

# 行政规范性文件审查制度的规范建构 ——以劣迹艺人“封杀令”为例

董正爱, 郑淑裕

(重庆大学 法学院, 重庆 400044)

**[摘要]**修改后的《行政诉讼法》明确将行政规范性文件纳入司法审查范围, 确立了以司法权制衡行政权的基本框架, 但实践中审查标准的模糊甚至冲突使得许多规范性文件并未能进入合法性审查程序, 即使进入也并未认定为违法。这与规范性文件备案审查制度设计的初衷相悖, 为此在加强司法监督的同时, 需重新定义提起司法审查的适格主体、放宽审查范围; 同时进一步矫正与完善行政自我审查, 从制定伊始即寻求内部审查与外部监督。该文结合我国现有制度经验, 以期有效提升规范性文件审查力度, 为社会事务的管理提供正当的法律约束力。

**[关键词]**行政规范性文件; 司法审查; 劣迹艺人; 审查标准

doi:10.3969/j.issn.1673-9477.2022.01.015

[中图分类号] D912.1

[文献标识码] A

[文章编号] 1673-9477(2022)01-093-06

在目前行政立法供给有限的背景之下, 行政机关往往以制定规范性文件的形式保障政府行政管理工作的顺利开展。以国家新闻出版广电总局(现为国家广播电视台总局)2014年发布的“封杀令”<sup>①</sup>为例, 其出台旨在通过对“劣迹”艺人工资格的限制、参演作品的限播, 降低“劣迹”艺人吸毒、嫖娼等违法行为可能对公众, 特别是未成年人的负面影响, 这使得“封杀”行为得到了舆论的支持。但另一方面, “封杀令”的法律性质在学界引发争议: 公权力机关为抽象的公共利益而限制或剥夺个人的从业可能及声誉权益, 这不仅是公权力对个体权益的僭越, 也与我国的宪法精神相悖。

自“封杀令”颁布以来, 因其受到调整的艺人规模不断扩大, 2020年11月国家广播电视台总局还针对网络直播等相关活动印发文件<sup>②</sup>以进一步强调对劣迹艺人的约束。相较于行政机关的积极回应, 相关学术探讨尚且不多, 对“封杀令”的性质及其内容也只能从有限的领域提供研究的路径, 其中褚宸舸教授(2015)从合宪性角度出发, 探讨封杀令对艺人就业权的限制<sup>[1]</sup>; 陈凯明教授(2017)以“封杀令”为例, 探讨公权力在行使中可能存在的问题, 并分析了“封杀令”存在合法性缺失与合理性不足的问题<sup>[2]</sup>, 张应鹏(2017)在文章中提出对于“封杀令”这类侵犯相对人合法权益的规范性文件, 应从监管机制入手在行政机关的事前审查阶段构建一套合法性审查标准。

上述讨论尽管结合了行政法及其基本原则进行分析, 但并未将规范性文件置于司法审查制度的框架之下, 相关审查制度的研究论文中, 也仅着眼于规范解释与制度建构, 未能从具体素材中分析我国审

查制度的特征及内在行政权与司法权的关联性。本文从劣迹艺人管制所依从的规范性文件入手, 分析规范性文件在审查管理过程中所存在的缺失, 进而分析规范性文件既有审查的局限: 如何保障规范性文件能够被识别进入司法审查程序; 如何保障受到影响的行政相对人能够对规范性文件提出异议; 倘若司法无法从事后保障规范性文件的合法性, 是否能保障行政自我审查的有效行使。

## 一、“封杀令”文件及行为性质的行政法分析

国家新闻出版广电总局办公厅于2014年下发的《关于加强有关广播电视台节目、影视剧和网络视听节目制作传播管理的通知》, 其目的在于通过规范广播电视台播出机构来限制吸毒、嫖娼艺人及其作品的传播, 以避免在青少年成长过程中可能产生的不利影响。但广电总局以此文件对艺人的违法犯罪行为做出行政处罚尚无合法的法律依据, 仅仅是舆论引导下的道德审判, 当规范性文件本身难言“规范性”, 又何谈实现其所预设的法律效果。

### (一) “封杀令”的性质探究

“封杀令”其文种为通知, 颁布的时间点具有其特定的背景和目的, 是在个别编剧、演员等广播影视从业人员频繁因吸毒、嫖娼受到公安机关查处的情况下, 由广电总局办公厅所发布的一项紧急公文。广电总局作为人民政府及其工作部门的内设机构,

①《关于加强有关广播电视台节目、影视剧和网络视听节目制作传播管理的通知》, 下文简称“封杀令”。

②《关于加强网络秀场直播和电商直播管理的通知》。

[投稿日期] 2022-02-15

[基金项目] 重庆市研究生科研创新项目(编号: NO. CYS21051); 中央高校基本科研业务费“新时代重大法治问题研究”(编号: NO. 2019CDSKXYFX0040)

[作者简介] 董正爱(1983-), 男, 山东即墨人, 博士, 教授, 研究方向: 环境与资源保护法学。

无独立法律地位,无权对外行使职权,因而“封杀令”仅作为具有内部效力的法律文件而非抽象行政行为。但规范性文件内容中所列举的“不得邀请和炒作吸毒、嫖娼等违法犯罪行为者;不得传播其参与的节目”又使规范性文件的适用对劣迹艺人及其权利义务产生了直接的利害影响,这一外部化的特点正是行政行为的表现形式。

依行政法的一般性理论,凡是针对特定相对人设定权利义务的行政作用,此行政权的运用归为具体行政行为;与具体行政行为相对的概念是抽象行政行为,即行政主体运用行政权,针对不特定对象所做的行政作用<sup>[3]</sup>。结合“封杀令”的内容而言,其规范对象起初是限于有吸毒、嫖娼等违法行为的编剧、导演、演员等广播影视从业人员,但就“封杀令”生效后的适用效果来看,其相对人的适用范围有逐步扩大的趋势,学术不端、偷税漏税也成为其规范影响的对象;且在反复适用的过程中,不仅仅约束“封杀令”生效前的各类劣迹艺人,对于其后被证实具有违法犯罪行为的艺人同样具有普遍性的约束效力,因而属于规范性文件范畴。

作为行政执法所直接适用的规范性文件,其内容必然涉及对行政相对人权利的剥夺限制以及法律义务的强制履行,因而有必要对其适用对象及效力范围加以明确,规范性文件审查的首要判断标准即制定的合法性,除制发主体及程序外,还应对其内容做出“规范性”的分析。

## (二)“封杀行为”中公益与私益之辩

行政法律关系作为行政职能实现过程中受其影响的各类社会关系,由三要素组成:主体、客体与内容<sup>[4]</sup>。具体到行政法律关系中,其权力主体恒定,是也只可能是行政主体,这是行政法律关系判定的基本特征。但对行政相对人的认定需要明确,广电总局的调整对象并非直接针对实施违法犯罪行为的劣迹艺人,而是要求各级广播电视台播出机构、各级有线电视网络公司、网络视听节目服务机构和各电影院线等广电总局的下属机构和其他广播影视节目传播的组织终止与劣迹艺人开展相关影视活动、暂停播放其作品与影视节目,而受直接影响的劣迹艺人实为受到间接约束的第三人。

广电总局作为行政主体对行政相对人及利害关系人的管理和发布命令的行为,其目的在于塑造一个风清气正的社会环境以及德艺双馨的公众楷模,这是对公共利益维护的深切考量。作为行政法律关系的客体,对公共利益的维护具有其必然性,面对社会、环境等福祉,对劣迹艺人行为的规范具有普惠大众的正面意义,个人利益的实现往往建立在公共利益得到最大化满足的前提下,这成为“封杀令”正当性的最佳辩护理由。行政事务与社会利益的复杂化使我们更倾向于仰赖政府的力量以解决社会经济和对福利的保障问题,这使得我们的政府日渐庞大,在享有国家强制力的同时,掌控着对社会资源的排他性

支配力量<sup>[5]</sup>。对行政权扩张的忌惮可以追溯至孟德斯鸠:“一切有权力的人都容易滥用权力,这是一条千古不易的真理,这种滥用一直到权力受到限制为止”<sup>[6]</sup>。当他人权利受到侵犯时,应警觉于行政权的扩张范围,倘若假借公共利益之名而对个人权利底线进行践踏,这是现代国家行政法所不予认可的。

在封杀过程中艺人进行平等就业、艺术创作,影视作品制作方的期待利益都赤裸裸地暴露在权力约束的场域中。可见“封杀令”的存在过程势必伴随公共利益与私人利益间的博弈,正如勒内·达维所说:“把公共利益和私人利益放在同一天秤上是无法保持平衡的”,但公共利益也并非处在绝对优先的地位。诚然,国家在出于对公共利益与其他价值的考量下会对公民的基本权利予以干预,但公共利益的认定应该建立在国家发展的不同时期,在法治健全且制度规范化极高的当代,公共利益已不再需要以基本权利的让步为代价进行保护,对个人利益的损害也应遵循行政法的基本原则。

## 二、行政规范性文件审查模式之局限

不同于行政法规与规章对制定主体的严格限制,诸如“封杀令”这类行政规范性文件的制定主体为行政机关与被授权组织,其虽无“法”的特征,但在实践中行政机关一般将其作为具体行政行为的直接依据,在弥补法律规范的不足等方面发挥着无可替代的积极作用<sup>[7]</sup>。其存在弥补了社会发展进程中法律在行政管理角色上的缺失,同时其规范范围的广泛性也成为了行政主体行使公权力的依据。我国的行政体制也注定了行政规范性文件的不可替代性,从中央到地方的行政管理正是依靠行政规范性文件来传达政令,并依本地区实际情况以及执法经验对于上位法进行细化,但管理的缺失也是其一大弊端。因此,如何规范限制行政规范性文件使其严格依照法律进行就成为了法治政府建设的重要内容。

### (一)行政合法性审核制度的缺失

行政合法性原则要求行政权的行使必须依据法律、符合法律,不得与法律相抵触,对公民权利的限制必须保留由立法机关来进行,回看“封杀令”的出台,其确实发挥了规范艺人行为的效用,达到了以儆效尤的警示作用,营造了良好的从业氛围,但我们也必须正视这一“封杀”行为缺乏法律规制。在我国,行政合法性原则作为行政法的重要原则之一是行政主体行使行政权力的基本遵循,行政机关制定的行政法规与规章应依据宪法、法律的基本精神,遵循法律优先原则,与上位法相抵触的部分,属无效条款,应予修正。

“封杀令”对劣迹艺人就业权的制约违反了我国《宪法》第四十二条的规定“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务”。这一规定的主要目的在于希望公民以自己的努力谋取财富,使人格与精神得到自由的发展,同时《劳动法》第三条也对劳动者做出承诺与保

障,“劳动者享有平等就业、选择职业、取得劳动报酬的权利”。可见我国充分保障公民平等就业、自主择业的自由。而相比起有犯罪前科的公民在制裁措施之后还有平等就业的权利<sup>①</sup>,“封杀令”对于劣迹艺人就业权的规定超越了法律调整的必要限度,也与我国人权保障的初衷背道而驰,使得人权的保障处于易受侵犯且需受制约的两难矛盾状态之中。

同时由于劣迹艺人的涉毒、涉黄行为也给影视出品方造成了毁灭性打击。影视作品往往是由涉事艺人、团队及其他主体共同参与制作,“封杀令”所限制的也正是其演播权,这在一定程度上借以维护公共利益的名义损害了除艺人以外的其他众多行政相对人的合法权益,是对公民私有财产权的侵犯。这类问题的出现,反映出规范性文件审查制度中合法性审核的缺失,规范性文件司法审查程序的启动首先应当通过合法性审查,以排除其中可能存在的违法或明显不合理的内容<sup>[8]</sup>,而“封杀令”这类与宪法基本精神相违背的规范性文件的出台,使行政管理职能的履行丧失了合法性依托。

## (二)制定权限监管制度的不足

合理行政原则要求行政主体的行政行为不仅要符合既有的法律规定,且在社会事务的处理中其自由裁量权的行使应符合人民的朴素情感。在2004年所发布的《全面推进依法行政实施纲要》中,对行政机关的职能活动做出符合“比例原则”的要求,即“行政主体为实现预期目的所采取的手段必须必要且适当”“应选择对相对人或利害关系人的权益无损害或损害最小的方式”,即需要从动态的视角理解具体行政职责在不同层级行政机关间的分配<sup>[9]</sup>,而“封杀令”作为广电总局降低劣迹艺人社会影响力手段,其内容的设定超越应有权限。

规范性文件的制定权限可包含两个维度,首先,管理的宽度未受约束,在适用对象上未做明显的区分。对于艺人的威慑、规范并未考虑其心理和行为状态,仅划定一条红线进行约束,这种一把抓的调整手段,对于仅仅违反治安管理处罚法的艺人来说,违法的成本与行为之间严重不成比例,直接利害关系人对于这种处理结果难免心存质疑。与此同时,一些道德问题的负面影响可能远高于违法犯罪行为所造成的影响,就社会危害性而言,吸毒嫖娼虽属于违法行为,但其危害度比之刑事犯罪而言较低;而对于范冰冰偷税事件,虽然还未达到刑事处罚的标准,但其事件对司法机关公信力所造成的影响也不亚于已受到“封杀令”处罚的劣迹艺人。既然艺人的违法行为损害行业形象、败坏社会风气即应受到封杀,那么任由那些“道德败坏”艺人给社会造成不利影响而处罚程度并无分别,便违反了实质公平<sup>[10]</sup>,公民的不信服感正源与此。

其次,管理的限度未予明确,“封杀令”对劣迹艺人“行业禁入”的处罚并未做出时限限制,仅通过国家强制力快速、简单地阻止艺人在公众荧幕上的出

现,以至其在个案中实施期限的长短完全取决于广电总局的主观意愿,这一自由裁量权的肆意行使,使得市场主体所遭受的损失与“封杀令”所欲达成的目的间处于一种明显不合理的关系,这与“最小侵害”的精神相背离,有违比例原则的要求。此类规定在内容上满足上位法的明确规定,符合机械性的合法性审查需要,但在具体执行中却切实影响了相对人的合法权益。在行政争议中处于弱势的行政相对人,面对规范性文件自我纠正程序所天然具有的局限性,需要外部力量防止行政监管职能可能的滥用与扩张,在个案中给予行政相对人有效的救济。

## (三)行政规制范围的无序扩张

行政规范性文件是行政机关参与社会治理的有效途径,功能各异的行政规范性文件为法律规制空白的领域提供了可操作性依据,但在处理公民事务中,他律性惩戒的设定不具有普适性,一味的法律约束并不能提高社会治理的有效性。陈新民教授在其著作中提出,一个法律规范的制定及修正往往旷日费时,不易迅速调适社会之进步……(其中)进步迅速之事项例如科技性及财政、金融等专业性质之事项,不如交由行政机关以行政立法来规范较为妥适<sup>[11]</sup>。行政法体系中有相应的行政法典、行政执法制度以及具体的行政行为,三者可将行政法治予以贯通,因而规范性文件仅作为整个法治体系的补充,如若上位行政法律规范或市场、社会可自我调节,则无须制定行政规范性文件。但遗憾的是,在对劣迹艺人的管理或是紧急情况的应对中,尽管规范性文件的制定具有正当性,但也反映出了行政万能的倾向,在特定领域任由行政权逾越司法而干预公民财产或人身自由,这对行政法治的危害极大,也使行政权力处于失控的边缘。

对比国外处置劣迹艺人的相关经验,我国面临此类道德问题的管理更多的是以一种低姿态进行回应:由市场出面,对涉事艺人进行淘汰选择,以此代替政府调控。试图在行政法中,以设定具体的权利义务来提高整个社会道德文明水平的做法是不切实际的,体现在“封杀令”中,即以过度的道德约束将社会整体倾向于价值一元化。现代行政法发展的重要趋向应是多元主体共治,“与传统的政府独享监管权模式所不同的是,新时代的监管越来越强调协同性与集成性,这离不开政府之外社会组织、行业协会、第三方专业机构和市场主体的积极参与、支持和配合”<sup>[12]</sup>。因此在行政管理初期应意识到行政权力可能产生的无序性,辅以司法监督外,更应对其规范领域进行划定,当强制性公权力无法解决现有问题时,有必要考量以行业自律“延长”监管<sup>[13]</sup>。

<sup>①</sup>《禁毒法》第五十二条规定:“戒毒人员在入学、就业、享受社会保障等方面不受歧视。”

### 三、行政规范性文件审查制度的完善构想

“封杀令”的制定是行政权扩张背景下,以规范媒体环境的初衷,对行政相对人合法权益的侵犯,其发表不仅是规范性文件制定程序审查环节的缺失,更是立法、行政、司法权力的不平衡及司法监督的缺席。为避免此后行政规范性文件出现此类合法性不足、合理性缺失的情形,应从行政与司法两个维度,对规范性文件的制发做出审查;从内部行政自我审查入手,由外部司法审查给予瑕疵规范性文件以补救。

#### (一) 行政与司法相结合的二元审查制度构建

由于法院审查监督的中立性与独立性上存有质疑,在反馈和公开机制上透明度不够,备案审查往往借由内部沟通协调完成,易使制度虚化。行政规范性文件审查制度的建立,不仅仅在于发挥其对行政相对人权利的保障作用,更是行政权与司法权的有机结合。人民对于服务型政府的需要,正不断给政府增添新的任务,也给其行政权的扩张提供了正当性的基础,面对行政权可能的滥用,将规范性文件纳入审查范围是司法权对其制约的体现。在司法审查制度比较完善的国家,“其法院可以直接对抽象的、有约束力的规定进行审查……(甚至)可以直接撤销具有普遍约束力的命令”<sup>[14]</sup>。但在我国受到法院专门知识及案件数量的限制,无法使审查范围与审查强度保持正相关的态势,对规范性文件的审查,司法手段所提供的监督只是一种被动手段,在行政案件中法院保持谦抑性。

但为使规范性文件的审查兼具合法与合理性,就不得不要求行政机关对规范性文件先期履行监管职责以弥补司法监督的被动性,在司法提供最终监督救济的同时,给行政机关提供自我纠错的机会<sup>[15]</sup>。在保障行政自主性与专业性的同时,有效利用司法资源,减少司法权对行政权的干预是强化和完善我国规范性文件审查的关键,因此,构建行政机关制定程序与司法机关审查规范相结合的二元制度,可为行政规范性文件的正当性提供保障。

#### (二) 确立规范性文件自我审查前置程序

符合法定程序的行政行为具有实质上的法律约束力,而作为其依据的行政规范性文件更需严守程序底线。行政机关在行政管理的过程中,要求其符合宪法、法律所赋予的职责权限,并在职权范围内制定规范性文件。随着民主法治观念逐渐深入人心,我们不仅要求行政规范性文件的制定符合合法性的要求,我们更是提出其应满足“正当性”的要求。行政规范性文件关乎公民与国家的关系,是行政机关对公民权利义务分配的依据,其可接受程度的高低决定了公民对国家的认同感。应从两个维度确立规范性文件自我审查前置的程序。

##### 1. 行政程序规则及其应用简化

在应对紧急情况中出现的规范性文件乱象,正是规范性文件审查中的不完备之处,其井喷式增加

以及行政万能倾向对具体行政行为及执法行为的正当性构成威胁。规范性文件是一个社会法治规范化建构的基石,其制定程序的规范化对行政权行使过程中所追求的正当性价值起着决定性的作用,依靠司法审查的事后监督,可能已产生了诸多错误或违法的执法行为与具体行政行为。

出于对新兴领域监管的紧急性或突发事件应对的考量,规范性文件从动议到颁布全过程可能仅需数天,这其中或是简化了公众参与的程序,或是简化了专家论证的程序,甚至有的简化了法定的听证程序。行政法治所强调的程序意识尽管会使效率丧失,使行政治理与社会治理趋于繁复,但一味强调行政管理的主动性与灵活性的同时,对于公民的权益也是一种破坏<sup>[16]</sup>。基于事件突发性与紧急性,在无法保证一般性制定程序的规范履行下,环节的简化应更有赖于行政机关内部对关键性内容的评估,并非对制定速度快予以诟病,而是对关键环境的缺失进行批判。

鉴于行政机关在规范文件的制定中难免因出于对自身利益的考量而忽视对公众利益的保护,因此除司法审查这一外在监督手段外,规范性文件的制定过程也应融入公众监督。一味要求所有文件都履行听证论证程序、向公众征求意见,对行政效率原则也是一种违背。对此可以采用复合性审查模式<sup>[17]</sup>,在规范性文件制定阶段进行区分,倘若对公众权利义务造成了影响,属于行政创制性文件,则在制定程序中必须保障公众参与,使行政相对人充分表达自身见解;而对于行政解释性文件,关注的重点即在于合法性要件是否满足,行政裁量权是否恰当行使。

##### 2. 备案审查制度的落实

作为具有中国特色的宪法法律监督制度,国家机关通过将其制定的规范性文件依法定期限和程序报送法定机关备案,纠正或撤销与上位法抵触或不适当的规范性文件以维护法制统一<sup>[18]</sup>。其中涉及行政机关内部进行备案的行政规范性文件是由省级政府以外的各级人民政府的工作部门或法律法规授权的组织制定,依其省份的不同,审查的范围也有所区别,是否进行主动审查也各有差异。

限于人力资源与能力的限制,目前对于规范性文件内容是否适当的认定无法保证“有备必审”,这使得“不恰当、不合理、不公平”的规范性文件只有在实际运行后,由公民、法人和其他组织提出审查申请才得以纠正,但这已对行政相对人的利益造成了实质性的损害。而其后针对已审查规范性文件的纠错机制也无法保证监督功效的完整发挥,作为制定机关与备案机关间的缓冲程序,大部分省份所发布的备案审查情况通报仅具有宏观意义上的指导作用,除落实国务院“放管服”改革内容外,实质应修改或废止的行政规范性文件,后续也无纠错结果的公示<sup>[19]</sup>。

能够发挥行政机关内部对法律规范监督的制度在实践中却无法回应法律控制的现实需求,这需要备案审查制度从一开始就将审查范围有重点地扩大

至全面审查,在保证前端制定程序合法性评估顺利进行的前提下,逐步实现对于规范性文件的“有备必审”。纠错机制作为备案审查制度监督职能是否能够发挥的关键,受到行政机关内部监督中立性缺失的掣肘,除以更为严格的措施审查规范性文件制发的乱象,更应对备案审查工作进展情况进行监督,公示纠错建议落实情况。

### (三) 规范性文件司法审查制度的应然表达

行政规范性文件作为行政行为的重要依据,具有不可替代性。相较于上位法,其规定更为明确、可操作性强,出于对其弊端改善的考量,2018年的《行政诉讼法》司法解释,除规范性文件的司法审查外,还包括备案审查与复议审查,这明确了审查体系中司法机关的任务:在对具体行政行为的审查中,判断规范性文件的合法性<sup>[20]</sup>。这也对审查限度做出了限定,尊重行政权力的行使,在没有不合法情形时需要承认规范性文件的合法地位;在证明司法主张的优越性时,应提供充分的论证。

#### 1. 启动主体应增设第三人

依照现行《行政诉讼法》第五十三条,可在行政诉讼中对于相关文件提出附带审查的主体包括公民、法人、其他组织,但对于与被诉行政行为或受案件裁判结果影响的诉讼参加人是否具有诉讼主体资格,还未有定论。行政规范性文件能受到司法审查的前提是行政相对人在提起行政诉讼时认为其依据不合法而顺带提出的附带审查,这就产生了“封杀令”所带来的问题:作为原告,利益直接受到行政行为影响但身份却非行政相对人,无权提起行政诉讼因而无法主张自己的合法权益。

实践中一些规范性文件往往从制定之初就已经对相关人合法权益产生侵害,却迫于无具体行政行为侵害具体利益而使合法权益无从救济。基于司法审查制度设置的初衷即在于发挥司法及公众对行政权的监督作用,因而有必要赋予第三人以司法审查的启动权。限于行政诉讼启动主体的范围,可以考虑在第三人进入诉讼程序后赋予其提请审查的权利,更好地加强对相对人权益的保障<sup>[21]</sup>。

#### 2. 加强司法建议履行的实效性

依据2018年《行政诉讼法》司法解释的规定,法院对于行政规范性文件的司法审查仅限于在个案范围内审查规范性文件是否能够作为行政行为合法性的依据,而对规范性文件自身的效力问题则通过向制定机关提出司法建议。作为不具有强制力的法律文书,这也产生一类问题:即是否采纳完全取决于行政机关的决定,这严重降低了司法权的制约和监督功效,削弱了司法建议履行的实效性。

因此,可以考虑建立司法建议反馈体系。我国大多数的行政案件由基层法院管辖,而所附带审查的规范性文件往往是由上级行政机关乃至国家部委、省级政府制定,在中国这一类注重行政级别对应的国家,当法院就审理的案件审查规范性文件时,还

应当听取制定机关的意见<sup>①</sup>,这可能会对法官带来审查压力<sup>[22]</sup>。因此在面临基层法院审查相关政府制定的规范性文件时,由基层法院向制定机关提出纠正建议的同时,向上级人民政府抄送司法建议,这样更有利司法建议履行情况的监督。同时制定机关的反馈也同样重要,倘若其迟迟不予解决,同样也违背了规范性文件审查的初衷,这就需要建立行政机关回应机制,并逐步探索人民法院的独立处分权限<sup>[23]</sup>。

在法院针对行政规范性文件的全部或部分条款提出的建议书中,其内容应更为规范具体化:如在司法建议中可对于条款的废止、失效、暂停使用等进行更为明确细致的区分,这就要求法官具有相关的专业素养。同时,由于主办法官提出司法建议并无相应制度提供保障,往往碍于情面而怠于行使此项权利,因此,裁判文书中应附有相关规范性文件制定通过时的听证会报告,由主办法官释明规范性文件的审查情况,在政府及法院信息平台公开,以促进法院和主办法官及时履行该义务。

#### 3. 审查范围应扩大至规章

在司法审查范围上,我国的规定相比于司法审查制度成熟的欧美各国,显得较为原则化,依据行政诉讼法第53条规定,可提请一并审查的对象仅限于国务院部门制定的行政规范性文件和地方人民政府及其部门制定的行政规范性文件两类,但这一规定使得法规与规章被排除在外。法规由于其制定程序严谨,往往不会存在有违既定法律的情形,即便确有错误,受到地方人大监督的下位法院也无权对此提请司法审查,而应交由全国人民代表大会专门委员会审查。

对于规章,由于其需要由下位规范进行细化才能更具有可操作性,出于正当性的要求,法院的附带审查往往绕过规章,针对其下位规范进行附带审查。这一制度设计在实践中存在着识别的难题,仅2018年所涉及的行政规范性文件司法审查的案件中,就有72份案件因其未被识别为规范性文件而未能进入合法性审查程序<sup>[24]</sup>。这其中也不乏存在与上位法相抵触、损害公民权益的事实的存在,这一批未得到有效监管的文件,除因规范性文件自身的复杂特性外,法院对规范性文件审查标准的限制性也造成了此种情形的反复出现。司法审查的有限性并不意味着对于对象的简单分级,在对政策问题回避的考量下也应对审查的有限性进行论证,适时考量将司法审查的范围逐步扩展至规章。

## 四、结语

行政机关出于公共管理的需要而制定行政规范性文件,其初衷无可厚非,也确实在实施中有其独到的优势。但诸如“封杀令”这类支持与反对之声并存的规范性文件,尽管其外在形式符合规范要求,但其

<sup>①</sup>《行政诉讼法(解释)》第147条规定,法院在规范性文件附带审查时,应当听取规范性文件制定机关意见。

实质并不完全正当,尽管新《行政诉讼法》对此类抽象行政行为的审查做出了规定,但司法审查也只是有限审查,在保持司法谦抑性的同时,应保证行政自我审查中合法性与合理性的兼备。规范性审查不仅是诉讼的一个流程,更是司法权对行政权的监督,正是行政权与司法权在具体制度层面的相互调和,才能保证行政审查的深度。以期行政规范性文件能在未来的制定与审查中摆脱困境,保障行政相对人及其利害关系人的权益,行政权的行使能更为规范合理。

### 参考文献

- [1]褚宸舸.“封杀”吸毒艺人的合宪性审查研究[J].浙江社会科学,2015(11):54-61.
- [2]陈凯明.公权力推进精神文明建设的误区和纠正[J].南京工程学院学报,2017(01):18-22.
- [3]姜明安.行政法与行政诉讼法[M].北京:北京大学出版社,2015:151-174.
- [4]罗豪才.行政法学[M].北京:中央广播电视台大学出版社,2010:22-25.
- [5]刘雨嫣.论行政权的扩张与谦抑性[J].华北水利水电大学学报,2017(02):95-99.
- [6]孟德斯鸠.论法的精神(上)[M].北京:商务印书馆,1961:154.
- [7]黄学贤.行政规范性文件司法审查的规则嬗变及其完善[J].苏州大学学报(哲学社会科学版),2017,38(02):73-85.
- [8]陈德琼.构建行政规范性文件监管制度体系的实践与思考[J].中国司法,2021(04):64-71.
- [9]陈德敏,谢忠洲.论行政公益诉讼中“不履行法定职责”之认定[J].湖南师范大学社会科学学报,2020,49(01):54-62.
- [10]张应鹏.论规范性文件合法性审查标准——以广电总局“封杀劣迹艺人”为例[J].广播电视台大学学报(哲学社会科学版),2017(01):21-26.
- [11]陈新民.中国行政法学原理[M].北京:中国政法大学出版社,2002:114.
- [12]章志远.监管新政与行政法学的理论回应[J].东方法学,2020(05):66-74.
- [13]王天楠.国家治理视阈下政府监管与行业自律互助互补的基础与路径[J].天津行政学院学报,2020,22(04):3-11.
- [14]江必新,耿宝建.法院对政府行政决定的合法性审查——第十届最高人民法院国际协会大会综述[J].行政法学研究,2010(03):136-139.
- [15]张浪.论司法审查中谦抑与能动的共治——兼论对行政规范性文件的审查[J].苏州大学学报(哲学社会科学版),2012,33(05):79-86.
- [16]朱宜平,杨勇,印晓虎.浅议突发应急事件中行政规范性文件制定[J].中国司法,2020(12):45-50.
- [17]沈开举,任佳艺.行政规范性文件附带司法审查的实现机制研究——美国经验与中国探索[J].湖北社会科学,2018(09):139-146.
- [18]朱最新,徐洁莹.论功能视角下规范性文件备案审查标准体系的完善[J].政法学刊,2021,38(03):35-41.
- [19]薛小蕙.地方行政规范性文件备案审查制度的文本分析[J].河南财经政法大学学报,2019,34(05):22-31.
- [20]李稷民.论我国行政规范性文件司法审查的构造——解读2018年《行政诉讼法》司法解释带来的变革[J].学习与探索,2019(01):67-74.
- [21]许国祥,李劲.规范性文件附带审查制度研究[J].行政与法,2019(06):21-29.
- [22]王春业.规范性文件附带审查听取意见制度探析——兼评《〈行政诉讼法〉解释》第147条[J].黑龙江社会科学,2020(03):93-98.
- [23]卢育兰.行政规范性文件司法审查问题探讨——基于新《行政诉讼法》第53条的有关思考[J].福州党校学报,2018(05):39-41.
- [24]王春业.论规范性文件一并审查制度的实践偏离与校正——以907个案例为研究样本[J].浙江大学学报(人文社会科学版),2021,51(01):81-94.

[责任编辑 李瑞萍]

## The Normalized Construction of Review System of Administrative Normative Documents: A Case Study on the Ban of Tainted Stars

DONG Zheng-ai, ZHENG Shuyu

(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, China)

**Abstract:** Administrative normative documents have been added to the scope of judicial review in the revised “Administrative Litigation Law”, which establishes the basic framework wherein administrative power is checked and balanced by jurisdiction. In practice, however, many normative documents fail to be included in the procedure of judicial review due to the ambiguous and contradictory reviewing standards. Even though they are reviewed, these documents are usually not identified as illegal ones. This is contrary to the original intention of the design of the normative document filing and reviewing system. For this reason, on the one hand, judicial supervision should be strengthened. On the other hand, the qualified parties that can initiate judicial review need to be redefined and the scope of review ought to be expanded. Meanwhile, administrative self-examination should be further improved via internal review and external supervision at the initial stage. This paper, based on current-system experience in China, expects to enhance the reviewing validity of normative documents effectively, so that proper legal binding force can be applied to the administration of social affairs.

**Key Words:** administrative normative documents;judicial review;tainted stars;reviewing standards