

行政诉讼合法性审查中“法”的重述

章剑生*

摘要 在《行政诉讼法》和司法解释规定中,合法性审查中的“法”是指作为依据的法律、法规和参照的规章以及引用的规范性文件。基于法规范的滞后性、局限性,司法实践已经将合法性审查中的“法”扩展到了宪法、习惯、判例和法原则。基于解决行政争议的需要,应将“政策”“情理”纳入合法性审查中“法”的范围。基于合法性审查中的“法”的外在视角,应将政策作为合法性审查中“法”的补充;基于合法性审查中的“法”的内在视角,应将情理作为合法性审查中“法”的补强。基于此,可以构建“法定范围”“扩展范围”“补充/补强范围”三层次合法性审查中“法”的范围。

关键词 合法性审查 解决行政争议 政策 情理

引言

《行政诉讼法》第6条规定:“人民法院审理行政案件,对行政行为是否合法进行审查。”此为法院对行政行为进行合法性审查的法规范依据。这里的“合法性”并不是斯图尔特所讲的“传送带”理论中的行政权合法性问题,^[1]也不是韦伯在政治学意义上讲的传统型或者法理型的“合法统治”,^[2]而是由法院主导的一种形而下的个案中的合法性审查。被审查的对象不是抽象意义上的权力统治行为,而是具体的、涉及特定人行政法上权利义务的行政行为。在现代行政法上,“合法性”是一个尚未达成共识的法律概念,其内涵也是言人人殊。“中国法治建设与中国社会转型之间的滞后性是存在的,并且很突出,然而中国法治与中国社会转型需要

* 浙江大学光华法学院教授。

[1] 参见(美)理查德·B.斯图尔特:《美国行政法重构》,沈岷译,商务印书馆2002年版,第10—11页。

[2] 参见(德)马克斯·韦伯:《经济与社会》(上卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第238—241页。

之间最严重的滞后,恰恰是无法为中国社会提供一个形式性的、可预期的规范体系。”〔3〕因此,“合法性”的内涵“需要我们以发展的眼光去重新打量”,〔4〕不能刻舟求剑,唯此才能适应转型期中国行政诉讼制度发展的需要。正如有学者所言:“在合法性概念上,需要建立一种统一的合法性叙述方式,以实质合法的概念统合理、合宪、社会效果等有关正当性的各种表述。”〔5〕

本文的问题意识是:在规范主义下,合法性审查中的“法”被限于法律、法规、规章和规范性文件。〔6〕在既有研究成果中,“合法性审查”通常包括两个方面的内容:①审查具体行政行为,不审查抽象行政行为;②对具体行政行为只审查其合法性,原则上不作合理性审查。〔7〕对于合法性审查中“法”的范围,一般的论著要么重复“依据法律、法规,参照规章”的《行政诉讼法》规定,要么略去不述。然而,上述规范和学理的表达与司法判例所呈现出来的景象却不完全一致,由此,合法性审查司法实践遇到了如下难题:当有制定法但它又不合时宜适时,制定法能否成为法院判断被诉行政行为合法性的“法”?当没有制定法时,法院判断被诉行政行为合法性的“法”是或者应该是什么?如果合法性判断的“法”要向制定法以外的规则开放,那么,哪些规则可以被纳入“法”的范围?等等。基于上述问题意识,本文提出应当对合法性审查中的“法”进行重述。本文的论证思路是分析法规范意义上合法性审查中的“法”的不足,论证司法实践已经扩展了规范意义上“法”的范围。在此基础上,基于实质性化解行政争议的需要,从外在视角论证政策作为合法性审查中“法”的补充,从内在视角论证情理作为合法性审查中“法”的补强,从而构建一个与中国转型期相适应的行政诉讼合法性审查中“法”的体系。

一、行政诉讼合法性审查中“法”的扩展

(一)法定范围评析

《行政诉讼法》第6条规定的合法性审查中“法”的范围,在《行政诉讼法》第63条和第64条已有明确规定。与1989年《行政诉讼法》相比,《行政诉讼法》第63条整合了1989年《行政诉讼法》第52条和第53条的规定,并增加了第64条关于规范性文件一并审查的规定。分述如下:

1.依据法律、法规。法院依照法律行使审判权,其他法规范只有在与法律不抵触的前提下才能适用。对此,《立法法》第88条已有明确规定,不再赘述。法规分为行政法规、地方性法规

〔3〕 泮伟江:“部门法研究对中国法理学的可贵贡献”,载姜明安主编:《行政法论丛》(第13卷),法律出版社2011年,第633页。

〔4〕 李广宇:《裁判是怎样写成的》,法律出版社2021年版,第128页。

〔5〕 何海波:《实质法治:寻求行政判决的合法性》,法律出版社2020年版,第403页。

〔6〕 参见《行政诉讼法》第63—64条。

〔7〕 参见罗豪才、应松年主编:《行政诉讼法学》,中国政法大学出版社1990年版,第34—38页;姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第7版),北京大学出版社/高等教育出版社2019年版,第408页。

和民族自治地方的自治条例和单行条例。法院审查行政行为,依据法律、法规。何谓“依据”?较为权威的观点认为:“人民法院审理行政案件,以法律、法规、自治条例和单行条例为审查标准,对上述规范性文件在裁判中对其本身合宪性、合法性直接作出评价和判断,甚至直接否定其效力。”〔8〕相对以往行政法学界的认识,〔9〕上述观点中的“对上述规范性文件在裁判中对其本身合宪性、合法性直接作出评价和判断,甚至直接否定其效力”,具有相当大的冲击力。在既有的判例中,法院在审理行政行为涉及法律、法规时,就“其本身合宪性、合法性直接作出评价和判断,甚至直接否定其效力”的做法,是十分罕见的。但这并不是说法律、法规自身就没有合宪性、合法性问题,而是法院“对其本身合宪性、合法性直接作出评价和判断,甚至直接否定其效力”的审查权,在宪法规定的国家框架性制度中一直不被承认。本文认为,《行政诉讼法》第63条中的“依据”应当包括如下含义:①在“宪法—法律”中,法律是否合宪,法院没有权力评价和判断,仅审查法律在个案中是否被正确适用;②在“宪法、法律—行政法规”中,行政法规是否合宪,法院也没有权力评价和判断,但在“法律—行政法规”中,法院可以遵照上下位法适用规则作出评价和判断;〔10〕③在“宪法、法律、行政法规—地方性法规、自治条例和单行条例”中,地方性法规、自治条例和单行条例是否合宪,法院也没有权力评价和判断,但在“法律、行政法规—地方性法规”和“法律、行政法规—自治条例和单行条例”中,法院可以遵照上下位法适用规则作出评价和判断。

2.参照规章。1989年《行政诉讼法》之前,国务院部委、省级政府及省级政府所在地市政府和较大市政府有权制定规章。由于当时规章制定主体混乱、程序简陋等因素,对规章是否属于“法”一直没有定论,因此,在1989年《行政诉讼法》制定过程中:

对规章是否可以作为法院审理行政案件的依据仍有不同意见,有的认为应该作为依据,有的认为不能作为依据,只能以法律、行政法规和地方性法规作为依据。我们考虑,宪法和有关法律规定国务院各部委和省、市人民政府有权依法制定规章,行政机关有权依据规章行使职权。但是,规章与法律、法规的地位和效力不完全相同,有的规章还存在一些问题。因此,草案规定法院在审理行政案件时,参照规章的规定,是考虑了上述两种不同的意见,对符合法律、行政法规规定的规章,法院要参照审理,对不符合或不完全符合法律、行政法规原则精神的规章,法院可以有灵活处理的余地。〔11〕

这一段《行政诉讼法》立法草案说明就是“参照规章”的来历与内涵。2000年《立法法》将规章定性为法,但2014年修改的《行政诉讼法》仍保留了“参照规章”之规定,反映出国家最高

〔8〕 江必新、梁凤云:《行政诉讼法及司法解释关联理解与适用》(下册),中国法制出版社2018年版,第630页。

〔9〕 罗豪才等,见前注〔7〕,第233—235页。

〔10〕 上海市第二中级人民法院行政判决书,(2004)沪二中行终字第169号。

〔11〕 王汉斌:“关于《中华人民共和国行政诉讼法草案》的说明”(1989年3月28日第七届全国人民代表大会第二次会议),载《中华人民共和国最高人民法院公报全集》(1985—1994),人民法院出版社1995年版,第42页。

立法机关对规章在法院审查行政案件中如何定位的一种谨慎态度。参照规章,意味着法院对规章是否合法具有审查权,有权排除不合法的规章在合法性审查中的适用。

3. 引用规范性文件。规范性文件在《立法法》中没有法律地位,但在《行政诉讼法》规定的合法性审查中,它却是一种实质意义上的法。^[12] 1989年《行政诉讼法》规定,规范性文件与证据一样都应当由行政机关在法定期限内提交到法院,^[13]但能否作合法性审查中的“法”没有具体规定。1999年最高人民法院发布的《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《若干解释》)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。”这一司法解释确立了规范性文件在合法性审查中的“引用”地位。2002年最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》指出:

这些具体应用解释和规范性文件不是正式的法律渊源,对人民法院不具有法律规范意义上的约束力。但是,人民法院经审查认为被诉具体行政行为依据的具体应用解释和其他规范性文件合法、有效并合理、适当的,在认定被诉具体行政行为合法性时应承认其效力;人民法院可以在裁判理由中对具体应用解释和其他规范性文件是否合法、有效、合理或适当进行评述。

2014年修改的《行政诉讼法》建立了规范性文件附带审查制度,并明确规定“规范性文件不合法的,不作为认定行政行为合法的依据”。^[14] 2018年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第100条保留了1999年最高人民法院《若干解释》第62条第2款规定。至此,我们可以看到,规范性文件在行政诉讼中得到了与规章基本相同的地位,不同的是原告只能对规范性文件一并提起合法性审查请求,但在法院依职权审查方面,规范文件和规章似乎没有多大差别。

综合上述分析,“依据法律、法规”—“参照规章”—“引用规范性文件”构成了合法性审查中的“法”的法定范围。就其适用面向而言,需要进一步明确以下三点:①由高到低的法规效力。在这个由高到低法规效力构成的等级规则体系中,若同位法规定不一致时,适用新法优于旧法或者特别法优于一般法规;若异位法相抵触时,适用上位法优于下位法规。在法律有特别规定时,则应当适用裁决程序。^[15] 从司法实践看,当下法院在行政诉讼合法性审查中并没有充分运用上述规则,结果多少影响到了国家法制统一性,地方立法“割据”现象也时有发生。②由无到有的审查权广度。当法院用合法性审查中的“法”去评判被诉行政行为是否合法时,首先应当审查所引用的“法”是否符合上位法的规定,这是审查被诉行政行为合法性的前提。基于宪法规定的国家框架性制度,法院对“法”是否符合上位法的审查权呈现由无到有的特点,即对法律没有合法性审查权,但自行政法规以下至规范性文件,法院拥有审查权。这一

[12] 参见《行政诉讼法》第64条。

[13] 参见1989年《行政诉讼法》第32条。

[14] 参见《行政诉讼法》第53条、第64条。

[15] 参见《立法法》第94—95条。

点体现了法院“监督行政机关依法行使职权”的广度。③从弱到强的审查强度。如对行政法规,法院已在一些个案中行使审查权,排除不符合法律规定的行政法规在个案中的适用。虽然法院在裁判文书中不能直接宣布规章不合法,但“参照规章”赋予了法院明确的合法性审查权。对引用的规范性文件是否合法有效,法院可以在裁判文书作出明确认定。这一点体现了法院“监督行政机关依法行使职权”的深度。

由“依据法律、法规”“参照规章”“引用规范性文件”构成的合法性审查中的“法”的法定范围,与现行国家立法体制内容、立法体系要求相吻合,基本满足了行政诉讼合法性审查的要求。就“引用规范性文件”来说,它一方面回应了当下尤其县、乡人民政府若没有规范性文件作依据就难以依法行政的客观现实,另一方面也强化了落实《行政诉讼法》“监督行政机关依法行使职权”这一立法目的的制度措施。但是,从司法实践呈现的问题看,这个多层次合法性审查中的“法”仍值得作进一步反思:

1.法规范的滞后性。法规范是基于当下事实而制定的,尽管它也有一定的预测性或者提前量,但法规范的稳定性要求立法机关不能轻易启动立法修改程序,随着时间的推移,这就有可能产生法规范的可适用性渐失而滞后性渐显的现象。如在田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证案中,针对北京科技大学对田永作出的退学处理决定,1990年《普通高等学校学生管理规定》未对退学处理决定应当遵守何种法律程序作规定。对此,法院认为,退学处理决定涉及原告的受教育权利,为充分保障当事人权益,从正当程序原则出发,被告应将此决定向当事人送达、宣布,允许当事人提出申辩意见。^{〔16〕} 上个世纪九十年代中期之后,随着1996年《行政处罚法》的制定与实施,以听证为核心的正当法律程序法治观念获得了广泛传播。此案进入行政诉讼之后,面对程序保障相对滞后的《普通高等学校学生管理规定》,法官在《行政诉讼法》规定的合法性审查中“法”的法定范围之外,引入“正当程序”作为评判退学处理决定是否合法的“法”。可见,仅把法规范当合法性审查中的“法”,在行政诉讼中一定会遇到因法规范滞后性带来的“法”供不应求的问题,如果法院不充分发挥能动性,《行政诉讼法》第1条的立法目的可能会沦空。

2.法规范的局限性。因人的认知能力有限,且文字难以全面、客观、精确表述一切事物,因此制定法具有一种天然的难以克服的局限性,法律漏洞便是一例。若在合法性审查中遇到法律漏洞,基于法院不能拒绝裁判的原理,它就必须找到“法”并基于此作出裁判。如《道路交通安全法》第47条第1款规定:“机动车行经人行横道时,应当减速行驶;遇行人正在通过人行横道,应当停车让行。”在贝汇丰诉海宁市公安局交通警察大队道路交通管理行政处罚案中,法院在合法性审查中就遇到了行人“停留”在人行横道观望这一法律没有规定的情形。那么,此种情形下贝汇丰未停车让行是否违反《道路交通安全法》第47条第1款呢?从“遇行人正在通过人行横道”中的确难以解释出对贝汇丰不利的结果。但是,若对此种情形不加禁止,机动车可以不停车让行,将可能危及行人生命、健康。这显然是《道路交通安全法》第47条第1款的漏

〔16〕 田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证案,最高人民法院指导案例38号(2014年)。

洞。对此,最高人民法院在此案的“裁判摘要”中认为:“机动车驾驶人驾驶车辆行经人行横道,遇行人正在人行横道通行或者停留时,应当主动停车让行,除非行人明确示意机动车先通过。公安机关交通管理部门对不礼让行人的机动车驾驶人依法作出行政处罚的,人民法院应予支持。”^{〔17〕}最高人民法院通过发布指导案例,添加了“停留”情形,填补了《道路交通安全法》第47条第1款的漏洞,弥补了该条款的局限性。^{〔18〕}

(二) 扩展范围

基于上述法规范的滞后性、局限性等客观事实,在过去二十多年的行政诉讼实务中,法院通过个案裁判逐步将合法性审查中的“法”扩展到宪法、习惯、判例和法原则,进一步充实了合法性审查中“法”的内容。

1. 宪法。宪法“是国家的根本法,具有最高的法律效力”。^{〔19〕} 它的“最高的法律效力”有两个面向:①作为判断法律、法规、规章和规范性文件是否符合宪法的上位法规范;②作为行政、司法机关处理个案的依据。对于①绝大多数人不会有太多的异议,《立法法》第87条也已明确规定,但关于②争议不小。如肖蔚云认为:“在审判工作中宪法占据何种地位,宪法究竟适用与不适用,如何适用?宪法究竟能不能引用,在我国还是一个具有挑战性、争议性的问题。”^{〔20〕} 必须承认,1955年最高人民法院关于“在刑事判决中,宪法不宜援引”的复函,^{〔21〕}影响至今尚存。不过,关于行政诉讼合法性审查中的“法”是否包括宪法,一个较为权威的早年观点是这样认为的:

人民法院审查具体行政行为不直接以宪法为依据并不意味着人民法院的审查可以离开宪法,可以不考虑宪法规定。……在某些个别情况下,一定的具体行政行为也可能没有直接的法律、法规依据,行政机关是根据有关行政管理文件作出的。对这种行为,人民法院审查时并不排除直接以宪法(有时以社会主义法律基本原则)为根据,确定相应行为的合法性。因此,从广泛的意义上讲,作为司法审查依据的法律,可以认为也包括宪法。^{〔22〕}

在司法实践中,以宪法作为判断行政行为是否合法的“法”的判例其实并不少见。如在孟广斌与兖州市建设委员会、济南铁路分局兖州站颁发建设规划许可证及行政赔偿申诉审查通知书中,最高人民法院认为:“你以祖留宅基地1953年土地改革发过证为由,主张涉案宅基地

〔17〕 贝汇丰诉海宁市公安局交通警察大队道路交通管理行政处罚案,最高法指导案例90号(2017年)。

〔18〕 参见章剑生:“法解释抑或法续造——贝汇丰诉海宁市公安局交通警察大队道路交通管理行政处罚案评析”,《苏州大学学报(法学版)》2022年第3期,第89—99页。

〔19〕 《宪法》序言最后一段。

〔20〕 肖蔚云:“宪法是审判工作的根本法律依据”,《法学杂志》2002年第3期,第3页。

〔21〕 1955年7月30日最高人民法院复函新疆维吾尔自治区高级人民法院如下:“你院(55)刑二字第336号报告悉。中华人民共和国宪法是我国国家的根本法,也是一切法律的‘母法’。刘少奇委员长在关于中华人民共和国宪法草案的报告中指出:‘它在我国国家生活的最重要的问题,规定了什么样事是合法的,或者法定必须执行的,必须禁止的’。对刑事方面,它并不规定任何论罪科刑的问题,据此,我们同意你院的意见,在刑事判决中,宪法不宜援用。”

〔22〕 罗豪才等,见前注〔7〕,第234—235页。

所有权、使用权缺乏事实和法律根据。国家早已取消了土地个人所有制度,《宪法》第10条明确规定,村民的宅基地属于集体所有;同时,涉案宅基地已经被依法征收,你大哥孟广顺、二哥孟广成签字领取了拆迁、安置、租房费,你们对原宅基地的使用权已经丧失。综上,你的再审申请不符合《中华人民共和国行政诉讼法》第63条第2款的规定,决定不对该案提起再审。”^[23] 尽管这是一份《申诉审查通知书》,但也是最高人民法院对申诉人主张权利的一种判定。本案直接引用《宪法》第10条规定,否定了申诉人的主张,在个案中产生了法效力。从提升宪法地位来说,与其将宪法高高安放在神台上,不如请它走下神台,进入百姓的世俗生活,这可能更有助于提升宪法的权威性。就此而言,何海波的观点值得关注:“合宪性并不是高居于合法性的一个虚张声势的口号,它在逻辑上可以作为合法性要求不可分割的一部分。违法与违宪二元论不能提供一种理论上连贯的叙述,一元论更加可取。”^[24]

2.习惯。《民法典》第10条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”可见,在民法上习惯的法源地位十分明确。在行政法上,习惯可分为两种:①民间习惯。民间习惯是形成于人们长期共同生活过程中的行为规范。^[25] 依照老百姓的日常话语,民间习惯就是做人做事的“规矩”。虽然这种“规矩”没有国家强制力作为执行的担保,但它们依靠人们的认同、评价等内生力量维持着一定范围内的生活秩序。即使国家法律有时也无法否认民间习惯,且还要尊重它的作用。民间习惯的法规范功能,通常在私法上获得国家承认,^[26]在公法上尚未见有明确规定。但是,民间习惯一旦出现在行政过程中,获得行政机关认可,它在客观上就具有了规范行政权的法效力,在进入合法性审查之后,也能获得法院认可。如在胡莲女诉浙江省宁海县人民政府土地行政确认行政争议案中,法院认为:“被上诉人宁海县人民政府认可上诉人之子潘朝明与原审第三人潘立兵之间的房屋买卖契约合法有效,是在综合分析所掌握的证据材料的情况下作出的。此项认定符合当地农村村民的生活习惯。被上诉人宁海县人民政府据此作出的颁证行为,并无错误。”^[27]②行政惯例。行政惯例是行政机关在行政过程中习惯性“做法”的积沉产物,是行政机关在一个较长时期内处理相同事务时的重复行为逐渐形成的一种行为“规则”,且这一行为“规则”得到了一定范围内行政相对人的认知、确信,是“实际应用的法律”。^[28] 这种“实际应用的法律”在合法性审查中并不少见。如在吴小琴等诉山西省吕梁市工伤保险管理服务中心履行法定职责案中,最高人民法院提炼的裁判要旨是:“行政机关对特定管理事项的习惯做法,不违反法律、法规的强制性规定且长期适用形成的行政惯例,公民、法人或其他组织基于该行政惯例的合理信赖利益应

[23] 最高人民法院申诉审查通知书,(2013)行监字第174号。

[24] 何海波,见前注[5],第159页。

[25] 参见朱庆育:《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第40页。

[26] 参见《民法典》第10条;我国台湾地区“民法”第1条规定:“民事,法律所未规定者,依习惯;无习惯者,依法理。”

[27] 浙江省宁波市中级人民法院行政判决书,(2005)甬行终字第17号。

[28] (德)迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第91页。

予适当保护。”^{〔29〕}又如在杭州金菱印花有限公司诉被申请人中华人民共和国上海吴淞海关行政处罚案中,法院认为:“上述政法函〔2005〕49号文件,是海关总署政策法规部门结合海关监管实际需要,从有利于保障行政相对人合法权益的角度,对法律法规有关没收走私货物、追缴等值货款规定所作出的限缩性解释,不违反法律法规规定,且已形成行政惯例。”^{〔30〕}

3.判例。判例即生效判决形成的先例。“判例在中国虽然在理论上、法律上不被认为是法律渊源之一,但它在法制实践,特别在法院审判、法律教育和法学研究中,却具有重大作用。”^{〔31〕}基于平等对待之法理,每一个生效判决客观上都有一种对今后类似案件处理的拘束效力,拘束效力的大小依作出生效判决法院的审级而定。判例可以分为两类:①指导性案例。即由最高人民法院确定并统一发布的、各级人民法院审判类似案例时应当参照的判例。^{〔32〕}2018年修改的《人民法院组织法》第37条第2款规定:“最高人民法院对属于审判工作中具体应用法律的问题进行解释,应当由审判委员会全体会议讨论通过;发布指导性案例,可以由审判委员会专业委员会会议讨论通过。”指导性案例作为一项具体的司法制度为《人民法院组织法》所确认,并列于司法解释,其法规范效力不可否认。在司法实务中,指导性案例作为合法性审查中的“法”时有所见。如在周口市双立商贸有限公司与被告周口市人民政府及第三人周口市国土资源局不服收回国有使用权决定纠纷案中,法院认为:“原告双立商贸公司据此主张,根据最高人民法院于2014年12月25日发布的第九批第41号指导性案例,应当视为被诉具体行政行为没有法律依据。原告双立商贸公司的该主张不能成立,理由是:该案例的裁判要点是行政机关作出具体行政行为时未引用具体法律条款,且在诉讼中不能证明该具体行政行为符合法律的具体规定,应当视为该具体行政行为没有法律依据,适用法律错误。”^{〔33〕}②非指导性案例。非指导性案例即除了指导性案例之外的其他案例。非指导性案例可以分为最高法院判例和地方法院案例。非指导性案例没有如同指导案例那样“应当参照”的法效力,但它们在合法性审查中并非没有法律意义。通过最高人民法院类案检索报告制度的实践,^{〔34〕}是可以确立其在合法性审查中的“参考法”地位的。

4.法原则。当某一法理达到一定的厚度和宽度而被立法者写入制定法之后,可称之为法律原则。如《行政处罚法》第5条第2款规定:“设定和实施行政处罚必须以事实为依据,与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。”学理上称之为“比例原则”或者“过罚相当原则”。有时,制定法直接将其表述为法律原则。如《行政复议法》第4条规定:“行政复议机关履行行政复议职责,应当遵循合法、公正、公开、及时、便民的原则,坚持有错必纠,保障法律、法

〔29〕 “吴小琴等诉山西省吕梁市工伤保险管理服务中心履行法定职责案”,载最高人民法院行政审判庭编:《中国行政审判案例》(第4卷),中国法制出版社2013年版,案例135。

〔30〕 最高人民法院行政裁定书,(2017)最高法行申4273号。

〔31〕 沈宗灵:《比较法总论》,北京大学出版社1987年版,第469页。

〔32〕 最高人民法院《关于案例指导工作的规定》(法发〔2010〕51号)第7条。

〔33〕 河南省漯河市中级人民法院行政判决书,(2014)漯行初字第51号。

〔34〕 最高人民法院《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》(2020年7月31日)。

规的正确实施。”法律原则在性质上属于制定法的一部分,或可称之为“一般性条款”,属于《行政诉讼法》规定的合法性审查中“法”的法定范围。而法原则是尚未被制定法所吸纳并用法条文字表达出来的法理,^[35]它不在国家制定法体系之内。法原则源于法理的浓缩,在没有被制定法吸收为法律原则之前,至少从逻辑上讲,它也不在《行政诉讼法》规定的合法性审查中“法”的法定范围之内。但是,在过去几十年的行政诉讼实践中,法院在审理行政案件时,有时也会将合法性审查中的“法”扩大到法原则,妥善审理手中的行政案件。如在田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案中,法院引用的“充分保障当事人权益原则”,^[36]在张成银诉徐州市人民政府房屋登记行政复议决定案中,法院引用了“正当程序原则”,^[37]在益民公司诉河南省周口市政府等行政行为违法案中,法院引用了“信赖保护原则”^[38]等。上述三个行政案件公布之后,得到了行政法学界高度认可,社会层面的客观效果也基本上都是正面的。可见,法院在合法性审查中对“法”作这样的扩展也有正当性。

国家行使权力符合梯度式法效力等级规范体系规则,即具备了“合法性”,这是形式法治的基本要义。但这是一种法治理想,实际情况可能并非如此。在法规体系有疏漏、过时或者模糊的情形下,形式法治常常会陷入一种“无法可依”的合法性危机之中。当下行政诉讼合法性审查也时常会遇到的这样的窘境。在“合法性—实质性解决行政争议”和“合法性—国家治理体系和治理能力现代化”的两个法治国家发展的面向上,即使对行政诉讼合法性审查中的“法”做上述扩展,从当下行政审判实践看也仍然难以解困。如在关停企业、环境治理等行政案件中,如何处理产业政策调整、社会政策变动与制定法的关系问题;在集体土地征收补偿、集体土地上房屋收购协议等行政案件中,如何处理“外嫁女”是否具有集体经济成员资格、能否补偿宅基地、能否计入补偿人口等需要乡土“情理”介入的问题,等等。因此,本文认为,在合法性审查中“法”的范围问题上,除了上述法定范围、扩展范围外,还需要将“政策”“情理”纳入合法性审查中“法”的范围,以补充或者补强合法性审查中的“法”。当然,或许有人会认为,从外在视角论证政策作为合法性审查中“法”的补充,从内在视角论证情理作为合法性审查中“法”的补强这一结论,前者是当然之理,后者则有泛化之嫌。的确,在政策与法律的关系中,我们一直没有否定政策对法律的补充作用,尤其是在国家法制重建之初,因当时国家立法严重不足,在很多领域中政策实际上起到了与法律一样

[35] 日本学者南博方称之为“条理法”。“条理,是指事物的本质、事理。禁止权利滥用的法理,信义则[信赖保护的原则,禁反言的法理,无可疵议(clean hand)的原则],合理性、正义公平、平等原则,比例原则,利益衡量原则等法的一般原则,都是这里所说的条理法。行政法有许多矛盾及不足,而且以解释技术来予以弥补也存在界限。在这种情况下,则必须将条理作为裁判的基准来进行判断。”(日)南博方:《行政法》(第6版),杨建顺译,中国人民大学出版社2009年版,第10页。我国台湾地区“民法”第1条规定:“民事,法律所未规定者,依习惯;无习惯者,依法理。”这里的“法理”,也可以作“法原则”理解。

[36] 《中华人民共和国最高人民法院公报全集》(1995—1999),人民法院出版社2000年版,第686—689页。

[37] 《中华人民共和国最高人民法院公报》(2005年卷),人民法院出版社2006年版,第527—530页。

[38] 同上注,第369—380页。

的作用。但是,在中国特色社会主义法律体系初步形成之后再来看这个问题时,或许它就不是那么简单了。首先,政策补充作用的范围,其重心从干预行政移向了给付行政。因国家在给付行政领域立法向来不多,政策补充作用就十分显著;但随着国家在给付行政领域立法不断增加,如社会保障等方面立法,政策将会回归其对“法”的补充地位。其次,政策是以补充方式出现,不再独立发挥作用。在国家法制重建早期,某些行政管理领域因为没有“法”,如因农村改革、国企转型等引发行政案件中,政策往往具有与“法”一样的独立地位。但时至今日,随着国家立法不断完善,政策也就慢慢退回到补充地位了。再次,政策补充作用引领司法审查的方向。政策是政府一定时期行动方向的指引,当政策作为合法性审查中“法”的补充时,可以达成司法审查与政府行动方向上的一致性,满足国家整体发展的需求。将情理纳入合法性审查中“法”的范围,旨在补强合法性审查中的“法”,提升法的强制力和说服力。与政策的客观性相比,情理的确更具有主观性,在司法实践中容易被泛化。这个担心是很有道理的。因此,对于情理我们需要通过设定若干判断标准,最大限度消除泛化之嫌。具体内容如下:首先,与法律价值一致。用情理补强合法性审查中的“法”,此情理必须与所补之法的价值一致,才能产生补强的正向效果。其次,与社会主流价值观一致。社会主流价值观具有维系社会正常秩序的功能,形塑社会秩序发展的方向,而法律也具有这样的形塑功能。因此,只有与社会主流价值观一致的情理,才能纳入可用于补强“法”的情理范围。再次,与社会可接受度一致。在相当程度上,法律实施的效果好差取决于社会可接受度的高低,情理的社会可接受度在相当程度上可以决定它补强“法”之后社会对法律适用的可接受度。因此,不被社会可接受的情理应该从补强“法”的情理范围中排除出去。

二、合法性审查中“法”的补充:政策

(一)作为外在视角的政策

一项旨在调整政府行为的建议或者动议,一旦为政府采纳并通过非立法程序写入政府的工作报告、计划或者领导讲话等公开之后,就是一定时期内指引政府某个领域行政活动的准则,即为政策。政策通常具有补充法律的功能。政府实施相关行政活动时,若没有制定法规定或者制定法明显滞后时,政策就获得了补充性的地位。政策与规范性文件也不同,后者往往有一套相对规范的制定程序,且还有一套规范的事后备案审查程序。当然,由于政策有时需要通过规范性文件来落实,客观上两者的区分界线就不那么清楚。作为国家行使权力的一种行为准则,政策的“基本的价值衡量标准,是要既符合社会大众的利益和政治、经济、文化、伦理观念,即既具有社会可行性,又符合政策者的既得利益和意识、目标,即组织可行性”。^[39]在许多情况下,政策的补充性还起着诠释制定法的功能。如在张光诉吉林省伊通满族自治县人民政府辞退民办教师决定案中,伊通县政府依据政策调整,决定将1987年以后参加工作的包括

[39] 张国庆:《现代公共政策》,北京大学出版社1997年版,第6页。

张光在内的民办教师清退。^{〔40〕} 本案中,对于历史遗留的民办教师问题,现行制定法没有明确规定,在合法性审查中,政策的补充功能获得了最高人民法院的支持。又如在葛文明诉襄阳市人力资源和社会保障局不履行监督检查法定职责并请求行政赔偿案中,法院认为:

湖北省劳动和社会保障厅鄂劳社函〔2003〕190号《湖北省城镇用人单位职工基本养老保险费补缴暂行办法》(以下简称《办法》)的规定。该《办法》系我省地方制定的公共政策,属于非正式的行政法渊源范畴,与正式的上位行政法效力并不抵触,且具有填补法律规范空白性质。有条件地承认非正式行政法渊源的规范效力,与行政法治原则并不发生价值冲突。故该《办法》作为非正式行政法渊源,在湖北行政区域产生的行政法规范效力,应予以尊崇和施行。^{〔41〕}

基于政策的法律补充功能,在合法性审查中若欠缺制定法,那么政策就可以取得“补充法”的地位。早在1989年《行政诉讼法》实施之初,由于当时国家法制正处于初创阶段,行政管理领域中“有法可依”的问题并没有得到完全解决,在合法性审查中缺少制定法的情形并不少见。不过,“人民法院在审判实践中早已总结出一套行之有效的经验,就是有法律规定的依法律规定,没有法律规定的,依国家政策,依社会主义法律意识”。^{〔42〕} 在中国,从事行政审判的法官需要有与其法律专业素养相当的政策水平,才能作出稳妥的合法性审查结论。如自本世纪以来的城市房屋拆迁和农村集体土地征收,本质上是一种“福利”的重新分配,但这种分配具体规则大都不是制定法,而是由当地基层政府因地制宜制定的各种补偿政策,具有鲜明的地方特色。因此,最高人民法院曾提出要求:“审判人员除应当具有高深的专业水平和娴熟的审判技能外,还要有高度的政治意识和政策水平,在审判工作中在善于正确处理适用法律与适用政策的关系。在适用法律时,要密切注意政策的调整 and 变化,把法律适用建立在坚实的政策基础上;在适用政策时,又不能脱离或突破法律规定。”^{〔43〕} 这类行政案件处理往往与当地经济发展、社会稳定和促进民生等公益事业有关,因此,法院仅仅用制定法作合法性审查中的“法”显然是不够的,在欠缺制定法时必须充分考虑与之相关的政策。

(二) 补充类型

政策与法律的关系显示了两两者之间有着质的不同,但两者互不分离,又互相作用。在合法性审查中,政策作为制定法的补充,主要有两种类型:

1. 缺失型补充。所谓缺失型补充,是指由政策填补合法性审查中制定法缺失的情形。自《行政诉讼法》实施以来,一方面尽管国家进行了大规模立法活动,但某些行政领域制定法的“空白点”仍未完全填满,另一方面对因改革、发展产生的各种新问题国家立法机关未能及时跟

〔40〕 张光与吉林省伊通满族自治县人民政府辞退民办教师行为行政纠纷再审案,最高人民法院行政裁定书,(2017)最高法行申2245号。

〔41〕 湖北省襄阳市中级人民法院行政判决书,(2016)鄂06行终26号。

〔42〕 隆及之:“论行政案件的合法性审查”,《政法论坛》1992年第2期,第65页。

〔43〕 李国光:“行政审判应当妥善处理七大关系”,载最高人民法院行政庭编:《行政执法与行政审判》2001年第1辑,法律出版社2001年版,第5页。

进,用政策来应对这些新问题就成为中央和地方各级政府首选的治理工具。这种治理工具一般都能获得法院的支持。如在蔡梅丽等诉四川省司法厅行政处理决定上诉案中,最高人民法院认为:

四川省司法厅作为原四川省经济律师事务所的主管机关,根据国务院批转的《司法部关于深化律师工作改革的方案》,为加快全省律师工作改革的步伐,建立适应社会主义市场经济需要的律师体制,选择该所作为转制的首批试点单位,进行整所转制,是履行司法行政管理职责的行为,有利于律师事业的发展,符合改革的方向。……四川省司法厅对原四川省经济律师事务所人员的住房按当时的购买价出售给个人,符合国务院发布的房改政策。鉴于律师体制改革的深入发展,四川省司法厅应对原四川省经济律师事务所转制过程中的未尽事宜予以完善。^[44]

又如在何小强诉华中科技大学拒绝授予学位案中,关于华中科技大学是否有权授予其武昌分校(民办高校)毕业生学士学位的职权,《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》其实是不明确的。对此,法院引用《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》第4条第2款规定之后,又补充了“国家促进民办高校办学政策的相关规定”。在此基础上,法院得出了如下结论:“华中科技大学有权按照与民办高校的协议,对于符合本校学士学位授予条件的民办高校本科毕业生经审查合格授予普通高校学士学位。”^[45]

客观上说,无论国家制定法体系多么完善,可能永远不能满足法院“依制定法裁判”的需求。相对灵活的政策与相对稳定的制定法规范,如果能够在合法性审查“法”缺失型的补充关系中各就各位,一方面可以最大限度地提高制定法的稳定性,另一方面也能够充分发挥政策调整的能动性。在过去四十多年的改革开放中,对某些行政领域中的具体事项管理,在没有制定法加以调整时,中央或者地方政府一般总是先制定政策,尽可能保证政府行为有据。由此产生的行政案件中,法院在作合法性审查过程中就需要引入政策,以补充合法性审查中“法”的不足。

2.代替型补充。所谓代替型补充,即用政策代替合法性审查中制定法的情形。代替型补充适用的前提是,执行明显滞后的制定法作出的合法性审查结果难以为社会所接受,甚至可能引起社会强烈不满。从形式法治主义角度看,在这种情形下用政策代替制定法是不可以接受的。但是,在能动司法之下若法院选择与当下需求一致的政策,去代替合法性审查中的明显滞后的制定法,作出一个有助于当下经济发展与社会稳定的合法性审查结论,是不是应当认可呢?如作为新业态的网约车出现时,因它与很多城市出租汽车管理条例规定相冲突,一些城市出租汽车行政主管部门依照本市的出租汽车管理条例的规定,以非法营运为由进行行政处罚,从而引发了多起行政案件,其中陈超诉济南市城市公共客运管理服务中心客运管理行政处罚案最为典型。在此案中,二审法院认为:

[44] 最高人民法院行政判决书,(1997)行终字第3号。

[45] 何小强诉华中科技大学拒绝授予学位案,最高人民法院指导案例39号(2014年)。

网约车作为客运服务的新业态和分享经济的产物,有助于缓解客运服务的供需矛盾,满足公众多样化出行需求,符合社会发展趋势和创新需求,对其应当保持适度宽容。另一方面,这种新业态又给既有客运管理秩序带来负面影响,甚至存有安全隐患等问题,确需加强规范引导。……当一种新生事物在满足社会需求、促进创新创业方面起到积极推动作用时,对其所带来的社会危害的评判不仅要遵从现行法律法规的规定,亦应充分考虑是否符合社会公众感受。本案被上诉人陈超通过网络约车软件进行道路运输经营的行为,社会危害性较小符合一般社会认知。行政机关在依据现行法律法规对其进行处罚时,应当尽可能将对当事人的不利影响控制在最小范围和限度内,以达到实现行政管理目标和保护新生事物之间的平衡。〔46〕

本案中,被告认定陈超非法经营客运出租汽车,违反《山东省道路运输条例》第69条第2款之规定,决定责令停止违法行为,处二万元罚款,没收违法所得。尽管法院默认被告依照《山东省道路运输条例》对陈超从事网约车客运服务行为的定性,但用“当一项新技术或新商业模式出现时,基于竞争理念和公共政策的考虑,不能一概将其排斥于市场之外,否则经济发展就会渐渐缓慢直至最后停滞不前”等包含了互联网时代国家推动网约车客运服务的新业态的产业政策,替代了《山东省道路运输条例》相关规定,对被告作出的量罚进行了合法性审查,并认定处罚幅度和数额畸重,构成行政处罚明显不当,撤销了该行政处罚决定。或许有人 would 认为,这是一个处罚裁量问题,但从法院裁判逻辑分析,是因为法院导入了国家新业态的产业政策,正是在这样的政策之下,本案被告作出的处罚裁量构成了明显不当。

涉及政策代替型补充的行政案件,往往是因为现行制定法不合时宜甚至有“恶法”的嫌疑,如果行政机关“严格执法”,法院依照该制定法进行合法性审查,虽然守住了形式上的合法性,但它的社会效果不好,社会观感也较差。如2015年10月党的十八届五中全会宣布开放二胎政策,2015年12月27日全国人大常委会表决通过了人口与计划生育法修正案,2016年1月1日起正式实施。对于这两个月中生育二胎应当如何处罚,以及2016年1月1日之后对之前因违反计划生育应当缴纳的罚款和社会抚养费是否追缴等,都涉及新的计划生育政策是否可以代替制定法的问题。的确,通过依法行政、依法裁判最大限度地将制定法适用于社会生活之中,是实现法调整法律关系的基本路径,但是,对于法调整的结果评介,则可能不能完全囿于制定法本身。“法律效果侧重于从法律适用技术角度对法律的应用,尤其是偏重于法律条文文义的落实,而社会效果注重于实现规范的目的和功能,特别是达到其根本的或者长远的目的和功能,以社会效益最大化为追求目标。”〔47〕从最高人民法院这一行政审判指导意见看,政策代替型补充在合法性审查中有着相当大的作为空间。当然,政策代替型补充可能会让人担心动摇法律的地位,影响法律权威。其实,这种担心是多余的,因为本文提出的政策代替型补充是有

〔46〕 “陈超诉济南市城市公共客运管理服务中心客运管理行政处罚案”,载《中华人民共和国最高人民法院公报》(2018卷),人民法院出版社2019年版,第560页。

〔47〕 江必新:“在全国法院行政审判工作会议上的总结讲话”,载最高人民法院行政审判庭编:《行政执法与行政审判》2003年第1辑,法律出版社2003年版,第39页。

前提的,即“执行明显滞后的制定法作出的合法性审查结果难以为社会所接受,甚至可能引起社会强烈不满”。比如在陈超诉济南市城市公共客运管理服务中心客运管理行政处罚案中,被告以陈超非法经营客运出租汽车,违反《山东省道路运输条例》第69条第2款之规定为由,责令停止违法行为,处二万元罚款并没收违法所得。如果陈超不是通过网络约车软件进行道路运输经营的行为,被告在五千元至三万元之间确定二万元罚款并无不当,但是,在引入国家推动网约车客运服务的新业态的产业政策对该行政处罚作合法性评判时,二万元罚款就“明显不当”了。又如上述关于生育二胎应当如何处罚和违反计划生育应当缴纳的罚款和社会抚养费是否追缴问题,涉及计划生育政策调整但法律没有明确这段时间中生育二胎是否合法问题,对此,国家卫计委给出了如下意见:2016年1月1号之前,违反法律法规规定生育第二个子女的,已经依法处理完成的应当维持处理决定,不能“翻烧饼”;尚未处理或处理还不到位,根据有关法律法规和政策规定,由地方人大、政府结合实际制定具体的办法,依法妥善处理。^[48]在这类行政案件的合法性审查中,如果用新的计划生育政策代替未修改的法律、法规产生的社会效果,可能更好。

(三)补充限定

当用黑白分明的依法裁判不能有效解决行政争议时,法院以非裁判方式化解行政争议便成为一种较优的策略性选择。在这样的情境下我们可以看到,制定法往往隐退在法庭背后,政策则走上了前台,成为当事人之间、法院与当事人之间互动的主要依据。这样的场景对于一个法治理想主义者来说可能是难以接受的,但这样的做法有时却因为政策的灵活性使得行政争议能够被有效化解。面对这样的法治窘境,我们如何摆脱或者有何对策缓和制定法与政策之间的紧张关系?本文认为,对政策作为合法性审查中“法”的补充作出若干限定,可能是一种较优的策略。

1.政策评介。当法院将政策作为对合法性审查中制定法缺失的补充之前,对政策本身需要做一个适当的评介,因为政策本身也存在合法性、适当性问题。此时,法院已经不再是传统法意义上定分止争功能上的解纷机构,在“合法性—国家治理体系和治理能力现代化”框架内,它是一个具有政策评介功能的国家治理主体。对既有政策评介时,在缺失型补充中要考虑政策内容的合法性、正当性和可接受性,在代替型补充中要判断政策与更高位阶法规范目的之间的协调性、一致性,确保补进合法性审查中的政策与制定法不会发生实质上的冲突。

2.制定法滞后性认定。在代替型补充中,法院对于制定法滞后性认定,应当履行谨慎审查并附充分说理义务。也就是说,对于制定法滞后性的评介应当全面、客观、中和,原则上不作制定法滞后性认定,只有在穷尽理由之后仍然不能支持制定法不具有滞后性时,才能用政策代替滞后的制定法。

3.结果社会认可取向。之所以引入政策作为合法性审查中制定法的补充,是因为在遇到

[48] 参见《卫计委:元旦前违法出生二孩要继续征社会抚养费》,载搜狐焦点(中国新闻网),<https://nj.focus.cn/zixun/e465ebf6aae1376e.html>,最后访问日期:2022年12月15日。

制定法缺失型补充情况时,法院难以进行传统意义上的、以制定法为唯一依据的合法性审查,如果迟迟不对行政案件作出裁判,那么社会对法院可能会产生负面评价;在代替型补充情况下,用滞后的制定法进行合法性审查,其裁判结果可能不为社会所认可,甚至会引起社会强烈反弹。因此,基于合法性审查获得社会认可这一结果导向,法院应当引入政策以矫正制定法机械适用的结果。

三、合法性审查中“法”的补强:情理

(一)作为内在视角的情理

制定法是漂浮在情理之海上的冰山。情理一方面构成了制定法品质的基础,另一方面可以对合法性审查中的制定法进行补强。在合法性审查中,仅有制定法有时并不足以支撑起审查结论的合法性,也难以让双方当事人尤其是受不利影响一方当事人完全认可。因此,围绕制定法而展开的情理,便具有了对合法性审查中制定法的补强功能。最高人民法院在《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》中强调,裁判“要讲明情理,体现法理情相协调,符合社会主义核心价值观”。〔49〕可见,情理在法院裁判中的地位是明确的。“审判的公正性保障,存在于通过当事人的承认——即使是勉勉强强的也罢——而使案件了结的程序结构之中。当事人与法官之间通过交涉谈判、讨价还价,最终达到使案件在三方都觉得可以接受,或不得不接受的‘情理’范围内自然终结。”〔50〕在宪法规定的国家框架性制度中,立法权高于行政权、司法权,法官受法律约束是题中应有之义。依制定法裁判的前提是法律已为法官裁判个案提供了所有依据,但实际情况并非如此,即使有法律规定,也难以避免法官将自己的情理带入个案裁判之中。法官恣意裁判,相对于受不利影响一方当事人而言,就是裁判结果的不可预测性,因此,也要看到情理在裁判中可能会产生的消极作用。作为具有补强功能的情理在合法性审查中的运用,需要进一步明确如下两点:①法与情理并非对立关系。法不容情,并非不变的箴言。情理入法,有助于制定法实施的正向效果,否则即使达到了制定法实施的目的,那也不是当事人发自内心的臣服,而是借助于外在国家强制力的压服。实际上,“法使情理得以明确化,并赋予其强制力,情理与法决非敌对关系。……法律本是基于情理而定的,所以依据情理,并不必须归结出无视或者轻视法律,两者之间并无逻辑性的关联”。〔51〕②以情理服人,不是简单地以法压人。在中国,个人与国家之间的关系结构完全不同于西方社会,仅用制定法加以调整,有时社会效果并不好,如果添加一种情理,社会效果可能完全相反。如在最高人民法院一个判例中,法院在裁判理由中引入情理进一步补强了合法性审查结论:“己所不欲,勿施于人。东邻少,未必西邻就多。再审申请人认为其宅基地面积被漏登,却将战火烧向与其本无权属争议的

〔49〕 最高人民法院《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》(法发〔2018〕10号)。

〔50〕 (日)贺滋秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新等编,王亚新等译,法律出版社1998年版,第41页。

〔51〕 同上注,第39页。

西邻,终究不是正途。”^[52]类似这样的裁判并不少见。

(二)补强类型

制定法适用作为一个过程可以分为法解释和法裁量。无论是法解释还是法裁量,就结论而言都需要理由论证才能获得合法性支持。行政诉讼作为复审行政机关法适用的结论,无论法院是否支持行政机关,亦是需要说理的。在理由论证过程中,若引入情理补强合法性审查中的制定法,可以进一步提升合法性审查结论的可接受性。

1.解释型补强。一般情况下,制定法需要解释之后才能适用于个案处理。法解释是一种主观性活动,并受解释者价值取向支配,故解释者恣意、任性地解释制定法的情况在所难免。将情理引入法解释过程,要求法解释结论符合情理,可以起到补强合法性审查中制定法的作用。正如有学者所言:“法律解释是一个综合运用解释规则和结果正当性、可接受性两者合一的同一的思辨过程,共同的目的是得出一个正当的结论。”^[53]行政诉讼是对行政机关在个案中首次适用法所作出的结论,由法院对之进行合法性审查,以最终决定该结论是否具有合法性。行政机关在适用法时对制定法在个案中应为何内容已有定论,在对法解释结论进行合法性审查时,法院究竟是以自己的观点取代行政机关解释,还是应当充分尊重行政机关的解释结论,《行政诉讼法》没有明确规定。从合法性审查的逻辑上看,法官以自己的观点取代行政机关法解释结论并无法律障碍,但涉及如科技、风险、环境等行政专业性的问题,且行政机关对法解释往往有面向未来的政策性考量时,法官还得给予行政机关一定的尊重。本文认为,无论哪一种方法或者态度,法解释结论需要情理来补强是合法性审查中不可回避的问题。

如在孙立兴诉天津新技术产业园区劳动人事局工伤认定案中,涉及“工作场所”当作如何解释问题,园区劳动局认为孙立兴的工作场所,商业中心八楼的中力公司办公室,他在受公司负责人指派去北京机场接人,到商业中心停车处的路上摔伤,不属于在“工作场所”受伤。对此,法院认为:“园区劳动局认为孙立兴摔伤地点不属于其工作场所,系将完成工作任务的合理路线排除在工作场所之外,既不符合立法本意,也有悖于生活常识。”^[54]本案中,“生活常识”即为情理,为法院用于否定行政机关对制定法的解释结论。又如在黄金成等25人诉成都市武侯区房管局划分物业管理区域行政纠纷案中,关于物业管理区如何划分问题,相关的法规范比较原则,没有具体标准,对此,法院认为:

被告武侯区房管局实施被诉行政行为时,依据“中央花园清水河片区”建筑物规模较大、分属两个社区、不同时间建设的物业区域相对独立等事实,考虑了业主自主管理的不同愿望、物业区域的配套设施、社区居委会的管理活动等因素。上述事实证明,武侯区房管局实施被诉行政行为的动机,符合法律授予其行政权力的宗旨。被诉行政行为建立在

[52] 臧金凤与安徽省宿州市砀山县人民政府等土地登记纠纷再审案,最高人民法院行政裁定书,(2016)最高法行申2560号。

[53] “‘形式法治与实质法治’研讨会实录”,载姜明安主编:《行政法论丛》(第13卷),法律出版社2011年,第581页。

[54] 孙立兴诉天津新技术产业园区劳动人事局工伤认定案,最高人民法院指导案例40号(2014)。

正当考虑的基础上,行为的内容合乎情理,且具有可行性,符合行政行为合理性原则。^[55]

从上述判例中我们可以发现,对于行政机关法解释的结论,法院在合法性审查中并没有完全就制定法论审查结论,而是引入情理作为补强其合法性审查结论。

2.裁量型补强。现代行政在相当程度上可以称为裁量行政。行政法上,裁量问题是伴随法院对行政行为合法性审查范围之争而产生的,其背后的法理基础是行政权、司法权的性质不同。传统行政法否认法院有权审查行政行为中的裁量问题,即所谓“裁量不审查”原则,但现代行政法已经将审查范围扩大到了裁量领域。

为了实现有效管理,法律通常会赋予行政机关在法定幅度内享有一定的自由裁量权,在此权限范围内,法院原则上不会干涉行政权力的行使。但是面对行政权的日益扩张,为了更好地保护行政相对人的权利,行政诉讼制度逐步向加强对行政自由裁量权的监督和制约的方向发展,在坚持合法性审查原则的前提下,对合法性原则的内涵作了扩大解释,将行政机关因滥用自由裁量权而导致的明显不当的行政行为也作为违法行为。^[56]

为了控制行政机关滥用裁量,现代行政法发展出了说明理由制度作为一种程序性控制机制。也就是说,行政机关作出行政行为涉及裁量时,必须对裁量说明理由。在进入法院合法性审查中,对于行政行为裁量是否具有合法性问题上,法院并不能止于审查行政机关提供的制定法依据,还要求行政机关提供裁量理由。

行政机关的裁量理由需要充分考虑相关因素。这些因素有的是法定的,如在行政处罚中,“初次违法且危害后果轻微并及时改正,可以不予行政处罚”;^[57]有的则是非法定的,如情理。如前所述,符合情理行政行为可以使不利一方当事人产生发自内心的服从,因此,情理在裁量理由中可以补强制定法的合法性。如在一个地方法院判例中,当事人计划外怀孕之后,夫妻俩不是千方百计躲避计划生育主管部门的监管,而是主动到当地计划生育指导站接受检查,因胎盘前置,施行引产手术有一定危险而生育二胎。依情理,当事人主观上显然没有想要计划外生育的主观故意,主动到计划生育指导站接受检查的行为,有求助终止生育之意,只因胎盘前置作罢。但当地计划生育主管部门却未考虑这个情理因素,以法定最高数额对其征收社会抚养费。对此,法院认为:“被上诉人苍南县计划生育局以《浙江省人口与计划生育条例》第49条第(1)项规定的最高数额对上诉人征收社会抚养费,没有考虑上述应当考虑的因素,属滥用职权。”^[58]有时,行政机关在作出行政行为时没有随附理由,进入合法性审查之后,行政机关给出的理由也是语焉不详,那么,法院可以在行政机关提供证据和规范性文件基础上为其提出理由吗?从司法实践看,这样的判例并不少见。之所以法院会这样做,是因为行政诉讼并不完全是主观诉讼,法院作为公共利益保护者,在某些问题上与行政机关一样都是国家治理主体,在

[55] 见前注[37],第531—537页。

[56] 全国人大常委会法制工作委员会行政法室编著:《中华人民共和国行政诉讼法解读》,中国法制出版社2014年版,第20—21页。

[57] 《行政处罚法》第33条。

[58] 浙江省温州市中级人民法院行政判决书,(2003)温行终字第211号。

制定法框架内整理自己的裁判理由,同时也具有支持行政行为合法性的功能,至少在法律效果和社会效果统一的司法政策之下,这是可以接受的。当然,法院在这种情况下作出合法性认定,更需要寻找情理为其合法性补强。

(三)补强限定

法融情理,此为良法的基础。实现“良法善治”,就需要与情理一致的制定法为前提条件。但是,“除了已经融入法律的部分‘情理’外,还有大量的‘情理’存于法外,由于它们比法律更有根本性、原始性,故常被人们引用来抵制某些法律规定”。^[59]因此,在合法性审查中,引入“情理”作为对制定法的补强,需要守住如下若干底线。

1.情理筛选。并非所有的情理都可以成为对合法性审查中的制定法进行补强的材料。在我们日常生活中,有些所谓情理可能是某些地方不符合社会通行价值观的认知,与制定法规范功能、目的相悖,必须排除在用于补强的情理范围之外。也就是说,可选的情理必须与制定法规范功能、目的正向而行,才能达成补强的目的。

2.情理与社会效果。作为最高人民法院的一项司法政策,行政审判要关注法律效果与社会效果统一。将情理作为对合法性审查中制定法的补强,在相当程度上可以提升行政审判的社会效果。但是,行政审判追求社会效果仍然必须在制定法框架内,不能为迎合所谓的“社会效果”而放弃对情理的正当性筛选。

3.情理与不良之法。不良之法大体可分为滞后性法和“恶法”。当情理遇到不良之法时,就产生了是否可以取而代之的问题。如前所述,情理被定位于对合法性审查中制定法的补强,因此,从逻辑上无法导出它有取代不良之法的功能与任务。此时,政策的补充性可以发挥它的功能。

四、结 语

在过去 30 多年的行政诉讼法发展过程中,行政诉讼合法性审查的“法”从规范意义上“依据法律、法规”“参照规章”和“引用规范性文件”,通过法院的审判实践扩展到了宪法、习惯、判例和法原则。基于行政诉讼“解决行政争议”的需要,应当将政策、情理作为对合法性审查中“法”的补充与补强。本文重述合法性审查中的“法”,在相当程度上可以说是对当下行政诉讼实践需求和未来发展趋势所做出的一种学术回应。当然,这个“法定范围”“扩展范围”“补充/补强范围”三层次合法性审查中的“法”范围,客观上并未穷尽所有的“法”,因此,毋宁把它看作是一个面向未来的、开放的体系性构造,可以不断吸纳行政诉讼合法性审查取得的成熟经验。如在所涉社团的行政案件中,社团章程也是合法性审查中的“法”。在吴建敏诉北京市朝阳区残疾人联合会要求报销培训学费案中,《中国残疾人联合会章程》是确定北京市朝阳区残

[59] 范忠信等:《情理法与中国人》(修订版),北京大学出版社 2011 年版,第 26 页。

疾人联合会是否具有行政诉讼被告资格的依据之一。^{〔60〕}然而,社团章程与合法性审查中“法”关系,既不是补充关系,也不是补强关系,而是一种可独立适用关系,需要专题进行研究。

另外,有一个与本文主题相关的问题是,在行政协议纳入行政诉讼受案范围之后,虽然如何处理合约性审查与合法性审查之间的关系并不是本文的重点,但它多少可能会震动在行政协议诉讼中合法性审查的基础:合法性审查中的“法”是否应当融入行政协议之“约”?它在多大意义上可以与“法”通约?这是将来对这个主题作延长线上思考的问题,本文不再展开。

Abstract: The “law” in the legality review in China’s Administrative Litigation Law and judicial interpretations refers to the laws, regulations, rules and normative documents that are used as a basis for judicial review. Due to the limitations of legal norms, judicial practice has extended the “law” in legality review to the Constitution, customs, precedents and principles of laws. Based on the need to resolve administrative disputes, it is necessary to include “policy” and “sentiment and reason” into the scope of “law” in the legality review. From the external perspective of the “law” in the legality review, the policy is taken as the supplement of the “law”; from the internal perspective of the “law” in the legality review, sentiment and reason can also be the supplement to the “law”. On this basis, the restatement of the “law” in the legality review leads to an expanded scope of “law” consisting of “statutory scope”, “extended scope” and “supplementary/reinforcing scope”.

Key Words: Legality Review; Resolution of Administrative Disputes; Policy; Sentiment and Reason

(责任编辑:彭 鐔)

〔60〕 参见最高人民法院行政审判庭编:《中国行政审判案例》(第2卷),中国法制出版社2011年版,案例41。