉行政行为的合法性可由其他有效法律规范直接予以认证或支持,那么该规范性文件就不具有作为被诉行政行为依据的适恰性。在“钱苏庆与常州市住房保障和房产管理局、常州市人民政府信息公开案”^[2]中,原告钱苏庆向被告常州市房管局申请房屋信息公开,被告按照建办厅函[2008]741号(简称741号)文件精神,认为常州地区涉及私房改造的政策、文件及有关档案,可能涉及国家秘密,根据《信息公开条例》第14条第3款“行政机关对政府信息不能确定是否可以公开时,应当依照法律、法规和国家有关规定报有关主管部门或者同级保密工作部门确定”之规定,作出“确定后再答复”的《告知书》。原告对该答复不服,认为其所申请的信息并不涉及国家秘密,于是针对741号文件的合法性向法院提出一并审查的申请。法院认为,虽然741号文件涉及到对原告申请的信息是否属于国家秘密的界定,但被告常州市房管局作出答复行为的依据是《信息公开条例》第14条第3款,否定了741号文件作为答复行为的依据。在该案中,原告试图通过确认741号文件的违法性,来纠正行政机关将其申请公开的信息作为国家秘密的认定,但实际上741号文件仅仅是被告常州市房管局“对政府信息不能确定”启动保密程序的事实理由或者补强证据,有无741号文件对相关事项是否属于国家秘密的界定,行政机关都具有在“不能确定是否公开时上报有关部门确定”的裁量权(是否构成裁量滥用,则属于行政行为的合法性问题而非依据的识别问题),可基于《信息公开条例》第14条第3款直接获得法律依据上的确证。因此,741号文件对被告行政机关答复行为的合法性审查而言不是重要的,不是被诉行政行为答复的依据。相反,如果规范性文件对被诉行政行为的合法性判断具有重要的影响作用,即便规范性文件属于被诉行政行为的“格式依据”,但只要“形式正当与否同样会影响到被诉行政行为的合法性”^[3],对该规范性文件提出一并审查就符合法律的规定。

值得注意的是,基于对依据的识别应该指向于被诉行政行为合法性审查的价值诉求,即便规范性文件涉及到行政机构的主体资格或行政职权(管辖权)等相关内容,虽然“主体合法”是行政行为合法性审查要素之一,而且是最基础的要素,法院应该审查此类“内部文件”^[4],但如果该规范性文件不满足对被诉行政行为合法性判断的“重要性”基准,同样不具有作为被诉行政行为依据的适恰性。在“龙佳与长沙市望城区公安局不履行法定职责一审案”^[5]中。原告龙佳称因自己合法拥有的房屋在不知情的情况下被不明身份的人员拆毁,向被告望城区公安局报案,要求被告立案查处,被告则以《行政处罚法》第18条和国务院国法秘函[2005]256号《复函》^[6]为依据,认为原告报案的内容不属于公安机关管辖范围予以拒绝。原告不服提起诉讼,并对国法秘函[2005]256号《复函》申请一

[1][德]克劳斯·施莱希·斯特凡·科里奥特:《德国联邦宪法法院——地位、程序与裁判》,刘飞译,〔北京〕法律出版社2007年版,第169页。

[2]参见江苏省常州市新北区人民法院(2016)苏0411行初118号行政判决书。

[3]参见“刘卫东、青岛市李沧区人民政府二审案”(山东省高级人民法院(2017)鲁行终891号行政判决书)。

[4]参见贾圣真:《行政诉讼规范性文件审查的现状与问——以“中国裁判文书网”案例为素材》,〔北京〕《行政法论丛》第20卷(2017)。

[5]参见湖南省长沙市望城区人民法院(2016)湘0112行初72号行政判决书。

[6]该《复函》规定:行政机关工作人员执行职务时的侵权行为,不属于治安管理处罚条例规定的违反治安管理的行为,不应当给予治安管理处罚。

并审查。法院认为,基于被告调查的认定,原告龙佳及亲属报警所称房屋被拆、本人被人绑架系法院对其房屋执行强制腾地,其所在街道办事处工作人员于当天对龙佳作法律宣传解释工作,由于并无龙佳所称房屋被不明身份人拆毁的事实,因此认定《复函》不是被告不作为的依据,根据《治安管理处罚法》第78条规定,“公安机关受理报案、控告、举报、投案后,认为属于违反治安管理行为的,应当立即进行调查;认为不属于违反治安管理行为的,应当告知报案人、控告人、举报人、投案人,并说明理由”,确认被告对原告的报案不予立案的行为并不违法。在该案中,无论是原告还是被告行政机关(被告在答复告知书中载明《复函》系其不予立案的依据),都主张法院的强制腾地以及街道办事处工作人员对原告的法律宣传解释工作,是《复函》所规定的“不属于治安管理处罚条例规定的违反治安管理的行为”,被告无权管辖。但实际上被告对原告报案不予立案系基于被告查明并无原告主张的事实,根据《治安管理处罚法》第78条之规定可直接获得合法性支持。尽管被告不予立案的法律效果与《复函》规定的法律效果具有同一性,但《复函》并不具有决定行政行为合法性的重要性,不是被诉行政行为的依据。

五、 结 语

“毛爱梅案”表明,规范性文件作为被诉行政行为“依据”的识别对规范性文件司法审查有重要意义,但该案并未系统展现“依据”识别标准与路径的全貌。源于行政行为创设的司法化以及规范性文件规范效力的约束,法院对“依据”的识别并不能仅凭行政机关的单方表示,而应该通过审查规范性文件生成的规范依据、制度成因以及由此而形成的法律效力类型,来判别行政机关对规范性文件应否适用的具体形态。规范性文件经由行政机关在个案中的具体适用,必然表现出二者的内容在法律关系构成上的一致性与法律效果形成上的因果性,由此形成“依据”识别的内容基准;该识别基准同时需满足规范性文件的规范内容具有对相对人权利义务造成实际影响的前提性要求,且应将合法行政协议的“权利处分”除斥在外。源于我国行政诉讼法对规范性文件司法审查“一并请求”的制度设计,“依据”的识别必须受到规范性文件应服务于被诉行政行为合法性判断这一价值基准的约束,由此进一步确立了“依据”识别适恰性的检验基准——作为依据的规范性文件对被诉行政行为合法性判断有重要意义。总之,基于行政行为表示行为与规范性文件规范属性的形式基准、规范性文件的内容基准以及一并审查的原则基准,共同构成“依据”识别的操作路径。

[责任编辑:钱继秋]