

# 行政立法的合法性审查探析

江 国 华

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 江国华(1972-), 男, 湖南茶陵人, 武汉大学法学院副教授, 法学博士, 主要从事宪法学研究。

[摘 要] 建立有效的行政立法之合法性审查机制是解决日益严重的行政立法冲突的唯一途径。这种机制之正当性则渊源于正义论等原理和法制等原则。目前, 世界上存在议会审查、司法审查和专门审查等三种合法性审查体制, 就我国而言, 建立全国人大领导下的专门审查机制具有较强的现实可行性。

[关键词] 行政立法; 合法性审查; 程序正义; 恶法非法; 司法审查

[中图分类号] DF611 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2007)05-0705-05

## 一、行政立法“合法性”之含义

### (一)“合法性”及其衍生意义

在社会学语境中,“合法性”概念存在着广义和狭义之分。广义的合法性概念被用于讨论社会的秩序及其规范或规范系统的正当性。比如韦伯认为,“合法性”是由道德、宗教、习惯、惯例和法律等构成的。对此罗兹曾概括说:“韦伯所认为的合法秩序包括这样一些在经验上有效力的规则,它们由于实施方式的差别而分为惯例和法律。”其中,那些由专门人员和机构保证人们遵从的规则是法律,社会自然遵守的规则是惯例<sup>[1]</sup>(第211页)。因此,合法性的基础可以是法律程序,也可以是一定的社会价值或共同体所沿袭的先例。

狭义的合法性概念则主要被用于解释国家的统治类型或政治秩序的正当性。韦伯认为狭义的合法性就是促使人们服从某种命令的动机,故任何群体服从统治者命令的可能性主要依据统治系统的合法化程度,即统治者的合法性要求得到实现的程度。这样,统治的合法性就变成了一个谋取公众认同的技术性问题,而与价值无关。依据这种合法性概念,凡是被公众所相信的、赞同的,能保持大众对他的忠诚和支持的统治,就是合法的统治<sup>[2]</sup>(第269页)。

在法治的过程中,不管是规则的合法性,抑或是统治的合法性,都与合宪性密切相关。因此,只有宪法才是衡量现存规则抑或统治形式之正当性或者合法性的现实标准,正是因为这种标准的存在,现实中的法律或者统治才有可能接受合法性原则的拷问。

### (二)行政立法“合法性”的程序性内涵

从程序的意义而言,行政立法的合法性所强调的是对行政立法过程的控制,大致可以划分为行政立法权限的正当性、程序法定主义和程序的可参与性等三个方面。

首先,在现代立宪政体中,分权主义作用的痕迹随处可见,几乎在政府改革可能涉及的领域都存在

着职能分立与制约的问题。就行政立法体制而言,法治国家不但从立法主体的角度来划分其立法权限,而且还从立法事项或范围方面对立法权限加以划分和规制。根据正当的立法权限原则,任何行政主体都不得行使法律所没有明确授予的立法权,当然也不得超越法律的授权从事立法活动。同时,行政主体必须依法积极、充分地行使宪法和法律赋予的或者其他法定立法主体授予的立法权。立法不作为,即怠于行使法定立法权或行政立法权也是违背正当立法程序的表现。它势必延搁人们对于立法需求之满足,并为其他主体的越权立法埋下隐患。

其次,行政立法必然恪守程序法定主义原则,行政立法程序的正当性,来源于程序的法定性。程序法定主义原则的效力溯及行政立法的整个过程,而且这种约束是刚性的,而不是可有可无的。法定的立法程序是否得到严格的遵守,乃判断立法是否具备正当性的必要条件。而立法者(的立法过程)是否严格、充分地按照法律所规定的程序制定法律,也是衡量立法程序对立法过程是否发生作用的基本指标。如果立法程序仅仅是一种自为的存在,对立法过程产生不了现实的规约作用,我们仍然不能够称其为一项正当的程序,因为它只具有程序的外形,却没有正当程序的实效<sup>[3]</sup>(第 124 页)。

再次,正当的立法程序应当具备民主性要求,而辩论程序和听证程序则是立法程序民主性的标志性内容。其中辩论制度不仅是西方发达国家议会立法的常设制度之一,而且也被行政立法广为沿用。其意义在于“不仅可以增加决策的民主性,而且随着辩论的深入,人们对某一问题的认识也逐步深入,从而使立法决策不断地趋于成熟、理性,更能经得起少数的检验,易于在理性的基础上达成多数共识,为此后法律的运行打下良好的基础。立法听证是保障公众参与立法和确保立法符合民意的重要途径。行政立法主体在立法过程中应当听取相关组织和个人的意见,将这种意见作为行政立法决策的依据或参考,一方面使立法决策合乎民主和尽可能达致科学,另一方面使公众参与到立法中来。

### (三)行政立法“合法性”的实质内涵

行政立法涉及公民权利的保障和义务的分担等实体问题,因此,行政立法之合法性审查也应当溯及立法之实体领域,包括立法内容与立法目的之正当性等。

首先,自古希腊以来源远流长的自然法哲学所主张的法的合法性,所强调的主要就是法的实质合法性,即所谓法的合伦理性。尽管自 19 世纪随着以边沁和奥古斯丁为代表的分学法学派的兴起,法的实质合法性问题受到强烈冲击。“恶法亦法”的论点得到某些支持。但二战结束后,特别是随着纽伦堡和东京大审判的结束,“恶法非法”的理念收到主流学者的支持,曾经一度衰弱的自然法学的得以复兴。法的实质合法性问题重新成为法学论坛上的基本论题。

其次,行政立法内容涉及行政相对人的权利和义务关系,而立法之目的期望通过对不同主体之间的权利义务关系来实现对社会秩序的塑造和人们行为之规约。因此,一项立法在不同主体之间的权利配置和义务分担方面的规定是否合理或公正,以及与其他法律之间的相关规定是否协调,显然也应当是衡量行政立法之合法性的实质性准则<sup>[3]</sup>(第 145 页)。

其三,行政立法目的之正当性也是判断行政立法之合法性的实质性准则。立法目的既是启动和指导立法活动的外在动因,又是决定立法文件的精神品格的内在动因<sup>[3]</sup>(第 133 页)。立法目的的实现程度,即是判断立法成功与否的基本尺度,也是评判立法之实质合法性的核心准则。

## 二、行政立法合法性审查的原理性渊源

### (一)正义论

正义是关于人类基本福利的一些道德规则,“是社会体制的首要价值,正如真理是思想体系的首要价值一样”<sup>[4]</sup>(第 1 页)。因为“正义的主题就是社会的基本结构,或者说得更准确些,就是主要的社会体制分配基本权利与义务和确定社会合作所产生的利益的分配方式”<sup>[4]</sup>(第 5 页)。行政立法作为社会制度的载体和社会利益分配的惯常方式,当然须以正义论为基石。唯其如此,对行政立法实行正当性审查不

仅是必要的,而且完全具有可操作性——作为行政立法审查基准的正义,既具有实质正义的属性,也具有程序正义的特征,但就其本质而言,其与程序正义具有更多的关联性。罗尔斯认为,如果说实质正义是指制度本身的正义的话,那么形式正义则是指对制度和法律公正一贯的执行。在他看来,完善的程序正义是极少见的;不完善的程序正义是常见的,也是需要竭力避免的<sup>[4]</sup>(第234页)。

## (二)人性论

一切社会理论都是以某种形式的有其人性论为基础的,正如同一切人文理论都蕴含着人性的终极关怀一样。法治也不例外,一切法律学说都关注人性论和人性之关怀。法律的合法性审查之所以必要,也正是基于人性恶的逻辑假设。正因为人性是恶的,所以,人类对自身的缺陷就必须给予必要的警惕和规制。就事物的一般性质而言,恶的人性,只能借助于恶的手段来应对;而政府和法制正是这种必要的可或缺的恶。也就是说,非借助于政府和法治的力量,不足以控制人性之缺陷的蔓延和膨胀——如果说,人性之恶如蓄势待发的洪水,那么法治则是严阵以待的大堤。法治无意于消灭人性之恶端,只在意如何防杜人性恶之发作而祸害天下。行政立法权是由人来行使的,人性的缺陷注定立法者存在着滥用行政立法权的高度盖然性。为防止行政权的滥用,防止出台暴虐或者亵渎人类尊严的法律,就有必要对法律进行合法性审查。

## (三)有限理性论

“理性乃是人类所拥有的最为珍贵的秉赋”,但“理性并非万能”<sup>[5]</sup>(第62页),理性的运用是一项审慎的事业,因为人类理性在人类事物中所起的作用是非常有限的——人类事务只是部分地受理性支配,理性的作用绝没有人们通常想象的那么大,人类所取得的一切成就正是他们审慎行事,点滴积累而获得的。“那种认为理性能够成为其自身的主宰并能控制其自身的发展的信念,却有可能摧毁理性”<sup>[5]</sup>(第145页)——自负的理性不但是误导性政治神话的教父,而且也是专制政治的酵素。因为理性的自负会使一些人对自身的认识能力建立起不合时宜的自信,它使人们热衷于建立一个有着明确目标的社会,并努力着组织整个社会及其资源达到这个单一目标。从而忽略了个人目的和个人利益。正如赫尔德林所说:“正是人类要把国家建成天堂的努力,使国家成了人间地狱”<sup>[6]</sup>(第65页)。理性的有限性注定了行政立法的非圆满性。而立法的非圆满性则意味着:既然立法者是人,而不是天使,那么立法者也就当然地具有人的一般属性,包括人所共有的缺陷性或者非圆满性。因此,立法者也可能犯错误,他们所制定的法律也有可能存在着严重的缺陷。为防止这些存在严重缺陷的法律危及公民自由,有必要对行政立法权设置某些限制,并对这些行政立法进行合法性审查和过滤。

# 三、行政立法合法性审查的原则性渊源

## (一)法治原则

法治必须是普遍的,否则,它就形同虚设——法治的普遍性是事物运动过程本身固有的规律之普遍性的反映。所以,人们既不能根据自己的喜好任意创造法律,也不能随心所欲地改造或消灭仍然起作用的法律。法律只能随着客观事物本身的性质、内容和所依赖的客观条件的变化而变化,而且这种变化只能根据公布的法定的程序进行,而不能由人们的主观意志任意改变。法治的普遍性内在地要求:法治社会中的每一个人都有遵守法律的义务,而要求社会成员遵守的法律本身又必须平等地对待每一个人;没有不受法律约束的特殊主体,也没有超越法律之上的特权。因此,立法者的行为及其后果及法律没有理由不接受合法性审查。甚至一切形式的法治都是建立在这样的基础之上的,那就是立法者也接受法的治理——法治对于法律共同体的一切成员都具有同样的约束力。

## (二)分权制衡原则

在历史上,分权制衡思想由来已久。从亚里士多德到洛克和孟德斯鸠,对分权制衡之必要性的认识是一脉相承的。洛克认为,如果立法权和行政权交由同一人或同一机关掌握,就会给人类弱点以极大的

诱惑,促使人们去攫取权力,以使自己不受法律的限制。因此,国家的三种权力应由特殊机关分别掌握。孟德斯鸠将国家权力分为立法权、行政权和司法权,并坚定地认为:“一切有权力的人都容易滥用权力,这是亘古不易的一条经验”;“从事物的性质来说,要防止滥用权力,就必须以权力制约权力。”<sup>[7]</sup>(第 154 页)行政立法权固然与社会发展的内在需要密切相关,但同时它也是行政权膨胀的产物。就其功能而言,它是属于立法权的范畴,但在结构上它却归属于行政权。作为一种功能,行政立法在弥补议会立法之缺漏的同时,也为行政权的扩张提供了巨大的空间,这势必对公民的宪法权利构成潜在的威胁。如果对这样一种重要的却具有潜在威胁的权利缺乏有效的制约机制,那么行政立法不仅将抢占议会立法的固有空间,而且会打破立宪政治所固守的权力结构平衡,动摇宪政体制之根基。

### (三)有限政府原则

立宪政治强调政府的一切行为都必须以人民的权利和福祉为旨归,在执政过程中的任何与人民权利或福祉不相关的考虑都应当被禁止。但是,为着人民的福祉这样一个目的,并不意味着政府就可以为所欲为。鉴于许许多多的政府正是打着为了人民福祉的旗号,对人民实行着精神奴役的事实,有必要强调“即便是为了人民的利益,政府也应当是有所为有所不为”;因为在宪政的意义上,任何政府都只能是有限政府,它没有无所不为的权力;政府在人民福祉方面最明智的作为就是最大可能地提高人民对自我最佳利益,建立有限政府是宪政的首要精神。现代政治制度之所以要以宪法为基础,就是想通过制定宪法的形式为国家权力设定根本的规则,提供合法性来源,规定行使的依据、标准和程序,明确其界限和责任。凡是真正的宪政国家,就必然会在不同程度上接受有限政府原则。而一切接受有限政府的国家都同时也就接受“没有不受限制的权力”之理念。在这种理念的支配下,行政立法的合法性审查不仅是必要的,而且攸关宪政秩序的全局。

## 四、我国行政立法合法性审查体制之修缮

### (一)西方国家行政立法合法性审查体制

以审查主体为标准,西方国家行政立法合法性审查体制大致可分为议会审查、普通法院审查和专门机构审查三种基本类型;其中议会审查监督体制是奉行议会至上原则的国家所采用的立法审查模式,以英国为代表。在这种模式中,议会主要是通过备案、批准和审议等方式对行政立法进行合法性审查;普通法院审查监督体制,主要由法院承担对行政立法的合法性审查职能,以美国为代表。行政立法的司法审查是通过具体的诉讼确立法院管辖权后,对其判决即将适用的行政立法进行审查,而不专门对行政立法的合宪性以及合法性进行审查,也不应对有关部门的要求对行政立法的合宪性或合法性进行解释。美国法院对行政立法的司法审查实行分散审查的制度,各级法院都有审查权,但是,最终的裁决权在联邦最高法院。专门机构审查监督体制是指由议会、普通法院以外的专门机构承担行政立法之合法性审查职能的机制,包括宪法法院、行政法院和宪法委员会等三种专门的审查机构。其中以德国为代表的联邦宪法法院审查体制大致分为抽象审查和具体审查两种形式——抽象审查及对行政立法的有效性进行审查,具体审查是一种附带的合宪性审查。

### (二)我国行政立法审查体制现状

根据我国宪法和立法法的规定,中国现行行政立法审查体制是一种融合议会审查和行政审查为一体的复合审查体制,其审查程序以事后审查为主,事前审查为辅。审查方式包括批准、备案、审查、裁决。从审查主体来看,全国人大常委会有权撤销同宪法和法律相抵触的行政法规;国务院有权改变或者撤销不适当的部门规章和地方政府规章。从审查范围来看,主要涉及行政主体是否依法行使立法权限、是否越权立法、是否滥用职权立法、是否依法定程序立法以及立法内容是否与宪法和上位法相抵触等。

就其现实性而言,我国行政立法审查体制主要存在如下几点弊端:审查组织机构不健全,缺少集中行使立法审查权的专门机构;备案审查制度不完善和审查程序不够完整和严谨等方面的问题。

### (三)我国行政立法合法性审查体制之修缮

首先,设立专门的立法审查机构,并将行政立法纳入该机构的审查范围。在《立法法》出台之前,曾经有一个立法法专家建议稿的课题组提出了在我国建立一专门的立法审查监督机构的设想,即在全国人民代表大会设立立法监督委员会或宪法委员会,该监督机构受全国人大领导,在全国人大闭会期间,受全国人大常委会的领导<sup>[8]</sup>(第30页),从而实现行政立法合法性审查的专门化、规范化和法治化。

其次,完善相应的立法审查程序,包括立法审查启动程序、立法审查裁决实施程序、立法审查执行程序,各项程序中还要具体设置必要的环节、步骤、方式和时限,并对立法审查法律关系主体的程序性权利和义务进行配置。其中立法审查的启动程序是立法审查主体正式实施立法审查活动之前的起始程序;立法审查裁决实施程序是立法审查程序中关键的阶段;立法审查执行程序是由特定的立法审查主体将立法审查结果予以实现的过程。它所解决的是由谁具体宣布以及采取何种形式来宣布和落实审查结果、如何追究立法者或立法审查者的相关责任、立法者对审查结果不服应如何处理等等问题。

其三,在即将修改的行政诉讼法中,增设专门条款,将行政立法行为纳入司法审查的受案范围,以弥补专门审查机制的不足与缺漏。

### [参 考 文 献]

- [1] [德]哈贝马斯. 交往与社会进化[M]. 张树博,译. 重庆:重庆出版社,1989.
- [2] [德]马克斯·韦伯. 经济与社会:上[M]. 北京:商务印书馆,1997.
- [3] 李长喜. 立法质量监测标准研究[C]. 周旺生. 立法学研究:第2卷. 北京:法律出版社,2001.
- [4] 约翰·罗尔斯. 正义论[M]. 北京:中国社会科学出版社,1988.
- [5] [英]哈耶克. 自由秩序原理:上[M]. 北京:三联书店,1999.
- [6] [美]萨托利. 民主新论[M]. 北京:东方出版社,1998.
- [7] [法]孟德斯鸠. 论法的精神:上[M]. 北京:商务印书馆,1982.
- [8] 李步云. 立法法研究[M]. 长沙:湖南人民出版社,1998.

(责任编辑 车 英)

## Examining on Validity of Administrative Legislation

JIANG Guohua

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

**Biography:** JIANG Guohua(1972-), male, Doctor & Associate professor, Wahan University Law School, majoring in constitutional law.

**Abstract:** It is the only practicable solution to the conflicts between the administrative legislative legislation to establish an effective legal review mechanism of administrative legislation, which originates from the principles such as justice theory, legal system and etc.. So far legal review mechanisms of the administrative legislation that have appeared in the history are parliamentary review, judicial review and special review. Considering the special situation in our country's constitutional system, there is a little probability of establishing a special review mechanism led by the National People's Congress.

**Key words:** administrative legislation; legal review; the procedure justice; evil law's illegal; judicial review