

中国首例公民状告政府行政“立法”不作为案之我见 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_B8_AD_E5_9B_BD_E9_A6_96_E4_c122_484374.htm

【摘要】本文是对中国首例公民状告政府行政“立法”不作为案的简要评论。

笔者认为，此案具有重要的理论意义和实践意义，并从该案引申出抽象行政行为的救济这一重要理论问题，就此提出了抽象行政不作为现实不可诉，只能通过其他途径寻求救济的观点。

【关键词】抽象行政不作为 规范性文件 行政复议 立法救济

一、案情介绍 2002年5月，江苏省南京市美亭化工厂（位于江宁区东山镇，下称化工厂）厂长杨春庭接到江宁区建设局下属部门??科学园发展公司的拆迁通知，双方因分歧太大未能达成拆迁补偿协议，杨春庭只好依法向区建设局提起行政裁决申请。同年7月31日，江宁区建设局依据1996年制定的《江宁县城镇房屋拆迁管理暂行办法》（下称《暂行办法》），裁决科学园发展公司给予化工厂拆迁补偿安置费用135万余元。区建设局依据的《暂行办法》，是在1996年依据南京市的拆迁办法制定的。2000年3月，南京市已制定了新的拆迁办法，同时废止1996年的拆迁办法。2001年11月南京市又制定了新的拆迁办法并颁布实施，而江宁区政府却一直坚持沿用7年前的《暂行办法》。按南京市2001年的拆迁办法核算，应补偿化工厂447万元；按南京市2000年的拆迁办法，应补偿303万元；而按江宁区1996年的《暂行办法》，却只须补偿135万元。对于区建设局的裁决，杨春庭认为极不合理。

2003年3月24日，他代表化工厂向南京市中级人民法院递交了一份行政起诉状，将南京市江宁区政府告上法庭，理由是

后者不按上位法规及时修改房屋拆迁管理办法致使自己损失惨重。此案被称为中国首例公民状告政府行政“立法”不作为案。[1]

二、法理思索

(一) 本案作为全国首例公民状告政府行政“立法”不作为案，具有重大的理论意义和实践意义。在我国，目前行政案件的数量虽然仍然不是很多，但是相对于以前，已经取得了很大进步，这是有目共睹的事实。越来越多的公民敢于拿起法律武器，维护自己受到行政机关侵害的合法权益。“民告官”早已不是什么新闻，“官告民”才是新闻。[2]但是，以往人们诉诸于法律的只是具体行政行为，即行政机关针对特定人的特定事项作出的行政决定，而不涉及到影响更大的抽象行政行为。抽象行政行为包括行政立法和制定其他规范性文件的行为两类。这里的行政立法专指制定行政法规和行政规章。所以，本案所涉及到的实际上并不是严格意义上的“行政立法”，准确地说，应该称为规范性文件，有学者又将此类规范性文件称为“行政规范”，[3]它们属于行政性立法。老百姓爱把“行政规范”叫做“红头文件”。当前，红头文件犹如漫天飞雪，已成泛滥之势，依法规范红头文件俨然成为当务之急，已有不少地方出台了一些可行做法。此次，南京市美亭化工厂开全国之先河，勇做第一个吃螃蟹的人，标志着我国公民、法人或其他组织已经试图在行政诉讼领域向红头文件宣战，这无疑将是一个重大事件，将有利于公民权利意识的提升，有利于行政机关的行政法治理念的树立，有利于推动我国行政诉讼制度的完善。

(二) 本案被告1996年制定的《暂行办法》已经丧失继续存在的合法性和合理性基础。其一，依据《中华人民共和国立法法》和基本法理，下位法不能与上位法抵触，否则无

效。上位法修改，下位法也应作相应修改。本案中，南京市1996年制定的拆迁办法已于2000年作了第一次修改，并同时废止了1996年制定的拆迁办法；2001年11月又作了第二次修改并颁布实施。作为下级的江宁区政府理应对其《暂行办法》作相应修改，因为它据以存在的南京市1996年制定的拆迁办法已经不复存在。皮之不存，毛将焉附？而且，江宁区政府的这种做法显然不利于社会主义法制的统一。其二，《暂行办法》死而不僵，可能是经济利益驱动的产物。在上文中，我们已经算过一笔帐，分别依据南京市1996、2000、2001年的拆迁办法，江宁区政府给予化工厂的补偿有巨大差异。而江宁区的经济开发区已由10年前很小的面积扩大到现在的310平方公里。拆迁范围涉及十几个乡镇、十几万人口、几百个村庄。如果依据南京市2001年的拆迁办法修改《暂行办法》，势必导致江宁区政府要付出更多的钱。因此，江宁区政府不修改其已失去法律依据的《暂行办法》。政府得利，百姓受损。古往今来，官不与民争利一直是一条基本原则，江宁区政府为蝇头小利而失大信于天下则得不偿失。社会经济条件发生显著变化，尤其是上位法律规范发生变化后，处于下位的规范性文件必须与时俱进、与法同行。唯有如此，才能切实保护公民的合法权益。（三）本案被告不及时依据上位法规修改其规范性文件的行为已经构成抽象行政不作为。所谓抽象行政不作为，是指行政机关不依法制定、修改或废除行政法律规范包括规范性文件，致使相对人的权利义务受到影响的行为。抽象行政不作为是与具体行政不作为相对而言的，它是一种立法懈怠行为。具体行政不作为是指行政机关不依法针对某个特定的行政相对人为一定行为，致使相对人

的权利义务受到影响的行为。抽象行政不作为实质上是行政机关不依法行使其行政立法权和行政规范制定权的表现。一般而言，这种权力是行政机关的自由裁量权，即享有该权力的行政机关有权决定是否行使以及如何行使这一权力。但是，在特定情况下，这种自由裁量权也包含着一定的法定义务。此时，行政机关必须行使这种权力，否则构成一种行政不作为。例如，1990年2月，国务院在《关于切实减轻农民负担》中规定：“各省、自治区、直辖市的人民政府要在调查研究的基础上，根据本通知的规定，制定减轻农民负担的具体办法。”这句话中有一个关键字“要”，它表明各省、自治区、直辖市负有制定减轻农民负担的具体办法的作为义务。如果它们没有履行这一义务，就构成抽象行政不作为。抽象行政不作为与具体行政不作为不同，它普遍地对不特定的行政相对人的权利义务产生影响。因为抽象行政行为经常是具体行政行为的依据，也是具体行政不作为的作为义务的产生依据，所以，抽象行政不作为可能导致具体行政行为违法或具体行政不作为的发生，从而能对相对人的权利义务发生很大的实际影响。如果行政机关不及时修改或废止与上级法律规范相冲突的行政规范，就可能导致行政机关的具体行政行为违法。同样，如果行政机关不积极主动制订相应的行政规范，可能导致具体行政不作为。例如，上述有关省、自治区、直辖市的人民政府如果没有按照国务院的通知精神制定相关的具体办法，那么相应的执法机关就缺乏具体的执法依据，从而导致具体行政不作为。

（四）抽象行政不作为的救济

1. 司法救济 在我国现行法律规定下，对于抽象行政不作为不服不能直接对其提起行政诉讼。《中华人民共和国行政诉

讼法》第2条明确规定：“公民、法人或其他组织认为行政机关和行政机关的工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。”第5条规定：“人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查。”第12条规定：“人民法院不受理公民、法人或其他组织对下列事项提起的诉讼：……（二）行政法规、规章或行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令；……”可见，目前，我国行政诉讼的受案范围仅限于具体行政行为，而不包括抽象行政行为，自然也不包括抽象行政不作为。而且，我国《行政复议法》也没有规定可以对抽象行政行为直接提起行政复议，而只能在对具体行政行为提起复议的同时要求一并审查具体行政行为所依据的规章以下的规范性文件。有人认为，依据最高人民法院2000年3月发布的《关于执行行政诉讼法若干问题的解释》第1条第1款：“公民、法人或其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服，依法提起诉讼的，属于人民法院的受案范围。”其理由是可以受理的行政行为已没有具体行政行为与抽象行政行为之分，只有作为和不作为两种。在我看来，这是一种断章取义的理解。且不说全国人大制定的《行政诉讼法》的法律效力高于最高人民法院的司法解释，就连后者自身也表明它是符合前者的规定的。该解释的第1条第二款明确规定：“公民、法人或其他组织对下列行为不服提起诉讼的，不属于人民法院的受案范围：（一）行政诉讼法第十二条规定的行为；……”（上文已引用）。因此，虽然行政诉讼的潮流是所有的行政行为都应该接受司法审查，这也是WTO规则的要求，但是，严格依据我国现行法律的有关规定，人民法

院不能受理对抽象行政不作为提起的行政诉讼。在行政法的母国——法国，发生在行政立法领域的行政不作为是可以受到诉讼救济的，具体包括以下三种情况：第一，立法者意图某个法律得到迅速实施的时候，可以在法律或者上级机关的条例（大致相当于我国的行政法规）中规定下级机关必须在合理的时间内采取必要的措施，以保障法律或上级条例的执行。即使法律和上级机关的条例没有规定，如果行政机关由于所担负的职务而必须制定某种条例才能有效地执行职务时，行政机关也有制定条例的义务。在这种情况下，行政机关应主动制定必要的条例。否则，公民可请求行政机关采取行动，并可对行政机关的不作为向法院提起诉讼。第二，由于法律和上级条例的出现，而使下级行政机关某种既存的条例丧失存在的合法基础时，利害关系人可以在法律和上级条例公布后两个月内，请求行政机关废除或修改不符合法律情况的条例。在这种情况下，行政机关应当废除或修改不符合法律情况的条例，否则构成行政不作为，相对人可对此向法院起诉。第三，由于事实情况的重大变迁，因而使某种既存的条例丧失存在的合法基础时，利害关系人可以在任何时候请求行政机关废除或修改丧失存在根据的条例，并可以对行政机关的不作为向法院起诉。[4] 我国有必要借鉴法国的做法，将抽象行政不作为纳入到行政复议和行政诉讼的受案范围，从而使公民的合法权益得到更为有利的救济。在我国，虽然公民尚不能直接对抽象行政不作为提起行政诉讼，但并不意味着不能获得正当的司法救济。公民可以依法对具体行政行为提起行政诉讼。例如，在本案中，原告化工厂可以以区建设局为被告，以其行政裁决适用法律错误为由提起撤销之诉。区

建设局在本区的《暂行办法》与南京市房屋拆迁办法相抵触的情形下，遵循上位法优于下位法的基本法律适用原则，必须适用后者。区建设局为了减少拆迁费用的支出，置法律于不顾，其行为严重违法。根据行政诉讼法有关规定，人民法院可以判决撤销区建设局的行政裁决，并可以判决其重新作出裁决。

2. 行政救济 行政复议是一种重要的行政救济机制。公民对具体行政行为不服，可以向作出具体行政行为的行政机关的上级机关提起行政复议。并且可以要求上级机关对具体行政行为所依据的规章以下的规范性文件进行审查。有时，这种审查能够发挥作用。但是，当审查机关就是规范性文件的制定者时，要求其纠正自身的错误，极容易成为一种奢望。比如，本案中，倘若化工厂向江宁区政府申请行政复议，后者对其制定的《暂行办法》岂能大义灭亲，果真如此，也不会发生现在的事情。此外，根据宪法和有关法律，上级行政机关对于下级行政机关有监督的权力和义务。当上级行政机关发现下级行政机关的行为违法或不当时，上级机关应当责令下级机关立即纠正。上级机关可能是自己发现的，也可能是公民向其检举、控告后发现的。因此，公民可以通过向某行政机关的上级机关反映其违法或不当行为，由上级机关监督下级机关。具体到本案中，化工厂可以向南京市人民政府反映有关情况，要求后者责令江宁区政府修改其《暂行办法》。但是，行政自我监督的固有缺陷意味着行政救济途径可能不会十分顺利。

3. 立法救济 根据我国宪法及相关法律的规定，全国人大常委会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令；县级以上地方人大及其常委会有权撤销本级人民政府不适当的决定和命令；乡

、民族乡、镇的人大 有权撤销乡、民族乡、镇人民政府违法或不当的决定和命令。据此，如果行政机关不及时修改或废止与上级法律规范相抵触的行政规范，构成抽象行政不作为，有关人大及其常委会可以依法撤销该行政规范。从法律层面上讲，立法机关或权力机关对于行政机关拥有有效的监督权。但是，对于普通公民而言，要启动这一监督程序却非易事。普通公民可以向人大及其常委会反映行政机关的违法情形，但后者未必会启动监督程序。【注释】* 武汉大学法学院宪法学与行政法学专业2004级博士研究生。[1] 参见薛子进：《公民状告政府行政“立法”不作为》，载《法制日报》2003年3月25日“社会新闻”版。[2] “民告官”与“官告民”中的两组“官”与“民”同字但不同义，前者分别指行政法律关系中处于不平等地位的行政相对人和行政主体，后者则分别指民事法律关系中的处于平等地位的双方民事主体，不过一方有官员的另外一重身份，而另一方只是普通公民而已。[3] 叶必丰、周佑勇：《行政规范研究》，法律出版社2002年版，第33、34页。[4] 参见王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1988年版，第144、145页，转引自周佑勇：《行政不作为判解》，武汉大学出版社2000年版，第112、113页。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com