

【综合研究】

# 行政复议与诉讼中的规章： 定位区分、立法逻辑与适用展开

王学辉

**【摘要】**《行政复议法》和《行政诉讼法》分别将规章定位为“审理依据”和“审理参照”，这种定位差异是由规章在我国规范体系中的“尴尬”位置所导致的。从立法逻辑来看，行政诉讼是司法权的行使，行政复议是行政权的行使，司法权与行政权的性质、关系以及行政权的内部关系，决定了这种区分的必要性，而立法的妥协性使得这种区分仅限于规章，不包括行政法规和规范性文件。然而，从法律适用的逻辑来看，在《立法法》关于法律规范位阶规定的限制下，行政诉讼中“参照规章”和“依据行政法规”之间在“拒绝适用”上并没有本质区别，二者区分的实质在于合法性假定程度和审查强度的不同。为了与行政诉讼中的法律适用规则相衔接，行政复议机关同样需要根据法律规范位阶进行法律适用。基于行政权的内部关系，应当参照《行政复议法》对于规范性文件的合法性处理机制对行政规章进行相应处理。

**【关键词】**行政规章；参照适用；审理依据；行政复议；法律适用

**【作者简介】**王学辉，西南政法大学地方法制研究中心教授。

**【原文出处】**《法学评论》（武汉），2024.1.136～142

2023年新修订的《中华人民共和国行政复议法》（以下简称《行政复议法》）在第37条第1款新增规定：“行政复议机关依照法律、法规、规章审理行政复议案件。”这一规定与《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称《行政诉讼法》）中关于法律适用的规定形成鲜明对比。《行政诉讼法》第63条第1款和第3款分别规定：“人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。”“人民法院审理行政案件，参照规章。”据此，规章在行政复议和行政诉讼中形成了截然不同的定位，前者为“依照规章审理”，后者则是“参照规章审理”。这种定位上的区别有何异同？如此立法的逻辑何在？在具体的法律适用上是否因为这种定

位区分而有着本质区别？这个问题目前学界还没有讨论过，亟须从理论上予以澄清和说明。

## 一、规章在行政复议和诉讼中的定位区分

规章在我国法律规范体系中处于一种“不上不下”的“尴尬位置”，这种尴尬位置延伸到《行政复议法》和《行政诉讼法》中，则演变为针对审理依据的不同定位，即行政诉讼只需要“参照规章”，而行政复议却必须“依照规章”。新《行政复议法》在修订的时候是否注意到了《行政诉讼法》中对规章的定位？

### （一）规章在规范体系中的“尴尬”位置

众所周知，规章在我国法律规范体系中处于“中间位置”，其既没有行政法规那般的崇高地位，也不像行政规范性文件那般地位偏低。这种“中

间位置”很容易演化成为一种“尴尬位置”。规章位置上的“尴尬”，从《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)制定之初，关于行政规章是否是“法”、制定规章的行为是否是立法行为、以及是否应当在《立法法》中予以规定等问题的争议中便凸显出来。一种意见认为，制定规章的行为属于一种行政行为，规章不属于法的范围，不应在《立法法》中进行规定；另一种意见则认为，规章在实践中起到了规范作用，不能因为规章存在一些问题就简单地否定其法的地位。<sup>①</sup>《立法法》最终采取的是一种在立法活动中对于争议较大问题所持的惯常立场，即相互妥协而取其“中道”。根据《立法法》第2条的规定，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”；而国务院部门规章和地方政府规章的制定、修改和废止，则“依照本法的有关规定执行”，对法规和规章做了一定程度的区分。

规章在法律规范体系中的这种尴尬处境，并没有因《立法法》的妥协而得到解决，而是继续延伸到作为纠纷解决机制的行政复议和行政诉讼当中。《行政复议法》和《行政诉讼法》在审理依据上对行政规章采取了截然不同的立场。《行政复议法》对规章的定位是“依照规章审理”，而《行政诉讼法》对规章的定位则是“参照规章审理”。与此形成鲜明对比的是，《行政复议法》和《行政诉讼法》并没有对居于规章之上的行政法规和处于规章之下的行政规范性文件进行区分，行政法规恒为“审理依据”，行政规范性文件恒为公民有权提起附带审查的“审理参考”。据此，在行政复议中，对于产生于行政权的法律规范，形成了审理依据和审理参考两个层次的定位格局；而在行政诉讼中，则形成了审理依据、审理参照和审理参考三个层次的定位格局。这种定位格局的区分中，核心差别便在于行政复议之“依据规章”和行政诉讼之

“参照规章”间的差别。

## (二)“参照”和“依照”的通行理解

参照规章在法律适用层面究竟应当如何适用，理论上一般将其理解为法院对于规章有选择适用权，即在审查基础上有条件依照规章。<sup>②</sup>具体而言，选择适用权意味着“法院应当对规章的合法性、有效性进行判断，对于无效、失效或者不符合法律法规规定精神的规章，应当不予适用；对于有效且符合法律法规规定精神的规章，则需要区分两种情况：一是针对特定事项法律法规已作出相关规定的，可以予以适用。二是针对特定事项法律法规尚未作出相关规定的，应当予以适用。”<sup>③</sup>另有学者认为，“参照规章”应当意味着法院有对于规章的“不予适用”权，因为“当下位法抵触上位法时，法院不是选不选择的问题，而是应当、必须适用上位法。”<sup>④</sup>

对于“参照规章”的理解，应当从目的论进行，而且应当观照到这一制度的不同侧面，仅集中在任何一个单一侧面都是不充分的。目的是全部法律的创制者，每条法律规则的产生都源于一种目的，即一种事实上的动机。<sup>⑤</sup>法院审查规章的目的不是为审查规章而审查规章，乃是为了解决具体案件中相应行政行为所依据的规章的合法性，以决定相应规章是否合法，从而确定在对具体案件的行政审判中是否适用该规章。<sup>⑥</sup>审查判断是决定是否适用的前提，是否适用是审查判断的目的。

在笔者看来，“参照规章”至少包括三个前后关联的步骤：对规章合法性依职权进行主动审查——根据审查结果决定在所审理案件中是否适用——对规章合法性的司法处理。在全国人大常委会法制工作委员会行政法室编写的行政诉讼法释义书中，将“参照规章”理解为“可以对规章的规定是否合法有效进行判断，但对于合法有效的规章应当适用。”<sup>⑦</sup>因此，法院对于合法的规章，有

义务且应当适用,这种义务是一种强制性的法律义务,法院有审查的权力,但是同样负有对合法的规章予以适用的义务,而没有“灵活处理”的余地。而对于审查认为不合法的规章,则可以不予适用。对于规章合法性的司法处理,首先可以明确的是,在现行法治体系下,法院无权宣告不合法的规章无效或者直接予以撤销,对于规章合法性的司法处理主要集中在是否可以对规章的合法性进行评述上。从目前的司法实践来看,法院对规章合法性拥有一定程度的司法评价权。之所以是一定程度的,是因为一方面,法院必须在裁判文书中认定规章与上位法是否相符并对此作出评价,进一步据此进行法律适用;另一方面,法院的评价仅限于“与上位法是否相符”这一点,而不能进一步扩展为对其有效性的评价,即不能直接评述“规章无效”或“规章因与上位法不符而无效”。例如,在上海东兆化工有限公司诉上海市工商行政管理局静安分局行政处罚案中(以下简称“上海东兆化工公司案”),法院评价道:“静安工商分局认定东兆公司在从事危险化学品经营的过程中,没有违法所得,据此《安全生产法》与《危险化学品安全管理条例》规定的处以罚款的幅度不相一致,静安工商分局在作出处罚时,应适用高位阶的法律规范。”<sup>⑧</sup>这里仅评价了其“与上位法是否相符”,但并未进一步评价其“有效性”。

与“参照规章”的定位相区别的是,行政复议中对规章的定位为“依据规章”。在最高人民法院行政审判庭编著的行政诉讼法司法解释释义中,将“依据”和“参照”的核心区别归结于“是否可以直接用于证明被诉行政行为的合法性”上。<sup>⑨</sup>直接用于证明被诉行政行为的合法性似乎意味着,审理机关无须也不应当去审查作为依据的法律规范的合法性,而是直接将其作为认定被诉行政行为合法性的硬性标准。也就是说,与“参照规章”相

比,“依照规章”将规章合法性审查这一前置环节排除了。据此,《行政复议法》中规定的行政复议机关审理案件“依照规章”意味着,行政复议机关既无义务、更无权力去审查规章的合法性并根据审查结果决定是否适用,而是必须直接予以适用,更不用说在行政复议决定书中针对规章合法性进行评价了。

## 二、规章在行政复议和诉讼中的立法逻辑

规章在行政复议和行政诉讼中的定位区分,在立法层面是非常明确的。不过,这是否意味着在法律适用层面二者也有着如此明确地区分,还需要打一个问号。首先要探讨的问题是,立法上何以做这样的区分?本部分先就定位区分的立法逻辑进行探讨,下一部分进一步对这种定位区分在法律适用层面应当如何展开进行分析。从立法逻辑来看,任何立法都是磋商、妥协的产物,这种妥协既有现实中各种力量、利益和观点之间的妥协,也有规范与实践之间的妥协。所谓规范与实践之间的妥协,即从规范层面——其中主要是宪法规范层面——本应采取此种立法方式,但考虑到立法的实践可能性,不得不妥协后采取一种折中的立法方式。从这个角度来看,对立法逻辑的分析可以从规范逻辑和实践逻辑之间的妥协角度展开说明。

(一)区分立法的规范逻辑:权力关系的不同导致定位的区分

审判权与行政权的权力分工与功能区分是行政规章在行政复议和诉讼中定位区分的根本原因。在我国的宪制结构中,审判权与行政权之间的关系,与西方国家司法权与行政权之间的分立与制衡存在根本区别,二者的关系可以概括为权力分工与功能区分两个层面。权力分工是功能区分的前提,功能区分是权力分工的目的。我国古代并不对审判权和行政权进行明显的、组织层面



的功能区分,而是由同一个组织统一行使,虽然行使过程中必然存在着功能的区别,但这种区别并没有进一步演化为审判权的功能独立与组织分化。自近代以来,在西方思想观念的冲击和影响下,我国逐步接受了审判权应当实现功能独立与组织分化这样一个现代国家的基本观念。新中国成立后,我国确立的是人民代表大会制度这一根本政治制度,国家行政机关、监察机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督。《宪法》确立了行政权、审判权由行政机关和审判机关分别行使的宪制体系,二者分别对应着现代国家的行政管理职能与司法审判职能。

在这种权力分工和功能区分的制度框架下,行政复议虽然具有一定的司法性,但其根本上仍是一种在行政权内部运作的制度,其制度设计自然会受到行政权的性质和特征的影响。行政诉讼则是一种完全在行政权外部、独立于行政系统运作的司法制度,不仅不会受行政权性质的影响,相反必须始终以司法权的性质和特性为其价值和制度依托。在现代国家,任何一个权力体系都不可能是纯粹的,无论是立法权、行政权,还是司法权,均是以权力形态意义上的立法权、行政权和司法权为主体性权力,同时结合其他权力形态的权力所共同构成的权力体系。<sup>⑨</sup>行政复议中的权力属性,在权力形态上既有行政性也有司法性,但在权力体系层面则始终是行政权体系内的一种权力。这就决定了,行政复议很大程度上需要遵从行政权的关系逻辑。在行政权的关系逻辑中,上下级行政机关之间的领导和从属关系是其基本特征。行政权之间的领导关系内涵这样一个基本逻辑:下级行政机关在所有行政活动中,原则上都不能质疑上级行政机关的行为,既包括上级行政机关作出的决定,更包括上级行政机关制定行政规范的行为,以及这种行为的产物,即行政规范。

行政复议机关需要适用的行政规章,往往可能是由其上级行政机关所制定的,或者是由同级的人民政府所制定的。如果行政复议机关在案件审理中只需要像法院一样“参照规章”,这就意味着行政复议机关将时常需要对上级行政机关制定的规章进行合法性审查并有权拒绝适用,这与行政权的关系逻辑相悖。因此,具象化的权力关系决定了立法者在《行政复议法》和《行政诉讼法》中对规章进行区别对待。即便是对于位阶最低的规范性文件,行政复议机关也并不拥有直接拒绝适用的权力,而是必须根据权限区分情况处理。根据新修订的《行政复议法》第57条的规定,行政复议机关在对被申请人作出的行政行为进行审查时,认为其依据不合法,本机关有权处理的,应当在三十日内依法处理;无权处理的,应当在七日内转送有权处理的国家机关依法处理。与此不同的是,根据《行政诉讼法》第64条的规定,人民法院在审理行政案件中,经审查认为规范性文件不合法的,不作为认定行政行为合法的依据,并向制定机关提出处理建议。《行政复议法》和《行政诉讼法》对待规范性文件的区别同样是前述权力关系逻辑的自然延伸。

## (二)区分立法的实践逻辑:立法的妥协性导致区分限于规章

从审判机关与行政机关之间的宪法关系来看,所有行政规范都不能完全拘束审判机关,不同行政规范之间的性质区分主要是在行政权系统内部进行的区分。在审判权与行政权功能分立的制度架构下,审判权承担着监督行政权依法行使的制度功能。在行政诉讼中,对于审判权而言,行政规范性文件、行政规章与行政法规之间在权力关系性质上并不存在本质区别,都是一种产生于行政权的行政规范。《宪法》第3条第3款规定:“国家行政机关、监察机关、审判机关、检察机关都由人

民代表大会产生,对它负责,受它监督。”据此,行政机关和审判机关是居于人大之下的具有并列、平等地位的国家机关。与此同时,《宪法》第131条明确规定:“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”这里的“不受行政机关干涉”,理论上应当是不受行政机关所有行为的干涉,亦即,既应当包括不受行政机关具体行为的干涉,还应当包括不受行政机关制定行政规范行为的干涉,而要求审判机关必须无条件适用某种行政规范,很难说完全没有“干涉”的性质。从这个角度来看,“因法院与行政机关之间的宪法关系,行政机关制定的行政法规、行政规章和行政规定,不具有也不可能具有约束法院的效力。”<sup>⑩</sup>

然而,无论是理论上还是现实中,对于哪些行政规范应当纳入司法审查的范围来看,规范逻辑对实践逻辑的妥协一直贯穿始终。早在2012年行政诉讼法大修前夕,在涉及不同行政规范在行政诉讼中的可审查性问题时,便有学者提出应当将规章和规范性文件都纳入司法审查的范围,“至于行政法规的审查,已有立法法确立的备案审查制度和法律规范的冲突解决机制来予以解决,在当前中国的政治和法律体制之下,不宜通过司法审查的方式进行。”<sup>⑪</sup>显然,这种观点体现的是一种实践逻辑而非规范逻辑。换言之,行政法规乃是作为最高国家行政机关的国务院所制定的,相较于其相对应的作为最高审判机关的最高人民法院,国务院在我国政治实践中有着重要得多的地位,更不用说与地方各级法院相比了。正是由这种现实地位所决定,行政法规在我国法律规范体系中的地位仅次于法律。除了最高国家权力机关外,任何国家机关都必须绝对服从,这种服从性得到了几乎所有立法的承认。其实,公民针对规范性文件可以提出附带审查请求以及规范性文件的

范围,同样共享着这一套实践逻辑。从公民可以针对规范性文件提出附带审查请求来看,最重要的原因除了规范性文件的合法性问题更多之外,还在于其在行政规范体系中地位较低。而且,无论是《行政复议法》还是行政诉讼法,可以提起附带审查的规范性文件都不包括国务院制定的规范性文件,仅限于国务院部门以及地方各级人民政府及其部门制定的规范性文件。

正是立法中规范逻辑对实践逻辑的妥协性,使得在行政规范体系中,审理依据层面的区分立法仅限于行政规章,而不包括行政法规和行政规范性文件。任何制度设计不能完全根据规范逻辑、理论逻辑来进行,必须考虑现实可能性。如果一个制度从设计之初就不具有现实可行性,那么即便勉强通过立法予以确认,实践中也必然面临被搁置乃至架空的风险。设想一下,如果根据审判权与行政权的宪法关系逻辑,将所有行政规范同等对待,规定法院在审理行政案件时“参照行政法规”,抛开行政法规自身合法性问题较少这种尚需证明的理论假设,在实践层面也是不实际的。当然,这并不意味着在将来也无法实现,我国的行政法治、甚至是整个法治建设,就是不断地朝着依宪治国迈进、不断地使实践更加符合宪法规范的一个过程。

### 三、规章在行政复议和诉讼中的适用展开

立法与法律适用并不遵循同样的制度逻辑。立法行为兼具政治实践和法律实践两种属性且政治方面的属性是决定性的。<sup>⑫</sup>与之相反,法律适用行为主要是一种法律实践,仅在少数情况下兼具政治实践属性,而且法律实践属性始终居于决定性地位。在体系思维上,立法行为虽然也需要考虑法律之间的衔接与协调,但是这种对于法律之间协调性的要求远远低于法律适用行为,甚至立法之间的不协调往往需要通过法律适用行为予以

纠正和化解。无怪乎有法谚言,“适用一个法条就要适用整个法律”。因此,规章在行政复议和诉讼中区分定位的立法逻辑,只能说明其立法上的考量,并不能据此直接得出法律适用上也应当进行同样区分定位的结论。那么,行政规章在行政复议和行政诉讼中究竟应当如何适用呢?

(一)参照和依据的本质区别在于合法性假设程度和审查标准的不同

“参照规章”在内容上指的应当是合法的应当适用、不合法的有权拒绝适用。然而,在《立法法》的限制下,这一法律适用规则理论上同样应当适用于行政法规。原因何在?正如章剑生教授所言:“《立法法》并不仅仅是规范‘立法行为’之法,它还兼及法的适用。”<sup>⑩</sup>《立法法》第99条、第100条等条款明确规定了不同法律规范之间的效力位阶,虽然《立法法》关于法律适用规则的规定中,并没有明确下位法和上位法相抵触时如何适用的规则,但“法的效力等级隐含了‘上位法优于下位法’的适用规则,当下位法抵触上位法之时,法院有权不予适用抵触上位法的下位法,这一职权是审判权必然隐含的权力,不以当事人请求审查为前提,也无须中止案件的审理或向有关机关请示。”<sup>⑪</sup>并且,最高人民法院行政审判庭在编著的行政诉讼法司法解释释义中同样认为,“针对同一法律关系却有多个不同位阶法律依据,如同时包含法律、法规、规章之特殊情形……若下位法与上位法相冲突,则根据立法法规定的‘上位法优于下位法原则’,下位法不能作为法律依据。”<sup>⑫</sup>

不仅如此,司法实践中确有个别法院曾经在裁判中拒绝适用行政法规。在前面提到的上海东兆化工公司案中,法院认为:“静安工商分局认定东兆公司在从事危险化学品经营的过程中,没有违法所得,据此《安全生产法》与《危险化学品安全管理条例》规定的处以罚款的幅度不相一致,静安

工商分局在作出处罚时,应适用高位阶的法律规范。”本案中,法院明确表达了一种态度,即便是行政法规,如果与法律的规定不相一致,应当适用作为上位法的法律。这同时意味着,法院有权而且应当拒绝适用作为下位法的行政法规。据此,在“上位法优于下位法”这一法律适用规则之下,“依据行政法规”和“参照规章”,在法院应当适用上位法、且有权拒绝适用下位法这一点上,其实是没有本质区别的。

那么,《行政诉讼法》中对于规章和行政法规的区分对待是否有别的解释路径呢?笔者认为,从规章与行政法规、行政规范性文件相比较的视角出发,从行政法规作为“审理依据”到行政规章作为“审理参照”再到行政规范性文件作为“审理参考”,最核心的意蕴在于对不同行政规范合法性假设程度与审查标准上的区别。

从合法性假设程度的区分来看,对于行政法规,法院审理时应当假定其合法,原则上应当将其作为审理依据,但若行政法规的确与上位法不符,法院有权力也有义务适用作为上位法的法律而非行政法规。对于行政规章,法院审理时应当对其合法性持一种中性态度,即既不假定其合法,也不假定其不合法,而是依职权审查后再确定是否予以适用。而对于行政规范性文件,其合法性假设的程度最低,法院审理时应抱持一种极为审慎的态度,尤其是在原告对其提出附带性审查请求时更是如此。或许正因如此,有学者认为,“法院对规范性文件的立场是原则上不予适用,例外情况下可以适用。”<sup>⑬</sup>另外,行政法规、规章和规范性文件之间的区别,也隐含着审查标准的不同。对于行政法规应当采用宽松标准,给予高度尊重;规章应当采取中度标准,给予适当尊重;而对于规范性文件,则应当采取严格标准,给予低度尊重。

最后,从行政法规、行政规章和行政规范性文件



件的定位梯度出发,还可以进一步导出法院对不同行政规范合法性评价权之间的区别。法院即便认为作为“审理依据”的行政法规存在合法性瑕疵,也只能直接适用上位法作出裁判,而不能对行政法规自身的合法性进行评价。但是,对于作为“审理参照”的行政规章,如果存在合法性瑕疵,法院除可以拒绝适用外,还有权直接在裁判文书中对行政规章自身的合法性进行评价。

## (二)《立法法》限制下规章在行政复议中的适用难题及其化解

毋庸置疑的是,《立法法》不仅约束法院的行为,同样也约束行政机关的行为,包括行政复议机关的行为。在《立法法》关于法律位阶规定的限制下,行政规章在行政复议中的定位,以及与其在行政诉讼中的定位区分,会导致两个方面的适用难题:一是行政复议法中的定位与《立法法》中的规定存在内在冲突;二是行政复议和行政诉讼中规章的法律适用无法有效衔接。

《行政复议法》中规章的“审理依据”定位似乎否定了行政复议机关对规章的审查权以及根据审查结果拒绝适用的权力。然而,《立法法》中关于法律效力位阶的规定则要求行政复议机关对规章进行审查,对于与上位法不符或者不适当的规章应当拒绝适用。那么,行政复议机关是否同样拥有如同法院那样对行政规章甚至行政法规进行合法性审查并拒绝适用的权力呢?

按照法制统一的基本原理,似乎所有国家机关在法律适用过程中发现下位法与上位法不相符的,都应当适用上位法,行政复议机关在案件审理中也应当负有适用上位法的义务。不过,适用上位法的前提是对下位法进行合法性审查,如果所有行政复议机关都有权在其案件审理过程中对行政规章进行审查并有权拒绝适用,那么必然导致行政规范体系时刻面临着来自行政系统内部的合

法性挑战并因此降低稳定性与可预期性。进一步延伸来看,行政执法机关在行政执法中同样需要适用法律,理论上同样需要遵循《立法法》所确立的“上位法优于下位法”的法律适用规则。如果不仅行政复议机关,而是所有适用法律的行政机关都有权对行政规章进行合法性审查并拒绝适用的话,可能会彻底颠覆行政系统的内部权力结构。因为这意味着,任何下级行政机关都可能对上级行政机关制定的行政规章提出合法性质疑并可能拒绝适用,这与行政权的本质以及行政权的关系构造是完全不相符的。这或许一定程度上也解释了,为什么《立法法》虽然规定了“新法优于旧法”“特别法优于一般法”等法律适用规则,却没有明确规定“上位法优于下位法”这一法律适用规则。

然而,如果行政机关在法律适用中无权对规章的合法性进行审查并拒绝适用,则会导致行政执法、行政复议与行政诉讼之间法律适用规则的脱节,行政机关在行政执法和行政复议过程中的法律适用可能被法院否定。在最高人民法院发布的第5号指导案例“鲁潍(福建)盐业进出口有限公司苏州分公司诉江苏省苏州市盐务管理局盐业行政处罚案”中,这种法律适用规则的脱节问题便显现出来。该案的裁判要点之一是:“地方政府规章违反法律规定设定许可、处罚的,人民法院在行政诉讼中不予适用。”同时,法院在裁判文书中明确指出:“苏州盐务局在依职权对鲁潍公司作出行政处罚时,虽然适用了《江苏盐业实施办法》,但是未遵循《立法法》第79条关于法律效力等级的规定,未依照《行政许可法》和《行政处罚法》的相关规定,属于适用法律错误,依法应予撤销。”<sup>⑧</sup>据此可以反推,如果行政执法机关和行政复议机关希望自己的决定不被法院否定,那么就必须与法院适用相同的法律适用规则。这就意味着,无论是行政执法机关还是行政复议机关,都应当享有对行

政规章的合法性审查权并有权拒绝适用,否则无法实现与法院在法律适用规则上的统一。然而,这又面临着与《行政复议法》的规定以及行政系统内部的权力关系相悖的难题。

在行政系统内部,行政规章对于行政执法机关的法律适用,是作为行为规范存在的,其目的在于确保行政效率和行政一体化。而对于行政复议机关来说,其行为在行政系统内部,既具有行政面相,更具有裁判机理。因此,规章对于行政复议机关究竟是作为行为规范,还是作为裁判规范,便是一个亟须平衡的问题。从立法语言的表达来看,《行政复议法》和《行政诉讼法》中对于行政规章的定位区分,正是这种平衡的结果。

为了解决上述法律适用难题,应当建构与行政规范性文件合法性审查处理机制相同的行政规章合法性审查处理机制。具体而言,应当借鉴新修订的《行政复议法》第57条的规定,行政复议机关在对被申请人作出的行政行为进行审查时,认为其依据的行政规章不合法,本机关有权处理的,应当依法处理;无权处理的,则应当转送有权处理的国家机关依法处理。并且,由于行政规章法律位阶比之行政规范性文件更高,制定程序也更为规范。从启动程序来看,无论是本机关处理还是转送有权机关处理,均应当首先通过行政复议机关内部的集体讨论程序决定是否先行针对行政规章的合法性问题进行处理。如此的话,可以尽可能保障行政复议机关能够针对存在合法性疑问的行政规章进行初步审查、与法院的法律适用规则保持协同的同时,维持行政系统内部的权力关系。与此不同的是,法院作为司法机关,任何级别的法院都有权自己决定不予适用与上位法相抵触的或者不适当的规章。

## 结语

行政复议与行政诉讼是多元化行政纠纷解决

机制中最为重要的两个制度设置均承载了各自历史发展的缘由,其制度设计是颇费周章的。从2023年《行政复议法》的修订内容来看,行政复议法汲取和借鉴了非常多的行政诉讼法内容,甚至使得行政复议法一定程度上变成了“另一部行政诉讼法”。当然,二者之间的区别也不在少数,本文所探讨的规章在法律适用中的定位问题便是其中之一。在《行政诉讼法》将规章定位为“审理参照”的前提下,本次《行政复议法》修订却明确将规章作为“审理依据”,显然是立法者有意为之。这种差异在立法逻辑上是很容易获得解释的,但是却可能带来法律适用上的难题。总的来说,当涉及法律适用的问题时,在立法和法律实施中,都应当时刻注意《立法法》中的规定。只有这样,才能解决法律规范适用上的冲突问题,也才能更加深入地推进行政法治建设。

## 注释:

①参见乔晓阳主编:《中华人民共和国立法法讲话》(修订版),中国民主法制出版社2008年版,第278页;吴鹏:《行政规章“参照”研究》,载《首都师范大学学报(社会科学版)》2003年第4期。

②参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第6版),北京大学出版社、高等教育出版社2015年版,第502页;侯孟君:《行政法治发展过程中的参照规章》,载《行政与法》2018年第6期。

③侯孟君:《行政法治发展过程中的参照规章》,载《行政与法》2018年第6期。

④马得华:《论“不予适用”:一种消极的司法审查——以〈行政诉讼法〉第63条和第64条为中心的考察》,载《环球法律评论》2016年第4期。

⑤Jhering, In the English Philosophers: from Bacon to Mill, ed. E. A. Burt (New York, 1939), p. liv. 转引自[美]E. 博登海默:



《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第114页。

⑥参见姜明安：《为行政审判“参照规章”确立规则——评任建国不服劳动教案复查决定案》，载《中国法律评论》2019年第2期。

⑦全国人大常委会法制工作委员会行政法室编写：《〈中华人民共和国行政诉讼法〉解读与适用》，法律出版社2015年版，第142页。

⑧上海市第二中级人民法院(2004)沪二中行终字第169号行政判决书。

⑨参见最高人民法院行政审判庭编著：《最高人民法院行政诉讼法司法解释理解与适用[上]》，人民法院出版社2018年版，第466页。

⑩参见王学辉、刘海宇：《强制执行权在国家权力体系中的定位：一个跨部门法的视角》，载《四川师范大学学报(社会科学版)》2022年第5期。

⑪章剑生：《依法审判中的“行政法规”——以〈行政诉讼法〉第52条第1句为分析对象》，载《华东政法大学学报》2012年第2期。

⑫《北大行政法学专家：行政规章应纳入行政诉讼的审查范围》，载 <http://test.hapa.gov.cn/e/action/ShowInfo.php?classid=78&id=45001>，最后访问日期：2023年9月18日。

⑬参见吕克·J.温特根斯主编：《立法法理学：立法研究的新路径》，朱书龙译，商务印书馆2022年版，第120页。

⑭同前注⑪，章剑生文。

⑮同前注④，马得华文。

⑯最高人民法院行政审判庭编著：《最高人民法院行政诉讼法司法解释理解与适用[上]》，人民法院出版社2018年版，第467页。

⑰同前注④，马得华文。

⑱江苏省苏州市金阊区人民法院(2009)金行初字第0027号行政判决书。

## Administrative Review and Litigation Rules: Location Differentiation, Legislative Logic and Applicable Expansion Wang Xuehui

**Abstract:** The "Administrative Reconsideration Law" and the "Administrative Litigation Law" position administrative rules as "trial basis" and "trial reference" respectively. This difference in positioning is caused by the "awkward" position of regulations in Chinese normative system. From the perspective of legislative logic, administrative litigation is the exercise of judicial power, and administrative reconsideration is the exercise of administrative power. The nature and relationship between judicial power and administrative power, as well as the internal relationship between administrative power, determine the necessity of this distinction, and the compromise nature of legislation makes this distinction limited to administrative rules, excluding administrative regulations and normative documents. However, from the perspective of the logic of legal application, under the restrictions of the Legislation Law on the hierarchy of legal norms, there is no essential difference in "refusal to apply" between "referring to rules" and "according to administrative regulations" in administrative litigation, the essence of the difference between the two lies in the difference in the degree of legality assumption and intensity of review. In order to connect with the rules of legal application in administrative litigation, the administrative reconsideration organ also needs to apply the law according to the level of legal norms. Based on the internal relationship of administrative power, administrative rules should be handled accordingly with reference to the legality processing mechanism of normative documents in the Administrative Reconsideration Law.

**Key words:** Administrative Rules; Application by Reference; Basis for Trial; Administrative Reconsideration; Application of Law