

厦门大学法学院公法系列

总主编：朱福惠

厦门大学法学院宪法学与行政法学研究生辅助教材

宪法实施专题研究

朱福惠◎主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

厦门大学法学院公法系列

总主编：朱福惠

宪法实施专题研究

朱福惠◎主编

撰稿人：（按撰写章节顺序）

朱福惠 肖琼露 杨立云 李秋成

龚进之 潘新美 周民钦



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

宪法实施专题研究/朱福惠主编. —厦门:厦门大学出版社,2017.3
(厦门大学法学院公法系列)

ISBN 978-7-5615-6401-1

I. ①宪… II. ①朱… III. ①宪法-研究-中国 IV. ①D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 320063 号

出版人 蒋东明

责任编辑 甘世恒

封面设计 张雨秋

责任印制 许克华

出版发行 **厦门大学出版社**

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 路

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 xmupress@126.com

印 刷 厦门市金玺彩印有限公司

开本 720mm×1000mm 1/16

印张 18

插页 2

字数 318 千字

版次 2017 年 3 月第 1 版

印次 2017 年 3 月第 1 次印刷

定价 59.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

总序

将法区分为公法与私法被认为是大陆法系国家的传统,是区别于普通法系的主要标志之一。学术界对法是否应当被区分为公法与私法存在争议,虽然有法学者认为公、私法的区分是没有必要的,但多数学者对公、私法的区分持肯定态度,如日本学者美浓部达吉曾极力主张公、私法区分,他认为:“现代的国法,是以区别其全部为公法或私法为当然前提的,对于国家的一切制定法规,若不究明该规定属于公法或私法,而即若明瞭其所生的效果和内容,盖不可能。”将法区分为公法与私法的必要性及区分的标准已经得到国际著名法学家的论证,无需赘述。事实上,从实在法的角度来观察,公法与私法的区分是可行的;从法治与宪政建设的角度来观察,区分公法与私法具有积极作用。

宪法与行政法被认为是狭义上的公法,以调整公权力与公民之间的关系并规范、约束政府权力为基本目标,充分体现公法原则在建构宪政体制方面的必要性。改革开放以来,随着法治建设的深入,我国的宪法与行政法得到前所未有的发展。宪法的四次修改,有力地推动了我国宪政与人权保障事业发展;《行政处罚法》、《国家赔偿法》、《行政复议法》、《行政许可法》等法律的制定与实施,在依法行政、建设法治政府的过程中也起到了至关重要的作用。可以说,我国社会的进步在很大程度上也是公法发展的结果。

与公法的发展相适应,公法研究也成为显学。越来越多的学者致力于从事宪法与行政法的研究,围绕我国法治与宪政建设的基本理论与实践问题进行了长期而深入的探讨,产生了大量的学术成果,受到理论界和政府部门的高度重视。这些研究成果或者在宪法学与行政法学基础理论方面有新的突破,或者在我国立法、行政和

司法实务方面提出了建设性的建议和方案,具有重要的学术价值和应用价值。

厦门大学出版社近年来致力于法学研究成果的出版,尤其对宪法与行政法领域的研究成果表现出浓厚的兴趣,希望国际、国内的宪法与行政法学者慷慨赐稿,他们将以严谨求实的态度做好编辑工作,期望此举能够为宪法与行政法学研究尽其微薄之力。

厦门大学法学院的宪法与行政法学研究起步较晚,迫切需要国内外同行的关心与支持。这套丛书既有宪法与行政法学界一流学者的著作,更多的则是中青年学者的著述,期待这些著作的出版能够促进我国宪法学与行政法学的进一步繁荣,加强宪法学与行政法学同行的交流和学术争鸣,促进厦门大学宪法学与行政法学研究的发展。

朱福惠

2010年5月12日

序

依宪法实施之历史经验,凡法治与民主彰显之国家,其形成必受制于四种要素:一是宪法文本。宪法文本虽然为成文宪法之形式,但体现制宪者的基本政治意图和价值导向,同时也反映主流民意对政治国家之诉求,因此,宪法文本对国家权力之构造、公民基本权利之保障以及宪法适用的规定,对宪法实施体制的形成与运作产生关键影响。二为宪法制度。所谓宪法制度是指宪法适用和解释的体制与程序,宪法文本的规定必须转化为制度,使国家制度在宪法的轨道上运行。一般来说,宪法的适用是指国家机关依据宪法的规定和原则处理问题,宪法成为国家机关办理公共事务的依据和准则,国家机关通过其活动实现宪法的价值。除此之外,还有专门的宪法争议处理和解释机关,如德国的宪法法院、法国的宪法委员会以及我国的全国人大常委会均属于法定的宪法争议处理和解释机关,对国家机关行使职权过程中发生的宪法争议或者疑义进行处理并在必要的时候解释宪法。所以,宪法制度是宪法实施的关键环节。三是政治体制及其运行机制。即使有良好的宪法以及法定的宪法制度,如果没有良好的政治体制,宪法制度不可能有效运行或者不能运行,此时,宪法即变成死法。政治体制包括政党制度、权力监督机制、选举制度等,凡国家权力的正当性和合法性均由实际政治之运行而维持。国家权力之产生须以现代社会之民主选举为基础,虽然各国选举之范围和法律架构不尽相同,但政治以选民意志为转移,现代人民主权原则向人民直接行使权力发展,不仅国家机关由选民直接选举,凡国家重大立法、重大政治决策均寻求选民投票决定,政党之运作以实现人民民主和选举为目标,且政党之活动以实现宪法之民主、自由、人权和法治价值为目的。故政治体制之

运行是宪法实践的重要组成部分,如果国家之政治与宪法之原则和规范不能成功沟通,政治权力未能纳入宪法和法治之价值范畴,那么宪法即名存实亡。四是公民社会之形成。近代以降,公民享受个人自由以法律之规定为限,权利与自由之行使不得损害公共利益。况且,公民对国家公权力之形成负有宪法上之义务,故现代政治国家之公民,不仅维护其个人权利与自由,而且其对建立何种政治国家以及对制约国家权力之诉求,决定了宪法的基本原则和宪法制度的样态。可见,没有公民社会的支撑,就没有宪法的遵守与执行,最终也没有宪法的实施。

因此,宪法之治需要解决三个密切相关的问题:需要一部什么样的宪法?需要一种什么样的宪法实施机制?需要一种什么样的监督宪法实施的公民社会?此即宪法的生命在于实施之真切含义。我国现行宪法是一部好的宪法,这已经成为社会各界的共识,但是,我国宪法的实施存在一些体制上的问题,需要通过不断落实依法治国,从实践层面予以推进。本书无意从宪法实施的概念入手来建构理论框架,而是从不同的角度探讨宪法实施的实践内容。我国宪法建构的以全国人大及其常委会监督宪法实施的机制,主要通过全国人大常委会的法规审查权和立法权来执行宪法,因此,本书对我国宪法在立法和执法过程中的实施进行了初步的探讨,同时也介绍了宪法实施的基本理论和域外实践。期望读者批评指正。

朱福惠

2016年11月28日于厦门大学

作者简介

朱福惠,厦门大学法学院教授、博士生导师,海峡两岸检察制度研究中心主任。撰写第一章。

肖琼露,厦门大学法学院宪法学与行政法学博士研究生。撰写第一章。

杨立云,厦门大学法学院宪法学与行政法学博士研究生。撰写第二章。

李秋成,厦门大学法学院宪法学与行政法学博士研究生,华南理工大学法学院讲师。撰写第三章。

龚进之,厦门大学法学院宪法学与行政法学博士研究生。撰写第四章。

潘新美,厦门大学法学院宪法学与行政法学博士研究生,华侨大学政治与行政学院副教授、硕士生导师。撰写第五章。

周民钦,厦门大学法学院法律硕士。撰写第六章。

目 录

第一章 宪法解释提请权的法理分析·····	1
一、问题的提出·····	1
二、我国国家机关宪法解释提请权的现实图景·····	3
三、宪法遵守：国家机关宪法解释提请权的制度内核·····	5
四、宪法适用：启动国家机关宪法解释提请权的进路·····	8
第二章 行政规范性文件的司法审查·····	11
一、行政规范性文件的法律性质·····	11
二、行政规范性文件司法审查的依据·····	26
三、行政规范性文件司法审查的启动·····	36
四、行政规范性文件司法审查的标准·····	45
五、行政规范性文件司法审查的强度·····	53
六、域外行政规范性文件司法审查制度之比较·····	66
七、司法审查的法律效力·····	70
第三章 宪法争议及其解决机制·····	75
一、宪法适用与宪法争议·····	75
二、宪法争议的类型·····	98
三、宪法争议的解决机制·····	108
四、宪法判断·····	123
第四章 议会人权保障职能的专门化·····	136
一、议会人权保障的历史演进·····	136
二、议会人权保障的专门化·····	148
三、议会人权机构的职能·····	171
四、议会人权机构对议会人权保障的加强与拓展·····	184
五、议会人权保障与司法人权保障之互补·····	189

附录一 各国议会人权机构·····	196
第五章 政府规制网络言论的理论与实践·····	207
一、政府规制网络言论的法理依据·····	207
二、我国对网络言论的全面规制·····	231
第六章 日本违宪审查制度与人权保障	
——以国籍法违宪审查为视角·····	250
一、日本违宪审查制度的转型·····	251
二、国籍法违宪审查案例分析·····	258
三、日本法院的人权保障功能·····	269

第一章 宪法解释提请权的法理分析*

一、问题的提出

宪法解释提请权是国家机关依照法定程序实施和执行宪法的程序性权力,它不但是国家机关依照宪法履行职责的活动,而且是宪法解释机关依照程序经常性地阐明宪法规范的含义、审查法律和政府行为的合宪性、促成宪法规范落实的宪法解释活动的前提。^①

《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第67条对全国人大常委会“解释宪法”的职权作出了明确规定,因此,宪法解释的制度性建构及其运作,成为学界认识和评价我国宪法实施状况的基本依据。对于我国宪法的实施状况,基于不同学术立场和认识标准自然会作出不同的评价,但不可否认的是迄今为止我国的全国人大常委会还没有公开进行真正意义上的宪法解释。法定的释宪主体对宪法解释活动始终保持谦抑立场,使得宪法解释制度缺乏实效性。

有学者将这种现象归因为我国由全国人大及其常委会监督宪法实施的体制存在的内在缺陷——认为由立法机关解释宪法违背了“自己不能做自己的法官”等基本的监督规律和原则,由此,对于全国人大常委会的释宪主体资格产生怀疑。^②也有学者将宪法解释的问题转化为如何建构政治权力的问题,

* 本文为国家社会科学基金项目“国家机关宪法解释提请权研究”的阶段性成果,项目号:15BFX038。

① 秦前红.《宪法解释程序法》的制定思路和若干问题探究[J].中国高校社会科学,2015(3).

② 范进学.宪法解释主体论[J].中国法学,2004(6);王磊.宪法的司法化[M].北京:中国政法大学出版社,2000;蔡定剑.中国宪法司法化路径探索[J].法学研究 2005(5).

将执政党和政府进行的政治机制描述为宪法的实施。^①但学界对宪法解释制度的讨论往往聚焦于解释主体的合法性论述,而忽视了现有法律框架内对于宪法解释提请主体所作的制度安排,如果绕开这一现有法律制度的规定,直接切入宪法解释体制的重构,在现行宪法秩序的框架内难以运用我国的制度资源,从而无法在现行宪法架构中激活宪法解释和宪法适用。

在实行专门机关解释模式的国家中,宪法一般规定国家机关宪法解释提请权,并对提请主体资格和一般程序作出规定。释宪机关成为裁决法律、条例合宪性,处理国家机关权限争议的权威机构,通过国家机关、社会组织和公民履行监督宪法实施的义务来推动宪法解释,从而达到国家机关在行使职权的过程中有效地遵守宪法、维护公民权利的目标。这种宪法解释的提请权不仅是宪法解释动力机制的组成部分,而且从某种程度上说,宪法解释的提请主体同时也参与到宪法阐释、发展和塑造的过程之中。

我国实行人民代表大会制度,全国人民代表大会及其常务委员会是最高国家权力机关,有权制定法律并解释宪法和法律。其他国家机关应当对人民代表大会负责并报告工作。因此,其他国家机关只能遵守、执行宪法和法律,而无权审查法律的合宪性。可以说,全国人大释宪机制与我国政治体制在很大程度上是契合的,从这个意义上说有存在的正当性和合法性基础。但是,我国释宪权在结构和功能上只能通过非司法性运作,在实际运作过程中也往往采行内部沟通与协调等非裁决性方式处理违宪疑义,由此导致宪法解释提请权常常被认为可有可无。《立法法》施行14年来,国家机关宪法解释提请权虚置和宪法解释动力的缺失仍然为学界诟病,如何实施《宪法》第67条和《立法法》的有关规定,成为我国宪法学界需要认真对待的问题。

在不改变我国现有宪法解释和实施体制的前提下,进一步探讨通过国家机关权力的合理配置和行使,促使全国人大常委会行使宪法解释的职权是实施宪法的必由之路。假设国家机关的宪法解释提请权能够有效地实现这一目标,那么问题是我国的宪法和法律中是否存在宪法解释提请权的规范框架和制度空间?宪法解释提请权在多大程度上能够为我国宪法解释提供动力?这些问题都需要结合宪法解释体制的一般理论和我国宪法实施的制度逻辑在法理上做进一步的研究。

^① 陈端洪.论宪法作为国家的根本法与高级法[J].中外法学,2008(4);高全喜,田飞龙.政治宪法学的问题、定位与方法[J].苏州大学学报,2011(3).

二、我国国家机关宪法解释提请权的现实图景

宪法的生命在于实施,宪法的权威也在于实施。为了保证宪法的地位和权威,形成统一的宪法秩序,宪法必须得到实施,从而使宪法规范设定的权利和义务转化为社会主体的动态行为和主观意识。宪法实施的概念在现行宪法文本中先后出现了四次,从社会主体“保证宪法的实施”到全国人大及其常委会“监督宪法的实施”,可以说宪法实施是整个宪法解释制度的核心目标,而宪法解释则是宪法实施的主要路径。

《宪法》第 67 条规定,全国人大常委会解释宪法。宪法将具有司法性的解释权保留给全国人大常委会,并且对全国人大常委会的职权进行了符合宪法实施功能的配置:全国人大常委会有权制定、修改和解释法律,撤销同宪法和法律相抵触的行政法规、地方性法规、决定和命令。可见,全国人大常委会的宪法解释权与法律解释权和撤销权相配合,法律解释权和撤销权成为宪法解释权的基础。实践中,全国人大常委会的法律解释权和撤销权在一定程度上依赖国务院、最高人民法院提请权的行使,全国人大常委会通过法律解释和法规审查启动宪法解释程序。

国家机关在实施宪法和法律过程中遇到宪法条文的含义不明或者对法律、法规的合宪性产生质疑,需要通过特定的途径和程序向全国人大常委会提出解释请求。全国人大常委会可以作出宪法抽象解释或者法律的合宪性解释。不过,全国人大常委会往往通过立法或者法律解释的方式来阐明宪法条文的含义,部分立法和法律解释也涉及法律的合宪性解释。同时,全国人大常委会通过法工委下设之法规审查备案室,从事各类法规和司法解释的合宪性与合法性审查工作。如果发现法规、条例和司法解释与宪法和法律相抵触,可以要求制定机关修改和废止,也有权直接撤销。

《宪法》第 67 条之实施机制在实践中并不完善。全国人大以及全国人大常委会是国家的立法机关,其主要职权为立法权,由于全国人大常委会不采取具体适用法律法规解决纠纷的方式来监督宪法和法律的实施,而且抽象释宪不需要解决特定事件或具体纠纷,因而全国人大常委会在主动解释宪法的过程中无法及时掌握宪法实施过程中产生的疑义,不易直接感受释宪之紧迫性,对于宪法规范与社会生活之矛盾与冲突常常持过分谦抑态度。另外,因为远离个案而缺少足够的适用法律的经验,释宪机关依职权解释宪法容易脱离实际和社会现实之需要,从而阻滞宪法变迁的实现通道,不利于宪法全面和有效实施。

在被动解释宪法的机制中,虽然我国宪法和法律没有明确使用“宪法解释提请权”的表述,但《立法法》的规定在程序设置上实际上赋予了特定国家机关提请法律审查和法律解释的权力,而此种权力的运行必然会涉及法规和规章是否合宪的解释以及法律的合宪性解释。

首先,《立法法》第99条第1款规定:“国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求,由常务委员会工作机构分送有关的专门委员会进行审查、提出意见。”从法理上来讲,对法律规范的合法性和正当性的质疑,仅仅存在于它与高级规范的关系中。法律之所以有效力是因为它符合宪法。全国人大常委会在审查法规、规章及其他规范性文件是否抵触宪法和法律的过程中,必然涉及宪法条文的解释。虽然这种宪法解释并不涵盖法律的合宪性审查,但是,如果公民、法人或者国家机关对法律的合宪性提出质疑或者对法律存在合宪性疑义,国家机关和公民亦可援引《立法法》第99条之规定,请求全国人大常委会对该法律的合宪性作出解释。

其次,《立法法》第46条规定,国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会有权向全国人大常委会提出解释法律的要求。《香港特别行政区基本法》也明确规定香港终审法院在审理案件时需要对本法关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款进行解释,而该条款的解释又影响到案件的判决,在该案件作出不可上诉的终局判决前,应由香港特别行政区终审法院提请全国人民代表大会常务委员会对有关条款作出解释。此种对法律的解释和审查在实践中常常表现为法律的规定相互冲突或者法律与宪法的规定存在抵触的情形,当国家机关向全国人大常委会提出解释法律的要求时,全国人大常委会不仅应当解释法律,在需要时也可以解释宪法,以明确法律适用的宪法依据。当全国人大常委会解释法律、阐明法律规范的含义时,它实际上也是从另一个角度间接解释宪法,因而宪法解释提请权也是法律解释提请权在更高位阶上的延伸。

综上所述,在我国现行宪法秩序内,全国人大常委会是解释宪法的主体,进行集中式的抽象宪法解释。由于全国人大常委会依职权主动审查法规、条例和规章的合宪性存在固有的制度缺憾,因而由国家机关向全国人大常委会提出宪法解释的要求或建议是启动全国人大常委会宪法解释程序的最后途

径。对于没有宪法解释权的国家机关,因对宪法条文或宪法原则存在疑问,或者对法律的合宪性存在疑义,向全国人大常委会提出解释的请求,全国人大常委会可依《宪法》第67条之规定对宪法条文的具体含义作出解释,即直接解释宪法,或者对法律的合宪性作出阐释并说明理由,即间接解释宪法。

作为我国最高国家权力机关的常设机关,全国人大常委会并不行使司法职能,它的主要职能是立法、监督和决定重大事项。这种由立法机关解释宪法的释宪机制不同于任何其他宪法解释体制。在我国宪法解释不能启动的情况下,通过《立法法》的实施,形成国家机关的宪法解释请求权,此种请求权虽然符合宪法监督实施的一般理论,但是,仍然有必要分析这种请求权的法理基础,从宪法秩序中探寻宪法实施的制度逻辑和法理依据,阐释宪法解释提请权与全国人大常委会的释宪模式之间的内生逻辑。

三、宪法遵守:国家机关宪法解释提请权的制度内核

根据宪法学原理,遵守宪法和适用宪法都是实施宪法的具体形式。前者是指国家机关严格依照宪法规定的职权范围、活动程序和原则行使职权,其组织与活动原则符合宪法的程序性规定,不违反宪法的禁止性命令。后者则是法定的专门机关监督宪法实施、审查公权力行为是否合宪的行为。在我国宪法实施的制度逻辑中,国家机关皆是不可或缺的组成部分,作为遵守宪法的义务主体和宪法适用的职责主体具有不可替代的重要作用。因而国家机关的宪法解释提请权在整个宪法解释程序中是必不可少的环节。

对公权力的运行施以宪法和法律上的限制是宪法的基本原则,宪法以及宪法性法律应当为实现这一原则规定具体的措施,以确保国家机关依据宪法履行职责。我国宪法在限制国家公权力运行方面,特别强调国家机关遵守宪法的义务和监督国家机关及其工作人员遵守宪法的义务。宪法第五条规定,国家机关必须遵守宪法和法律,明确规定“一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究”。外国宪法监督制度建立在分权与权力制约的基础之上,现代宪法的监督实施不仅具有限制政治权力的功能,而且具有政府行为的合宪性控制功能。凯尔森在《谁应成为宪法的守护者》中对此作出论述:“政治上对保障宪法的要求也就是对相应机构的要求,因为借助这些机构,某些机关诸如议会或政府的行为合宪性就可以得到控制,这与法治国原则,也即国家职能机构的行

为尽可能合法的原则是保持一致的。”^①这种通过宪法机构之间的监督并最终由宪法法院审查合宪性的体制,已经在宪法专门机关审查体制中得以实现。

国家机关请求释宪机关解释宪法是监督宪法实施的重要形式。为了保障国家机关的权力处于宪法控制之下,宪法解释机制通过阐明宪法上国家机关权力的范围和界限来监督国家机关行使职权。没有宪法解释权的国家机关,在行使职权的过程中有权对立法、行政和司法机关的职权行为进行监督,国家机关依照宪法行使职权的过程中对宪法条文的理解存在疑义,或在适用法律的过程中对法律的合宪性产生质疑时,有权提请释宪机关解释宪法,这是国家机关遵守宪法和监督宪法实施的需要。此种宪法监督实施的理念表明,监督宪法实施的方式具有多样性,既包括宪法审查和宪法解释,也包括提请审查的提请解释。因此,监督宪法实施的主体既可以是释宪机关,也可以是其他国家机关。

宪法在一国的法律体系中具有最高法律效力,由此形成了宪法审查的基础。行使宪法解释和合宪性审查职能的专门法院判断法律和法规的合宪性,但宪法同时规定,特定的机构、党派或者议员有向宪法解释机关申请解释的权力。俄罗斯联邦宪法规定:联邦总统、联邦委员会、国家杜马、联邦政府、联邦主体的立法机关可以提请宪法法院解释宪法。法国宪法规定:法律在其公布以前,由共和国总统、总理、国民议会议长、参议院议长、60名国民议会议员或60名参议员提请宪法委员会审查其是否抵触宪法。波兰共和国宪法规定,总统、参众两院议长、总理、50名众议员、30名参议员、最高法院院长、最高行政法院院长、总检察长、最高监察院院长、公民权利保障专员可以向宪法法院提请审查法律和国际条约的合宪性。奥地利联邦宪法规定,如果最高法院或者上诉法院认为法律违反宪法而拒绝适用该法律时,应当提请宪法法院审查该法律的合宪性。西班牙宪法规定:司法机关在审理案件时,如果认为所适用的法律违反宪法,应当按照法定程序和条件提请宪法法院审查。宪法审查和解释机关虽然有最终的宪法解释权,但此种宪法解释权的行使需要其他国家机关的配合才能有效运转,否则解释机关的抽象解释性质将弱化解释权。同时,宪法是调整国家政治关系的基本法律,它不仅具有司法适用性,还具有较强的政治属性,在组织国家机关和维持政治运行方面发挥重要的规范作用。所以,监督宪法实施的权力既非宪法解释机关独享的权力,也非绝对的司法权,所有

^① 汉斯·凯尔森,谁应成为宪法的守护者[J],张龔,译,历史法学,2008(1)。

国家机关均有监督宪法实施的职责,提请解释权的行使即属于监督宪法实施的范畴。

我国宪法确立国家权力机关解释宪法的体制,其含义不完全等同于分权与制衡原则下的司法机关解释制。在司法机关解释理论中,宪法解释和法律解释是法官适用法律裁决案件必须拥有的宪法权力,是司法权运行的必然结果;法官的法律解释具有法律续造的功能,对立法机关制定的法律起到补充作用,法官对法律的解释与法律具有同效力。我国宪法之所以授权国家权力机关解释宪法和法律,其主要理由有:第一,法院没有制约立法机关的权力。宪法规定国家政权的组织形式是人民代表大会制度,法院和法官由同级人民代表大会产生,向它负责、受它监督,法院和法官不能审查权力机关通过的法律、决议和决定的合宪性。第二,宪法法理上将法律解释视为一般造法活动,即法律解释产生新的法律规则,因此,此种造法活动只能通过具有立法职能的国家权力机关行使。如果法院和法官行使解释法律的权力,若其法律解释不符合立法愿意而重新建构一种新的法律秩序,势必危及法的安定性,从而冲击国家权力机关的地位。第三,在法理上假定只有立法者最明确法律的原意,因此,法律解释要符合立法的原意和原则,最好由立法机关负责解释。所以,1981年关于加强法律解释工作的决议将法律和法令的条文本身需要进一步明确界限或者作补充规定的由全国人大常委会保留解释权,此种解释需要在理解立法原意的基础上实现法的再造,属于立法权的范围,是立法职能的延伸。而法院和检察院的解释属于具体应用问题上的解释,并不界定法律规定的外延,也不需要明确适用法律的依据,即不发生造法的问题。《立法法》第50条规定,全国人大常委会解释法律和法律具有同效力,此即意味着国务院、最高人民法院和最高人民检察院对具体应用法律问题的解释并不具有与法律同等的效力。该规定从侧面说明全国人大常委会解释法律是具有立法职权的活动。可见,全国人大常委会的宪法解释与法律解释是具有相同法理依据的制度设计,均属于抽象解释的范畴。但是,《立法法》对全国人大常委会解释法律的规定只能成为推定宪法解释提请主体的法规范依据,而不能将法律解释涵盖宪法解释,因为全国人大常委会解释宪法的身份是权力机关,而解释法律的身份是立法机关,由于宪法和《立法法》将法规抵触宪法和法律在同一条款下作出规定,所以常常在法律中产生法律解释“吸纳宪法解释”的情况,而宪法解释、宪法审查与法律解释、合法性审查不可混同。可见,在我国国家权力机关宪法解释体制下,监督宪法实施的含义较为广泛,既包括宪法审查和宪法解释,也包括合法性审查和法律解释,同时也包括其他国家机关向全国人大

常委会提出的解释请求,此种请求同样构成宪法监督实施机制的一部分。

四、宪法适用:启动国家机关宪法解释提请权的进路

宪法适用的含义存在较大争议,代表性的观点主要有两种:一种是司法适用说。持此种观点的学者认为,宪法适用是宪法适用于具体案件中,作为裁决具体案件的依据,即将宪法条文适用于宪法争议案件,使之成为裁决国家机关权力行使是否合宪的依据。当然,也有学者认为宪法条文也可以适用于民事案件,成为普通法院裁决民事纠纷的依据。另一种是宪法执行说。持此说的学者认为,宪法适用包括但并不限于司法机关裁决案件时适用宪法条文的活动,还包括立法机关和行政机关依照宪法组织国家机关,行使宪法规定的职权的活动。只要国家机关依照宪法的规定行使职权、处理问题,就构成宪法适用。如果将宪法适用扩大至国家机关依照宪法行使管理职权的活动,宪法解释之请求权及其行使即属于宪法适用的范畴。

我国法院不审查宪法争议案件,也没有直接解释宪法的权力。但是,法院在宪法执行过程中仍然发挥重要的作用:一是法院在审理案件中可以援引宪法条文说理,从而为适用法律裁决案件提供宪法依据;二是法院在解释法律时可以对法律的合宪性作出解释,从而回应法律合宪性质疑;三是法院在适用法律处理案件的过程中,如果认为所适用的法律存在合宪性疑义,或者认为法律的适用涉及宪法条文的理解,可以提请全国人大常委会解释宪法。所以,我国法院虽然不能解释宪法,但通过宪法解释提请权的行使,成为宪法解释体制的关键要素。

所以,除解释宪法是直接适用宪法外,监督和维护宪法权威、保证宪法实施则同样是宪法适用的形式。我国宪法规定一切国家机关都有监督宪法实施的义务,国家机关在执行宪法的过程中,无论是自身遵守宪法规定的职权和宪法程序,还是监督其他国家机关履行职责,都是监督和维护宪法权威的体现。释宪机关以外的其他国家机关有权适用宪法是监督宪法实施的表现。^①

无论是德国的宪法法院释宪模式还是美国的普通法院释宪模式,均需要通过司法程序解释宪法,法院受理的案件属于国家机关与公民之间或是国家机关之间的合宪性争议,因而在争议的处理上有一套严格的诉讼程序,奉行

^① 朱福惠,刘木林.论我国人民法院的宪法解释和违宪审查提请权——以立法法第九十条的规定为视角[J].法学评论,2013(3).

“不告不理”“不做诉外裁判”的原则,以司法推动宪法解释。我国国家机关在宪法实施过程中不是宪法争议的被动解决机关,作为负有“保证宪法实施”法定职责的机关,在宪法解释过程中发挥的作用始终是主动和积极的,即无须以宪法争议案件的解决为由参与宪法解释程序,相反,因为承担宪法适用之职责而在发生法律、法规合宪性疑义或者对宪法条文的具体含义存在疑问时有权提请宪法解释。因此,我国宪法确立的宪法实施机制是以全国人大常委会解释权为核心构建的宪法监督体系,宪法解释体制被视为全国人大常委会与其他国家机关在适用宪法上的分工与合作,通过“提请—受理”实现解释程序的衔接,达成宪法对不同国家机关之有关宪法实施的职责的要求。

从法律制度上来考察,国家机关参与宪法解释已经成为各国宪法学理论关注的焦点,传统司法机关解释宪法体制的正当性已经受到越来越多的质疑。随着现代宪法解释制度的不断发展,传统释宪体制和程序也受到不断拷问。二战后,德国法学界即展开对国家和宪法问题的反思,在实证法之外寻求宪法实施的“正当性”,以弥补纯粹法律秩序的不安定性。在拉德布鲁赫提到的“安定性”与“正义”之间、封闭概念体系和开放的多元主义评价之间、“人民主权”与“法治国”之间,宪法解释体制需要找到新的平衡机制。美国的司法至上再次遭到质疑,盖伊提出“从法院手中拯救宪法”,图施奈特(Tushnet)主张“从法院手中拿掉宪法”。这些激进的主张扩大了反司法审查的潮流,由此产生的“大众宪法”观念把反司法至上的观念推向极致。^① 宪法学者以人民主权论为依据对宪法解释的司法垄断予以抨击,期望通过行政机关、立法机关乃至公民对于宪法解释的参与来重新诠释宪法解释机制。由此,宪法实施的广泛性与多层级性成为法学者关注的焦点之一。美国学者亚历山大·比克尔提出“反多数难题”,对司法至上的合宪性提出了尖锐的质疑。^② 迈克尔·斯托克斯·鲍尔森则在《最危险的分支:让行政权来说法律是什么》一文中系统阐释部门主义的宪法理论,他认为,虽然宪法应当由法院来作出最终解释,但立法、行政机构均有权参与宪法解释的政治运作。^③

^① 何海波. 多数主义的法院:美国联邦最高法院司法审查的性质[J]. 清华法学, 2009(6).

^② 亚历山大·M. 比克尔. 最小危险部门:政治法庭上的最高法院[M]. 2版. 姚中秋, 译. 北京:北京大学出版社, 2007:58.

^③ MICHAEL STOKES PAULSEN. The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is[J]. GEO. L. J., 1994(83):217.

我国宪法对全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党提出了“保障宪法实施的职责”，人民成为监督宪法实施的主体，国家机关适用宪法处理问题成为人民意志的体现，宪法价值共识是法治国家与宪政实现的基本要素。^①我国宪法的序言部分通过对回顾历史、记述制宪过程，概括总结了我国革命和建设的主要经验，明确规定我国宪法的基本原则和指导思想。“以法律形式确认了中国各族人民奋斗的成果，规定了国家的根本制度和根本任务。”国家机关宪法解释提请权是维护宪法权威、保证宪法实施的基础。

^① 范进学. 宪法价值共识与宪法实施[J]. 法学论坛, 2013(1).

第二章 行政规范性文件的司法审查

一、行政规范性文件的法律性质

2015年修改后的《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。

可见,该法将规章以下的文件称之为规范性文件,人民法院可以被动审查规范性文件的合法性。但是,行政规范性文件的性质是什么?如何确定法院审查规范性文件合法性的基准,值得进一步探讨。

(一)规章以下规范性文件的称谓

学界和实务界通常将行政机关制定的法律文件分为两类:一类是行政法规、部门规章和地方政府规章,这些法规和规章是我国行政法的正式渊源,其制定和废止须遵守《立法法》的规定,属于广义法律规范的范围。一类是各级人民政府及其部门制定的具有普遍约束力的规范性文件。“其他规范性文件”一词在《中华人民共和国行政处罚法》首次使用,该法第14条规定:“除本法第九条、第十条、第十一条、第十二条以及第十三条的规定外,其他规范性文件不得设定行政处罚”。该条所指引的五个法条的具体内容,对其他规范性文件的内涵作出了具体的界定,即指除法律、行政法规、部门规章、地方性法规、地方政府规章、之外的具有普遍约束力的文件。相应的法律性规定还见于《中华人民共和国行政许可法》第17条:“除本法第十四条、第十五条规定的外,其他规范性文件一律不得设定行政许可”;《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《解释》)第62条第2款也规定了人民法院审理行政案件时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等。学术界和实务界对这些规范性文件的概念和法律性质存在较大的争议,出现了以下几种主要的学说。

1. 行政规范说。^① 持此说的学者借鉴大陆法系的日本、德国以及我国台湾地区学者有关行政法的理论,认为行政立法之外的普遍性规则必须突出“行政性”和“规范性”的法律特征,将其称之为行政规范。^②

2. 行政规定说。持此说的学者认为,《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。

3. 行政措施、决定、指示和命令说^③。持此说的学者认为,我国《宪法》第89条规定,国务院根据宪法和法律,有权规定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令;第90条规定,国务院各部委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限内,发布命令、指示;第107条规定,县级以上地方各级人民政府可以发布决定和命令;《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第59条规定,县级以上的地方各级人民政府可以规定行政措施,发布命令和决定;第61条规定,乡、民族乡、镇的人民政府可以发布命令和决定。《行政诉讼法》第12条规定了人民法院不予受理的四类案件,其中包括针对行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令的行政案件。

4. 行政规范性文件说。^④ 此说从规范性文件中进一步具体化而来,相近的概念还有:法规、规章以外的行政规范性文件^⑤、其他行政规范性文件^⑥等。笔者采用行政规范性文件说,其理由是:第一,以“文件”涵盖规章以外具有普遍约束力的规范,能够明确法律规范和非法律规范的界限。虽然有学者认为

① 董皞.论行政审判对行政规范的审查与适用[J].中国法学,2000(5);李向平.行政规定在行政诉讼中的地位和作用[J].人民司法,2001(7);朱芒.论行政规定的性质[J].中国法学,2003(1).

② 叶必丰,周佑勇.行政规范研究[M].北京:法律出版社,2002:30.

③ 朱芒.论行政规定的性质——从行政规范体系角度的定位[J].中国法学,2003(1);黎枫.论行政规定的制定主体[J].行政与法,2002(2).

④ 王欢,卢护锋.略论行政规范性文件的法律地位[J].山东工商学院学报,2004,18(5);陈高英.论行政规范性文件与依法行政[J].行政与法,2005(10);李元本.将行政规范性文件纳入行政诉讼受理范围[J].遵义师范学院学报,2004,6(1).

⑤ 关保英.行政法案例教程[M].北京:中国政法大学出版社,1996:169;湛中乐.论行政法规、行政规章以外的其他规范性文件[J].中国法学,1992(2).

⑥ 陆伟明.其他行政规范性文件法治初论[J].西南政法大学学报,2002(5).

法律也属于规范性文件,但“文件”与“法律”的区别是明显的,“行政规范性文件”与“行政法规和规章”从形式上可以明显区别。第二,规范性文件突出了规范和普遍约束力。行政立法以外的文件,其表现形式较为繁杂,规范性文件为政府文件的一种,此种文件具有法的规范性和普遍约束力,从而使规范性文件区别于一般政府文件。第三,包括行政机关在内的国家机关均可以制定规范性文件,但只有行政机关制定的规范性文件才属于行政法的一部分。因此,行政规范性文件的制定主体是各级人民政府及其工作部门。第四,行政规范性文件一词,在《行政处罚法》《行政许可法》等法律中已经成为一个正式的法律用语。修改后的《行政诉讼法》使用“规范性文件”这一法律概念,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,在提起行政诉讼时可以请求对该规范性文件进行审查。省级人民政府在其制定的规章中直接使用“行政规范性文件”这一概念,如《天津市行政规范性文件管理规定》《贵州省行政规范性文件备案审查规定》《浙江省行政规范性文件备案审查规定》等。

(二)行政规范性文件的法律特征

1. 行政规范性文件具有普遍拘束力

行政规范性文件在内涵上存在广义和狭义之分。广义的行政规范性文件是指行政机关根据宪法和法律制定的具有普遍约束力和规范形式的法律文件,包括行政法规和规章。狭义的行政规范性文件主要是指行政主体为执行法律、法规和规章,实施行政管理而制定的可以反复适用的决定、命令和行政措施等。在法制实践中,一般采用狭义的定义。如,《北京市行政规范性文件备案监督办法》第2条规定:“本法所称规范性文件,是指本市各级人民政府及其所属部门和派出机关(以下简称制定机关)行使法定职权时,制定和公布的对公民、法人和其他组织具有普遍约束力的文件。制定机关内部工作制度、人事任免决定等不属于本办法所称行政规范性文件。”《上海市行政规范性文件制定和备案规定》将规范性文件定义为:除行政法规、规章外,行政机关依据职权制定的对公民、法人或者其他组织具有普遍约束力、可以反复适用的文件。又如,《辽宁省规章规范性文件备案办法》规定:本办法所称规范性文件,是指各级人民政府及其所属部门,依照法定权限和程序制定发布的对公民、法人和其他组织具有普遍约束力或者涉及其权利、义务的规定、办法、细则、解释等实施对社会管理的文件。再如,《云南省行政机关规范性文件制定和备案办法》规定,本办法所称规范性文件,是指行政机关制定并公布,在一定范围、时间内对公民、法人和其他组织具有普遍约束力的文件。

第一,行政规范性文件的制定主体是行政主体。

所谓行政主体,是指享有国家行政权,能以自己的名义行使行政权,并能独立地承担因此而产生的相应法律责任的组织。国家行政机关是最主要的行政主体,行政规范性文件的制定主体,包括各级人民政府及其派出机关、县级以上人民政府所属工作部门和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织、垂直管理的各单位,如区政府、区政府各部门、各乡(镇)人民政府、各街道办事处等,而不包括国家权力机关、司法机关等,也不包括其他社会组织。

按照狭义的行政规范性文件的定义,这里的行政主体,主要是指不具有广义立法权的行政主体。但是否具有立法权的行政主体制定的规范性文件,就都是行政法呢?答案是否定的。拥有行政立法权的行政机关如未按照法定的形式和程序,即没有按照《立法法》《行政法规制定程序条例》《规章制定程序条例》的要求制定的规范性文件,便不是行政立法,但如果符合行政规范性文件的特征,则属于行政规范性文件。

第二,行政规范性文件以外部行政规范为主。

外部行政规范指行政主体基于公共权力,对其管理对象进行的管理、服务、监督的行为规范。内部行政规范是指行政主体基于行政组织的权力,对其管辖对象行使内部命令、指挥、监督、任命、奖惩及其他的管理行为规范。《北京市行政规范性文件备案监督办法》明确规定:制定机关的内部工作制度、人事任免决定等不属于本办法所称行政规范性文件。因此,基于组织权力的内部行政规范不属于行政规范性文件。但我们也要看到,一些内部的工作规则或者裁量的基准,虽然只对行政机关工作人员具有约束力,但仍然会通过行政工作人员的影响间接地影响外部的行政相对人,即所谓内部规则的外化。因此,法律文本将内部规范性文件排除在外,但此类内部规范性文件可以纳入行政规范性文件研究的范畴。

第三,行政规范性文件具有普遍约束力。

行政规范性文件的调整对象并非针对某一个人或某一特定的行政相对人,而是对管辖范围内不特定的对象具有普遍约束力,并且能反复适用。这是其区别于具体行政行为的重要特征之一。行政规范性文件具有强制性,在规范设计上,具有“行为模式+强制性后果”的逻辑构成。凡仅仅是提倡、鼓励、说服、引导、指导、促进等非强制性的文件,均不属于行政规范性文件的范畴。行政规范性文件这种逻辑构成方式分为两类,一种是独立式构成,即该文件本身的内容独立地、完整地包涵了“行为模式+强制性后果”的逻辑构成。另一种是附属式构成,即该文件与法律、法规、规章或其他规范性文件配套使用,其

内容与配套文件共同构成了“行为模式+强制性后果”的逻辑构成。^①

第四,调整行政相对人的权利和义务为主要内容。

行政规范性文件基于调整一定社会关系而制定,在内容上,具体表现为在法定范围内调整行政相对人的权利和义务。对于不涉及相对人具体权利和义务的宣传、鼓励、引导性质的行政文件,则不属于行政规范性文件。

因此,行政规范性文件可以定义为:行政规范性文件是指行政主体为了有效实施行政管理,依据法定职权或者法律、法规、规章的授权而制定的,涉及公民、法人或者其他组织权利、义务,具有普遍约束力、可以反复适用的行政文件。

2. 行政规范性文件属于行政解释的范畴

我国台湾地区的行政法学者,大都将行政规范性文件分为三类:授权性规则、职权性规则和执行性规则。授权性规则,是指因立法授权而制定的规则,相当于行政立法。职权性规则,又称自主性规则,主要指依据制定机关固有的行政职责和权限而制定的规则,无须单个的法律、法规另行授权,一般限于行政工作的内部规则或者程序规则。执行性规则,又称实施性规则,主要指以实施某些法律、法规为目标而制定的规则,它的制定一般须经具体的法律、法规的明确授权,内容为进一步解析上位规范性文件的基本精神原则,规定它们实施的具体细则。也有台湾地区现代的行政法学者将行政规则分为裁量性规则(政策性规则)和解释性规则。^②大陆学者将行政规范性文件划分为行政创制性文件、行政解释性文件和行政指导性文件。^③行政创制性文件是指行政主体未启动行政立法程序而为不特定相对人创设的权利义务的规则。行政解释性文件是指规范文件中解释法律、法规和规章的那部分内容,而不是指整个文件。行政指导性文件是指行政主体依法运用职权引导特定或不特定相对人作为或不作为,以实现行政目的的而非强制性行为。

第一,在形式上,行政规范性文件属于非立法性规范。

国外行政法学者普遍认同行政立法必须获得法律授权,并有严格的制定程序,且要正式对外公布。而行政规范性文件(德日的行政规则或美国的解释性规则)是行政机关基于行政管理的需要,自主制定的一些解释、补充性质的

^① 参见张忠良,行政规范性文件范围界定问题的初步研究[EB/OL]. <http://www.chinalaw.gov.cn/article/dfxx/dfzxx/bj/200709/20070900015906.shtml>.

^② 吴庚,行政法之理论与实用[M].北京:中国人民大学出版社,2005:194.

^③ 叶必丰,周佑勇,行政规范研究[M].北京:法律出版社,2002:79.

内部规定,其制定无须获得法律的授权,制定程序也相对简单。因此,它们并不是立法性规范,不具有法的效力,对公民不具有强制力和普遍约束力,对法院的裁判也不具有法律的约束力。

第二,在内容上,行政规范性文件虽然调整行政相对人的权利义务关系,但不创设公民的权利和义务。

国外行政立法(德日的法规命令或美国的实体法规则)与行政规范性文件(德日的法规命令与行政规则或者是美国的实体法规则与解释性规则)在实质上的共同区分标准是:行政立法能够为公民,法人或其他组织设定权利或义务,而行政规范性文件无权做这样的设定。

第三,在效果上,行政规范性文件主要指行政机关的内部规范。

盐野宏教授认为,行政规范性文件本来是一种内部规则,无须法律的授权,主要是对行政机关本身及其公务员具有规范效果,对系统外部不具有外部法律效果。但同时也应看到,许多原本基于领导权仅仅拘束下级行政机关、不对外产生法律效果的行政规则却在实质意义上对公民权利义务直接或间接地发挥了重要的影响作用。^①

由此可见,在本书的概念范围内,国外关于行政规范性文件的内涵与我国当前的通说存在本质区别。国内关于规范性文件审查的学说均普遍将行政规范性文件定义为规定公民权利义务关系的规范,且强调其普遍约束力和强制力。恰恰相反,国外的主流学说认为行政规范性文件不得设定公民的权利与义务,原则上仅限于调整行政系统内部的关系,对公民和社会不产生普遍约束力。

国外行政规范性文件的理论和实践,充分体现了分权和控权的现代宪法观念。在法治国家,无法律则无行政,行政机关的职责就是忠实地执行立法机关的法律,它并无独立的立法权。即便是现代行政国的出现,行政机关实际获得了大量的行政立法权,但形式上,行政立法仍基于立法机关的授权,即法律授权。理论上,原始立法权依旧归属于立法机关,而且授权也是有限的,一是必须遵守法律保留原则,将一些对公民权利至关重要的权力保留在议会而禁止授权行政机关制定规则。二是授权立法的对象,一般仅限于高层级的行政机关,以确保立法的权威和质量,维护国家法制的统一。这种立法体制,其意义在于有利于稳定其管辖范围内公民的权利义务,提高公民行为的预期性,防

^① 王世涛,论行政规范行为的司法适用力[J],法学杂志,2002(5).

止行政机关以法外“红头文件”代替“法律”来争夺部门利益,侵害公民权益,进而有利于促进社会秩序的良性循环和健康发展。

我国的政治体制与法制传统与西方国家存在较大差异。长期以来,行政规范性文件在过去较长时间内,实际上一直被当作法律来适用,成为一种事实上的法律。我国宪法和法律规定,各级人民政府有权发布命令和决定,这些命令和决定无疑属于行政规范性文件的范畴。有学者认为,从法理上推断,这是宪法授权,属于职权立法,因此县级政府应当具有行政立法权。《立法法》对法律性规范和非法律性规范作了分割,而分割的标准,依然是行政主导特征的行政级别。省会所在的地级市以及较大的市(多为副省级)制定的地方规章以及国务院各部委制定的部门规章以上的规范性文件,获得了广义法律的身份。而其他的规范性文件,则沦为非法律性的行政规范性文件。然而,由于行政管理的实际需要,各级行政机关的规范性文件,仍然像雪片一样大量制发,并在各自的领域大行其道。而法院,也无法否定规范性文件对行政机关的不可或缺,加之其自身相对于行政权的弱势地位,以及长期以来形成的习惯,往往实际上将行政规范性文件当作直接办案的依据。换句话说,行政规范性文件,在很大程度上,实际上仍然发挥行政立法的作用,对行政执法和法院均有实际约束力。这是行政规范性文件在我国与西方国家相比存在重大差异的原因。

我国行政规范性文件大量存在,普遍涉及公民的权利义务。我国行政法学者承认部分行政规范性文件可以规制公民的权利和义务,并将其归入行政创制性文件的范围。但是,虽然行政规范性文件确实规定了公民的权利义务,但并不能据此认为,行政机关具有创设这些权利与义务的宪法权力。承认行政机关在未有法律明确授权的前提下,具有自主创设公民权利义务的权力,不符合法理。行政规范性文件,无论是行政创制性文件还是行政解释性文件,在本质上,都是行政机关运用自由裁量权,对法律、法规、规章的一种行政解释。其形式上表现出来的对公民法人权力义务的设置,并非基于行政机关职权的一种创制,而是被解释的法律在解释中表现出来的效力,这是行政规范性文件效力的真正渊源。因此,笔者并不认同行政创制性文件的分类,所谓的行政创制性文件,实质上仍然是一种行政机关基于行政自由裁量权对行政立法的一种解释,实际上还是一种行政解释性文件。

对于一种行政解释,我们可以从多个角度对其分类,如按部门分为经济领域的解释和社会管理领域的解释等等,但这种划分,对于我们研究行政规范性文件根本属性并无多大的帮助。考虑到行政规范性文件主要是内部行政规范,其中不少由里及外,表现出对外的法律效果,即所谓的内部行政规则的外

化。这是一个值得研究的复杂问题。同时,我国行政规范性文件,确实还有大量直接规范公民权利义务的外部规范。因此,研究此两种不同又彼此关联的规范,对于认识行政规范性文件的性质以及如何在司法实践中合理看待内部行政规范性文件的法律地位,具有重要意义,同时他们也构成了行政规范性文件的全部内涵。因此,笔者从其行政规范性文件调整对象入手,把行政规范性文件分为外部的行政规范性文件和内部的行政规范性文件。如果根据其法律后果继续划分,他们还可以分为命令性规则、惩戒性规则、承诺性规则和指导性规则。

(三)行政规范性文件属于行政解释

行政规范性文件不属于法律的范畴,它不是立法性规范,对法院的审判不具有法律的约束力。但司法实践中,由于行政规范性文件不但具有法律规范的形式,且时常表现出具有普遍约束力和强制力等与法律规范相同或者相似的法律效果,法院虽然不直接援引作为办理案件的依据,但在法院适用法律和法规过程中仍然具有重要的意义。因此,有学者撰文提出行政规范性文件就是一种实质性的法律规范,应当承认其法律效力;也有学者虽然不直接主张其法律规范的属性,但也间接承认其法律效力,认定其属于习惯法或者软法。这些论点均有其共同特征,即赋予行政规范性文件实质上的法律效力,对法院裁判案件具有约束力。然而,通说并没有承认其具有法律的地位,对于其到底属于何种法律性质的规范性文件,学界也未达成共识,因此有必要进一步探讨行政规范性文件的法律性质。

关于行政规范性文件的性质,学界存在抽象行政行为说、法体系重构说、实质法律说、非成文法说、准行政立法行为说、软法说、行政解释和创制性文件说等观点。这些观点大体上可归纳为两大类,第一类承认行政规范性文件是“法”,可以称之为“法源说”;第二类不承认行政规范性文件是“法”,但承认行政规范性文件的具有强制性和约束力的法律效果,是行政执法的依据,可以称之为“非法源说”。

1. “法源说”之弊端

“法源说”主张承认行政规范性文件的“法源”地位,实际上等于承认了制定规范性文件的所有行政机关都具有或者事实上具有行政立法权。

第一,“法源说”不符合宪法法理。

现代民主国家奉行人民主权原则、分权制衡原则和法治主义等现代宪法原则,法律被认为是全体人民意志的体现。作为人民主权的代表,议会作为立法机关具有天然的正当性。基于分权和控权考虑,国家权力分别归属于三个

部门,每一个部门行使一种权力,除了宪法特别规定的例外情况以外,每一部门不得行使属于其他部门的权力,否则就是破坏分权原则。近代西方资本主义国家曾一度奉行严格的形式法治主义,禁止立法机关向行政机关授权。这一理念,从启蒙思想家洛克的著述中可见一斑,“立法机关不能把制定法律的权力转让给其他任何人。既然立法权只是来自于人民的一种委托权力,拥有那种权力的人就不能把它转给其他人”^①。现代社会中,由于行政权的扩张和行政国家的出现,立法机关不得不将部分立法权授予给行政机关。虽然,立法权实质上受到了某种程度的削弱,但在理论上,实行授权立法,立法机关仍然享有完整的立法权,行政机关制定立法性质的规范,非授权不得为之。行政机关制定法律性规范,必须得到法律的授权,已成为现代行政立法的基本原则。

我国不实行三权分立原则,政治历史文化传统也与西方有很大的差别。但人民主权(国家的一切权力属于人民)、法治主义(建设社会主义法治国家)、权力必须受到制约,构成宪法的基本原则,全国人民代表大会作为人民意志的体现,享有国家立法权,行政机关的职能是依法行政即执行国家法律等等。因此,我国行政机关的立法权应当来源于立法机关的授权。立法机关之所以授权行政机关立法,是因为现代社会发展的客观需要。行政机关负担的事务越来越繁杂,而立法机关的精力和能力有限,无法满足社会对法律规范的需要。行政机关处在管理前沿,熟悉业务,授权行政机关制定某些法规,从实用主义的角度,具有合理性。但行政机关行使立法权势必潜藏着侵犯公民权利与自由以及立法偏私的危险,因此立法机关在进行立法授权时,必须严格限制,规定授权范围和期限,限定行使授权立法权的原则、目的和程序等,以保证授权不被滥用,不侵犯公民的权利和自由,不形成行政专断。

综上,“法源说”,否认了人大的立法专属权,违反行政立法必须授权的基本宪法原理,必然导致行政机关既自己立法,又自己执法的局面,违背权力监督和控制的基本原则,在理论上难以自圆其说,在实践中,存在权力失控和滥权的危险。

第二,“法源说”与我国现行法律规定相悖。

《立法法》第2条规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的制定、修改和废止,适用本法。国务院部门规章和地方政府规章的制定、修改和废止,依照本法的有关规定执行。”据此规定,学界普遍认为,《立法法》

^① 约翰·洛克. 政府论两篇[M]. 赵伯英,译. 西安:陕西人民出版社,2004:202-206.

将规章以上规范划为广义法律的范畴,而行政规范性文件自然被排除在外。《行政诉讼法》也作出了基本相同的规定。根据该法第 52 条、第 53 条第 1 款的规定,法院审理行政诉讼案件,依据法律、法规(第 52 条)“参照”规章(第 53 条第 1 款),而未提及行政法规和规章以外的“行政规范性文件”。由于规章和行政规范性文件的区分实际上主要是以其制定主体的行政级别来划定的,《立法法》和《行政诉讼法》这种“拦腰截断式”的二分法,遭到国内不少学者的抨击,被认为是带有行政命令性质的武断。但我国行政法学的通说还是采纳了《立法法》《行政诉讼法》的规定,不承认行政规范性文件的法属性,从而排除了其他规范性文件的法源地位。所以,当前我国行政法界,无论是实务界和是理论界,其主流观点是不承认行政规范性文件的法源地位。尤其是实定法的规定,是“法源说”难以绕过的一道现实的坎。

第三,“法源说”与国家法制统一原则不符。

国家主权最重要的是立法权。在我国的传统政治文化中,对于国家主权的完整和统一,防止分裂和地方割据,一直有着深深的警惕。这种担忧,自然也体现在对立法权的分权和授权上。我国不少学者认为,立法权是国家主权的表征,联邦制国家基于“双重主权”而有联邦和各州在立法权上的分割,而单一制国家主权是统一的,立法权只能由中央立法机关掌握。^①理论和实务界的主流观点都不承认行政规范性文件的法源地位。其主要原因之一,就是基于上述担忧,为了确保立法的质量和权威,维护国家法制的统一和尊严而采取的立场。而实践中,地方立法中体现出的种种弊端,既是对上述担忧的一种现实回应,也更强化了这种担忧。“法源说”的合理性更受挑战。这些弊端包括:

其一,泛立法倾向明显,立法冗繁。首先,随着管理事务愈来愈广泛和复杂,地方政府越来越认识到通过立法治理社会的重要性和有效性。其次,各地方立法主体中,地方政府行使立法权最为频繁,而作为行政机关的地方政府本身就具有扩张权力的冲动,存在过度行使甚至滥用立法权的可能。再次,民众权利意识日渐高涨,《行政许可法》等相继实施,对地方政府治理行为的程序要求愈发严格。为避免行政行为无法律依据而处于被动地位甚至承担责任,地方政府积极寻求制定规章并推动制定地方性法规,以方便行政管理和约束相对人。事无巨细、遇事则立法,成了地方政府的习惯性做法,而某些立法的必要性和合理性值得商榷。例如,在《消费者权益保护法》之外,共有 38 个地方

^① 蔡定剑.立法权与立法权限[J].法学研究,1993(5).

立法主体制定了相应的地方性法规或规章。消费者权益保护作为市场法治的一个重要范畴,绝大部分规则都应做到国内统一,多数地方政府面对的特殊问题均尚未达到需由立法予以调整的程度。法律过于烦琐细密可能会产生非法治后果:法治精义之一在于以“简单规则来应对复杂世界”,规则一旦复杂繁多,看似严格全面,却会留下更多漏洞,容易被人利用以追求不当利益,出现“法律更多但秩序更少”的局面。立法权进入不应由其调整的领域,将导致立法质量下降、实施效果不佳、法律权威降低;立法过于烦琐,将导致政府职能扩张、国家对社会生活的过度干预,给社会和民众增加不合理的负担。

其二,重复现象明显,地方特色不足,立法质量不高。因片面追求体例完备的立法倾向,立法力量不足,立法程序疏简、缺乏有效的公众参与机制。例如,国务院发布《殡葬管理条例》后,共有 38 个地方人大制定的殡葬管理类地方性法规,共有 40 个地方政府制定的殡葬管理类地方规章,同一行政区划内各级人大、政府分别立法的情况普遍,立法结构、内容却基本一致。

地方立法重复、特色不足,将导致两方面的不良后果:一是地方立法数量庞杂却质量不高,虚假繁荣,降低了法律所应具有理性力量。二是地方立法的社会认知程度不高,在法治实践中作用不大。普通民众对数量庞杂、重复较多、特色不足、灵活性和针对性不强的地方立法缺乏了解;法院、检察院在司法活动中也较少适用地方立法。

其三,地方保护主义和法律冲突现象严重。我国的地方立法权所造成的“法律冲突”现象较为明显,这些冲突可分为如下两类:首先,地方立法与中央立法的冲突,既包括地方立法与法律的冲突,也包括地方立法与行政法规的冲突。其次,地方立法之间的冲突,既包括地方性法规间的冲突,也包括地方规章间的冲突,还包括地方性法规与地方规章的冲突,甚至还有同一行政区域内法规与规章之间的冲突。最更令人担忧的是,在地方经济利益分化甚至互有冲突的情况下,地方立法权容易与地方保护主义相结合,使地方利益得以法制化。“法律背后是经济利益,许多法律的冲突实际是经济利益之争。”在地方政府竞争中,立法成了最具正当性的地方利益保护手段,地方保护主义披上了法律的外衣。通过地方立法保护本地经营者,限制外地产品进入本地市场,阻止本地资本、原材料等生产要素向外地流动等现象已为我们所熟悉,并愈来愈隐蔽。在某一地方政府不当干预市场、实行地方保护时,对其他地方政府而言,最有利、成本最小的应对方式就是实行相应的地方保护措施,予以还击。地方立法成了优先被考虑的方式,地方政府竞争在一定程度上异化成了以立法形式进行的地方保护博弈。地方立法权与地方保护主义相结合一度促成

了我国的“地方政府经济圈”格局,造成了严重的效率损失。

上述这些问题,也毫无疑问地、更加严重地体现在各种行政规范性文件中。行政规范性文件同法律冲突的现象屡见不鲜,各种令人啼笑皆非的“红头文件”不时被曝光。如果按照法源说的观点,让这些行政规范性文件法律化,无疑是国家法治的倒退。现阶段,我国实行的中央政府直接领导下的最高层级地方政府即省级政府的立法分权,但《立法法》修改后,赋予设区的市立法权,必须要通过严格的审查程序,防止地方立法成为地方不当利益的保护方式。

第四,“法源说”不利于法院对行政的监督。

法院对行政行为的司法审查,是现代国家控制和监督行政权力的主要机制之一,这一制度设计也为我国的理论和实践所采纳。逻辑上,司法审查的前提是司法和行政处于平等宪法地位,甚至司法具有更高的宪法地位,否则司法机关就没有能力对行政行为行使监督审查权。在西方三权分立的政治体制下,司法不仅可以审查行政行为,甚至对立法机关也可以行使司法审查权。然而,我国采用人民代表大会制度,有别于西方的三权分立制度,作为立法机关的人大处于绝对权威的地位,虽然司法可以对行政行为行使审查权,但对于立法行为,无论是人大的立法行为,还是行政立法行为,则无能为力。即便是行政立法,也被认为是基于立法授权,其权力,本源上仍是立法机关的权力。因此,基于立法机关的绝对权力,司法机关不具有审查权。法源说主张将行政规范性文件纳入行政法的范畴,在现有的体制下,将使得司法对行政规范性文件的审查变得更加艰难,直接影响司法权对行政权的监督和制约。

2. “非法源说”之弊端

“抽象行政行为说”认为行政规范性文件是一种行政行为,而非行政立法行为,并从制定主体这一形式上,划分行政立法与行政规范性文件的界限。其可取之处在于承认行政规范性文件不属于行政立法,因而为法院对行政规范性文件进行司法审查提供了理论依据。其缺点有:

第一,无论是行政立法还是规范性文件,都是行政行为的结果,抽象行政行为说将这种结果等同于抽象行政行为,逻辑上存在缺陷,让人难以理解和接受。实际上,《行政诉讼法》法条只提到具体行政行为而并无提及抽象行政行为,抽象行政行为的概念完全是学术界作为与具体行政行为对应而提出的学术概念,其科学性有待商榷。

第二,把行政立法行为亦归为抽象行政行为,未能从本质上区分行政立法与行政规范性文件,无法合理解释同属抽象行政行为,为何行政规范性文件和

广义行政法存在着“法”与“非法”的本质差别。

第三,把行政立法行为亦归为抽象行政行为,导致“立法行为是行政行为”的结论,极大地模糊了立法与行政的界限。更无法解释的是,作为行政行为,理应不但对法院没有约束力,而且还是司法审查的标的,而为何行政立法行为作为抽象行政行为,在我国却不仅不受司法审查,反而还对法院具有约束力?

对于行政解释性文件是一种内部的规范性文件,并不涉及外部的公民的权利义务关系,其性质基本上是明确的。不过,对于内部规范的法律效果外化的问题,该学说并没有探讨,这是其不足。对于行政创制性文件,该学说具有以下特点:其一,在本质上和法律、法规、规章一样,具有国家意志性和国家强制性;其二,在法律效力上,作为一种抽象行政行为,具有与其他行政行为相同的公定力、拘束力、确定力和执行力;其三,具有对法律、法规、规章的补充作用,起着补充和细化的作用;其四,其他行政规范性文件,作为行政执法的依据符合我国法律的规定。虽然该学说再三强调创制性文件并不是行政法的法源,但这样的描述,并没有从本质上阐明行政创制性文件的性质,行政创制性文件与行政立法的区别难以自圆其说。

至于软法说,纯属一种法社会学意义上的学术概念。所谓软法,它与道德、习惯等并无质的区别。软法学说的可取之处在于从一个独特的视角去探视法律与其他社会规则的关系,寻找其内在的联系,为我们研究法的演进和社会综合治理提供了一个视角。但“软法说”所指的“法”与现代意义的“法”是两个不同的概念,甚至还存着价值的冲突。比如,现代法更加注重形式和内容的明确,而反对软法那种不成文和潜规则,人们常说的“法无明文不处罚”,就是如此。因此,“软法说”与现代法理学并非同一体系,难以在司法实践中发挥作用。

3. 行政规范性文件是一种行政解释

现代法治国家奉行“无法律即无行政”的法治理念,因此,整体而言,全部行政机关的行为(这里暂不谈行政立法行为^①),都是执行国家法律的行为。现代行政的本质就是执法。行政执法的过程,也是一个伴随着解释法律的过程。在此过程中,由于法律的阙如、文义含糊、个人理解差异等各种原因,会导致不同的执法者对同一事项可能会有不同的解释。为了弥补法律的缺位和漏

^① 行政立法行为必须基于法律的授权,是执行法律授权立法的行为,从这个意义上说,也是一种执法行为。

洞,统一执法的标准,行政机关必须作出统一的执法解释,并以规范性文件的方式予以公告。这种规范性文件,并非仅仅是内部执法规范。由于其大部分实际上涉及公民的权利义务关系,因此在形式上,对外具有普遍约束力。但这种普遍约束力的效力来源并非基于行政机关的固有职权,而是来自于被解释的法律本身的效力。因此,行政规范性文件在本质上是一种行政解释。源于被解释的法律的约束力和强制性,行政解释也表现出普遍的约束力和强制性。但行政解释并非法律授权的解释,更不是行政立法,对法院没有法的约束力,其解释甚至实际上存在着不合理和不合法的可能。是否合理合法,其最终判断权在法院,法院在审理中,有权对其进行司法审查,对于合理合法的行政解释,法院应当予以尊重,作为案件裁判的依据。这个时候,行政规范性文件的约束力和强制力的法律效力得到最终的体现。

由于国内对于司法解释的研究要比行政解释深入得多,司法解释的诸多理论和概念广为人知,同时,由于行政解释与司法解释具有相似性和相关性,因此,接下来,作者将适当参照司法解释的某些概念和理论,用以阐述行政解释。

第一,行政执法中的行政解释。

法律的全部意义在于适用,法律文本只有在实践中与事实结合才能获得生命。法律适用的有权主体通常是两类人员,一类是法官,一类是公务员。法官行使的是司法权,公务员行使的是行政权。从实质上来说,两种权力都是一种适法权,都是一种将法律适用到具体事实中从而实现法的价值的权力。由于司法权的被动性和行政权的主动性,在行政法规范的适用顺序上,公务员要先于法官,行政解释要早于司法解释。“法律的适用首先是处在第一线工作的行政人员的任务。他们在适用法律时,必须根据他们的专门知识和经验,确定事实存在的情况极其法律意义。”^①当然,这里的“法律”是指广义上的“行政法”,包括行政法律、法规和规章。一个具体的执法过程包括:

①对法律法规规章的理解。理解是法律适用的前提,没有理解,适法者就无所适从。首先要理解法律文本的字面含义,其次要理解法律文本中体现出来的法律精神、法律原则,再次要理解立法者的立法目的。受制于个人的认知能力,理解也有不同。但依法治国、依法行政都要求行政执法者具备必要的法律知识,进行公务员考试和考核,接受大致相同的系统教育,培养大致相同的

^① 王名扬,《美国行政法》[M],北京:中国法制出版社,1995:98.

行政观念,就是力求培养思想统一的高素质执法队伍的反映。

②对法律事实的了解和认识。法律是一门实践科学,重在适用。离开适用,法律就是一堆废纸,一座空中楼阁。法律适用的载体就是法律事实,法律适用的过程就是法律文本与法律事实相结合的过程,这一结合的主体就是适法者,结合的媒介就是法律解释,因此,我们说行政解释的对象不仅包括法律规范,还包括法律事实。行政执法人员在作出处理之前,必须首先对客观事实进行充分调查、分析和了解,将与法律有关的事实保存下来,将无关的事实予以排除,从而形成法律事实。这一过程是事实认定和证据保存的过程。同时执法者也会形成初步的判断,为最终的判断奠定基础。

③寻找相关的法律法规规章。这是找法的过程,就是将法律事实放到法律文本中进行比较、推理,最理想的结果就是能够在法律文本中找到与法律事实相同或相似的法律条文。如果找法找错了,张冠李戴了,结果肯定是错的,因此这是适法者作出决定的关键性一步。

④解释法律文本和法律事实。这是适法者将法律文本与法律事实相结合的过程。在这一过程中,执法者的任务就是全面阐释法律的意义,全面认定事实的性质,为判断结果论证理由,因此,这是执法者为自己的“产品”进行正当理由的证成过程。尽管理解与解释的界限不是泾渭分明的,但两者还是有明显区别的。从运动的方向上来看,理解是从实践到思维,从具体到抽象,从个别到一般的过程,是对比、归纳等思维方式对其进行加工的过程;而解释则正好相反,它是从人的头脑中向外输出产品的过程,它把理解的成果运用语言符号的形式表现出来,它最终的目的是为判断寻找理由,以期当事人能够接受处理结果。

⑤作出行政裁决或者决定。至此,一个完整的行政行为终结。

行政解释行为集中反映在第四阶段,这一阶段是法律文本与法律事实进行结合的阶段,是法律适用的核心阶段。在这里,行政解释就是一座桥梁,联结法律文本和法律事实,将法律适用到具体案件,法律获得了生命。因此,行政解释离不开法律适用,行政执法离不开行政解释。由此我们可以得出结论:行政解释是行政执法行为中的重要组成部分。

值得指出的是,上述过程分析,其对象是一个具体的行政行为,其行政解释仅适用于某一具体的个案。对于行政机关来说,由于对法律的理解偏差,对于一类相同或者相似的个案,不同的执法人员可能会有不同的行政解释,从而得出不同的行政执法结果。这一现象,将会极大地损害行政对公平正义的价值追求,损害法制的权威和统一。因此,行政机关基于弥补法律的缺位和模

糊,统一和明确执法标准,对执法中可能存在的不确定事项,作出抽象的统一解释或者补充,形成规范性文件,并对外公布。这种抽象的解释文本,就是行政规范性文件,它是一种抽象的行政解释。

第二,规范性文件是非正式行政解释。

法律解释分为正式解释和非正式解释,正式解释又分为立法解释和应用解释。学理上,正式解释又称为有权解释,是指有法定解释权的机关对法律所作的具有法律效力的解释,分为立法解释、司法解释和行政解释三种。传统行政解释的概念是依据1981年《全国人大常委会关于加强法律解释工作的决议》及《立法法》的相关规定而作出的,主要指正式解释。即:行政解释是指具有法定解释权的国家行政机关在具体适用行政法规过程中结合事实对法律的意义进行阐释和说明的活动。正式解释是严格的法律意义上的法定解释,这种行政解释实际上具有与被解释的法律同等的效力。非正式解释又称学理解释或者任意解释,指不具有法定解释权的人或者组织,基于公平正义,法学理论和惯例,对法律的含义、内容、概念、术语以及适用条件等所作的理解和分析说明。一般而言,非正式解释由于没有法律授权,因而只有说服力而没有约束力。^①

制定规范性文件的行政机关,并无立法权,也无解释法律的法定权力,其制定的行政规范性文件,只能是一种非正式行政解释。虽然也是一种无权解释,但其作为行政执法主体基于执法的需要作出的解释,由于其主体和解释目的特殊性,还是有别于一般的学理解释。行政主体拥有行政执法权,其行政解释是以国家公权力的运用作为后盾,其解释事实上影响行政执法的结果,对行政相对人具有事实上的约束力。因此,行政解释是一种特殊的非正式解释。而作为规范性文件的行政解释,是指行政主体为了实施法律、法规和规章,统一各个行政主体及其公务员对法律、法规和规章的理解及执行活动,对法律、法规和规章进行解释而形成的规范性文件。

二、行政规范性文件司法审查的依据

司法审查作为民主和法治国家的一项重要法律制度,其最早可追溯到1803年美国的马伯里诉麦迪逊案,现今世界上已有许多国家建立了该项制

^① 方世荣. 行政执法主体对法律规范的非正式解释及司法审查[J]. 国家行政学院学报, 2010(6).

度。司法审查的含义是指立法机关和行政机关制定的法律、法规及行使其他国家权力的活动由司法机关进行监督,宣布违反宪法的法律、法规无效以及裁判其他违法行为并予以纠正,维护宪法的实施,保护公民合法权益的法律制度。

外国法上的司法审查主要是指:第一,审查机关为普通法院或专门法院;第二,审查对象为法律或者行政命令;第三,可以分为违宪审查和合法性审查。因此,司法审查主要是指美国式的普通法院审查法律和行政命令的合宪性,德国的宪法法院审查模式虽然由宪法法院审查法律和法律性文件的合宪性和合法性,但这种审查常常被称之为宪法审查。我国普通法院不能解释宪法并审查法律是否合宪,但法院有权审查行政行为是否合法,因此,我国行政法上的司法审查是指法院依照行政诉讼法的规定对规章以下规范性法律文件的合法性审查。此种合法性审查,不包括违宪审查也不包括行政复议机关的审查。行政规范性文件司法审查的依据有:

(一)权力制约与行政权应受控制原则

法国《人与公民权利宣言》宣称:“任何权利无保障和分权未确立的社会,就没有宪法。”此项原则后来成为判断民主法治宪政国家的重要准则。强调分权理论对宪政实践的重要性,对西方资本主义国家而言显得重要,在社会主义国家中,权力分立与制衡理论所蕴含的精髓也没有被完全否认,即权力不宜集中配置,而应适当的分散配置,相互制约。分权成了宪法政府的基石和立宪主义的精神所在。分权的核心在于制衡,不受限制的权力总有被滥用的可能。分权制衡主要是指国家的三种权力即立法、行政、司法分别由三个不同机关掌握,三个机关各自独立行使其权力,又互相牵制与平衡并相互制约的制度。分权制衡理论所要追求的目标就是通过权力的相互制约,使权力受到限制,从而保障公民的权利。

分权制衡是民主国家在政治制度上的一种创造,其目的是使国家权力有效、顺利地运行。现代社会行政权力过度膨胀。为了遏制行政权的违法行使,分权制衡理论无疑成了各国司法审查制度的重要理论基础。权力是否专横,是否绝对,并不取决于谁掌握权力和掌握权力人数的多寡,而是取决于运用权力的方式,即是不是负责任的、受限制的权力。单纯依靠民主并不能保证避免专制,在民主没有受到法治约束的情况下,正如托克维尔所说的,民主也可能造成多数暴政。二战前德国法西斯政权的历史刚好证明了这一点。权力不受约束的民主不是真正的民主,真正的民主应当是保护多数的同时,更侧重于保障少数人的利益不受到侵害。集权必然导致专制,不受制约的权力必然走向

腐败,只有以权力制约权力,才能防止国家权力不被武断专横地运用。因此要保证民主原则真正得到实现,则必须坚持分权原则以防止专制。

分权制衡是现代国家的必由之路。我国实行人民代表大会制度,说明我国不能也不会照搬西方国家的三权分立制度,但并不意味着我国的国家机关之间不存在权力分工和权力制约。在我国各国家机关的权限范围和遵守宪法和法律的义务都由宪法予以明确规定。各国家机关依据宪法和法律的明确授权,各自行使职权,且不得有超越宪法和法律的特权,这就意味着国家机关之间的权力是分散配置的,是相互分立并互相制约的。国家也有立法、行政和司法三种职能,依照法治原则,这三种职能分工负责,相互制约。我国的根本政治制度是人民代表大会制度,宪法确认的是人民主权和民主集中制原则,不实行三权分立,这与资本主义国家的三权分立制度根本不同,但是民主集中制并没有否定国家权力各部门之间的分工,也并不排斥各种权力之间的平衡与制约。

行政权在现代国家权力结构中的地位及属性更显得对其监督的必要性。在传统自由主义法治论者洛克看来:“在一切场合,只要政府存在,立法权是最高的权力,因为谁能够对另一个人订定法律就必须是在他之上。而且,立法权之所以是社会的立法权,既然是因为它有权为社会的一切部分和每个成员制定法律,制定他们的行动的准则,并在法律被违反时授权加以执行,那么立法权就必须是最高的权力,社会的任何成员或社会的任何部分所有的其他一切权力,都是从它获得和隶属于它的。”^①因此,在洛克看来,在国家的权力结构中,立法权是最高的,而行政权从属于立法权,只是执行立法权的权力,但立法权和行政权都要受到法律的限制。同时,立法权应支配行政权,社会应支配政府,只有这样公民的自由、生命和财产权才能得到保障。

孟德斯鸠提出,为了公民的权利和自由得到保障,国家权力应一分为三,即立法权、行政权和司法权。为了防止立法机关变成立法专制,应当由行政权去制止立法机关越权的权力,而不应当由立法权去钳制行政权。行政权在本质上是有限范围的,且行政权总是面对需要迅速处理的事情。因此,行政权应以独立的地位从立法权中分离出来,既是为了维护社会公共秩序的需要,也是为了防止国家专制和权力滥用以损害公民权利和自由。但是行政权作为一种国家权力,其具有一般权力的特性,即天生具有侵权性,如果过分地膨胀,将导致

^① 洛克. 政府论[M]. 北京:商务印书局,1986:93.

权力的失范,并将侵害公民的权利和自由。^①因此,为了防止权力的膨胀,在自由主义法治国家时期奉行“自由放任”,国家扮演“守夜人”的角色,也称之为“夜警国家”,行政干预被限制在最小的限度之内,行政机关的职能范围限于国防、外交、社会秩序的维护等方面。有人曾指出:“直到1914年8月,除了邮局和警察以外,一名具有守法意识的英国人可以度过他的一生却几乎没有意识到政府的存在。”^②行政的主要目的是维护社会的“秩序和安全”,行政机关的作用仅限于对法律的忠实执行,司法机关也仅局限于对法律的适用。这一时期权力分立的特点最为真实的写照是“立法国家”“法官法适用的机器”“法条狂言”。这时的行政权也只是一种消极的法律执行权。

19世纪下半叶,随着工业迅速发展,产生了城市化及其一系列社会问题。社会高度工业化、技术化的出现导致个人谋生越来越不容易,使个人对国家的依赖程度日益增高,对国家提供生存给养的要求变得越来越迫切。但是议会和法院却无力应对此类问题,议会不可能制定详细的法律对日益复杂的经济和社会问题进行控制。“如果国家对公民从婴儿照管到死,保护他们生存的环境,在不同的时期教育他们,为他们提供就业、培训、住房、医疗机构、养老金,也就是提供衣食住行,这需要大量的行政机构。相对来说,仅仅靠议会通过的法律……那只能做些微不足道的事。”^③因而,人们开始主张借助公权力干涉国民的经济生活,以保障公民的生存权。在此背景下,政府开始积极干预市场,对市场竞争中处于不利地位的人给予最低生存的保障,在社会经济生活中,政府的管理职能不断扩大。行政权逐渐抛弃以前那种消极的姿态,开始以一种积极的姿态介入社会生活的各个方面。

美国的独立管制机构和英国的行政裁判所在19世纪末20世纪初的相继出现,标志着现代行政权的进一步扩张。美国的独立管制机构不但具有司法权,而且还具有制定政策和作出决定的立法权和执行该政策的执行权。在自由资本主义时期,政府仅仅是法律的执行机构而已,并不介入私人经济活动,而独立管制机构的出现,是对传统的三权分立体制的严重挑战,因为它集立法权、行政权和司法权于一身。英国行政裁判所的出现也是基于行政的需要。当时纷繁复杂的社会经济问题,主要是涉及商业政策而不是法律问题,英国的普通法院的法律程序烦琐、缓慢且费用昂贵,因而无法满足这种需要。行政裁

① 孟德斯鸠.论法的精神上册[M].北京:商务印书馆,1982:154.

② 威廉·韦德.《行政法》[M].徐炳,等译.北京:中国大百科全书出版社,1997:3.

③ 威廉·韦德.行政法[M].徐炳,等译.北京:中国大百科全书出版社,1997:4.