

# 规范性文件附带审查的效力及其传导

“不予适用”的个案性与辐射力

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

**摘要:** 行政诉讼法第五十三条、第六十四条确立了规范性文件的附带审查制度。实务对其效力存在误解: 把“不予适用”当作对文件的撤销, 因而在裁判主文中作出宣告; 把附带审查当作独立的诉讼请求, 因而单独裁判; 把审查限于被诉行政行为所依据的条款, 因而遗漏文件的其他违法部分。本文主张, 附带审查的效力是个案拒绝适用, 其内容是法院在具体案件中不将该文件作为认定行政行为合法的依据, 其形式是裁判理由的阐明, 而非主文的宣告; 据此, 审查对象应扩展至与被诉条款相关的条款, 审查标准应区分越权、抵触、无依据减损权利与程序严重违法四类; 由于个案效力不足以防止同一文件在不同案件中被反复适用, 须通过三层机制传导: 裁判理由的充分说理形成事实上的参照、司法建议的六十日答复义务形成制度上的约束、与备案审查的衔接形成体系上的呼应。三层并用, 才能在现行宪制框架内实现审查的实效。

**关键词:** 规范性文件; 附带审查; 不予适用; 司法建议; 备案审查; 效力传导

**中图分类号:** D925.3 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2026)01-0001-13

## The Effect of Incidental Review of Normative Documents and Its Transmission: The Case-Specific Character and Radiating Force of Non-Application

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

**Abstract:** Articles 53 and 64 of the Administrative Litigation Law establish incidental review of normative documents. Practice misunderstands its effect: non-application is treated as annulment and declared in the operative part; incidental review is treated as an independent claim and adjudicated separately; and review is confined to the very provision relied upon, leaving other unlawful parts untouched. This article argues that the effect is case-specific non-application, expressed in the reasoning rather than the operative part; that the object of review should extend to related provisions; and that the standards should distinguish excess of authority, conflict with superior norms, imposition of burdens without legal basis, and serious procedural violation. Because case-specific effect cannot prevent repeated application of the same document, it must be transmitted through three mechanisms: reasoned judgments forming de facto reference, judicial suggestions with a sixty-day reply duty, and coordination with record-filing review.

**Key words:** normative document; incidental review; non-application; judicial suggestion; record-filing review; transmission of effect

**说明:** (本文为作者个人研究观点, 不代表所在单位意见)

**作者简介:** 赵跃, 安徽国运律师事务所执业律师, 研究方向为行政法学、行政诉讼法学。

### 一、问题的提出

规范性文件是行政行为的重要依据。实践中, 大量的行政行为直接援引地方政府或者部门制定的红头文件, 而这些文件本身可能超越权限、抵触上位法, 或者在无法律依据的情况下减损公民权利、增加公民义务。若法院只能审查行政行为而不能审查其依据, 则违法的文件将成为违法的行政行为的护身符。

行政诉讼法第五十三条为此提供了通道: 公民、法人或者其他组织认为行政行为所依

据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件不合法，在对行政行为提起诉讼时，可以一并请求对该规范性文件进行审查；前款规定的规范性文件不含规章。第六十四条规定了审查的后果：经审查认为不合法的，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。

制度建立已近十年，实效却有限。原因不在规范，而在对效力的误解。有的法院把“不予适用”理解为对文件的撤销，在裁判主文中宣告文件无效；有的法院把附带审查当作独立的诉讼请求，单独作出裁判；有的法院只审查被诉行政行为所援引的那一条，对文件的其他违法条款视而不见。

本文的基本主张是：附带审查的效力是个案拒绝适用，其内容是法院在具体案件中不将该文件作为认定行政行为合法的依据，其形式是裁判理由的阐明，而非主文的宣告。由于个案效力不足以防止同一文件被反复适用，须通过裁判理由的说理、司法建议的约束与备案审查的衔接三层机制传导。以下依次展开。

哪些文件可以一并审查、什么时候提出、审查的法律后果是什么，操作层面的规则可参见“红头文件也能审”一文的梳理；本文不重复申请的具体步骤，只讨论审查的范围、标准与效力的传导。

## 二、制度定位

### （一）附带性的三重含义

附带性有三重含义。其一是程序上的附带：审查请求须在對行政行为提起诉讼时一并提出，不能单独起诉；其二是对象上的附带：审查的对象限于被诉行政行为所依据的规范性文件，不能扩及与本案无关的文件；其三是效力上的附带：审查的结论只对本案有效，不产生对世的效力。

三重含义中，程序与对象是入口，效力是出口。入口限制使审查不至于成为抽象审查，出口限制使审查不至于侵入立法权。两者结合，构成现行制度的边界。

实务中的偏差，多发生在出口。把效力理解为对世的，就会在裁判主文中宣告文件无效；把效力理解为独立的，就会将附带审查作为独立的诉讼请求裁判。两种处理，都突破了附带性的边界。

### （二）制度建立的背景

附带审查的建立，回应的是红头文件治理的困境。此前，法院审理行政案件，只能对行政行为作合法性判断，对其依据的文件，只能作为“法律依据”适用，不能质疑其合法性。文件违法，行政行为却合法，救济因此落空。

困境的实质，是监督的缺位。行政机关制定文件，属于抽象行政行为，不属行政诉讼的受案范围；相对人因文件受到不利影响，只能就该文件的具体适用行为起诉，而法院又无权审查文件。监督的链条在此断裂。

2014年行政诉讼法修改，增设第五十三条、第六十四条，正是为了接上这一链条。立法者选择“附带审查”而非“抽象审查”，是为了在赋予法院监督权的同时，避免其过度介入行政与立法的领域。

这一选择，决定了制度的基本性格：有限、被动、个案。有限，指审查的对象限于规范性文件，不含规章；被动，指审查须由当事人一并请求；个案，指审查的效力只及于本案。三者结合，构成制度的边界。

### **（三）与备案审查的分工**

对规范性文件的监督，我国有两套机制：人大与政府的备案审查，法院的附带审查。前者是抽象的、事后的、对世的；后者是具体的、附带的、个案的。两者分工，互为补充。

备案审查的优势，在于可以直接撤销或者改变文件，其效力对世；其局限，在于启动依赖备案机关，个人难以直接提起。附带审查的优势，在于由具体案件触发，个人可以间接推动；其局限，在于效力仅及于个案，不能直接撤销文件。

分工的意义，在于各司其职。法院不宜代替备案机关行使撤销权，否则将突破宪制框架；备案机关也不宜代替法院作个案判断，否则将使救济滞后。两者衔接，才能形成完整的监督体系。

### **（四）与行政复议一并审查的比较**

行政复议法也规定了对规范性文件的一并审查。当事人认为行政行为所依据的规定不合法，可以在申请行政复议时一并提出审查申请。两套机制，功能相近，效果不同。

区别在于审查的主体与效力。行政复议中，复议机关有权处理或者转送有权机关处理，其结论可以导致文件的修改或者废止；行政诉讼中，法院只能拒绝适用，不能直接处理。前者的效力更强，后者的程序更中立。

区别还在于审查的标准。复议机关是上级行政机关，其审查偏重于行政系统内部的自我纠正；法院的审查偏重于外部监督，标准更为严格。两者互补，形成监督的合力。

实务中，当事人往往先申请复议，复议不成再提起诉讼。此时应当注意两个程序的衔接：复议机关已经审查并作出结论的，法院仍应独立审查，不受其结论的约束；但复议的结论可以作为参考。

### **（五）与法律适用的关系**

附带审查在性质上是法律适用的组成部分。法院审理行政案件，须判断行政行为是否有法律依据；判断依据是否合法，是判断行政行为是否合法的前提。故附带审查不是额外的程序，而是法律适用的内在环节。

这一理解，解决了两个问题。其一，法院可以依职权审查依据的合法性，不以当事人申请为限；其二，审查的结论只在理由中说明，不在主文中宣告，因其是法律适用的理

由，不是裁判的结果。

实务中，有的法院认为未经当事人申请即不得审查，这是对附带审查性质的误解。当事人申请只是启动的一种方式；法院在适用法律时发现依据违法，同样应当排除其适用。

### 三、审查范围

#### （一）对象的限定

第五十三条第二款明确，规范性文件不含规章。规章的审查，依立法法与规章制定程序条例，由国务院或者有权机关处理，法院在行政诉讼中只能参照，不能审查其合法性。

规章之外的规范性文件，包括国务院部门的规范性文件、地方各级人民政府及其部门制定的规范性文件。判断的标准是制定主体与效力层级，而非文件的名称；名为“办法”“细则”“通知”的，只要具备普遍约束力，均属规范性文件。

实务中的难点，是行政机关的内部文件。仅在机关内部适用的工作规程、裁量基准，一般不属规范性文件；但若其实际影响外部相对人的权利义务，例如通过内部文件设定许可条件，则应当纳入审查。判断的标准，是文件是否具有外部效力。

#### （二）规章与文件的界分

规章与规范性文件的界分，是审查范围的前提。规章的制定主体限于国务院部门、省级人民政府、设区的市人民政府；规范性文件的制定主体则包括各级人民政府及其部门。主体的不同，是界分的首要标准。

其次是程序。规章须经立项、起草、审查、决定、公布等法定程序，并以政府令的形式发布；规范性文件的程序相对简单。程序的差异，可以作为辅助判断的依据。

再次是名称。规章一般称“规定”“办法”，规范性文件则名称多样。但名称不是决定性的：名为“办法”的，若制定主体无规章制定权，仍属规范性文件；名为“通知”的，若具备普遍约束力，仍可纳入审查。

实务中，有的行政机关以“规范性文件”之名规避规章的制定程序，或者以“规章”之名规避附带审查。法院应当依主体、程序、内容的实质判断，不能仅看名称。

#### （三）依据条款与相关条款

第一百四十八条规定，审查可以从制定机关是否超越权限或者违反法定程序、作出行政行为所依据的条款以及相关条款等方面进行。这一规定，明确了审查的范围不限于被援引的条款。

“相关条款”的意义，在于防止割裂审查。文件的违法往往不是孤立的：某一条款的违法，可能源于其上位条款的授权违法；某一条款的适用，可能依赖于其他条款的界定。仅审查被援引的条款，将遗漏这些关联。

实务中，法院多只审查被援引的条款，理由是“当事人仅对该条款提出异议”。这一

限制缺乏依据：附带审查的对象是文件，不是条款；条款只是审查的切入点，不是审查的边界。

合理的做法是：以被援引的条款为起点，审查其授权依据、适用条件、法律后果；发现相关条款可能违法的，一并审查。审查的结论，可以只针对影响本案的条款，但理由中应当说明关联条款的判断。

#### **（四）已废止文件的处理**

文件在诉讼中已经废止的，是否仍需审查？本文认为，应当区分情形。废止前作出的行政行为，其合法性以作出时的依据判断；文件虽已废止，仍须审查其当时是否合法。

但审查的实益有限。文件已废止，不予适用已无意义，司法建议也无必要；此时可以仅就行政行为的合法性作出判断，不单独评价文件。若当事人坚持要求审查，可以说明理由后不予支持。

若文件虽已废止，但依据其作出的行政行为仍然有效，且影响当事人的权益，则审查仍有必要。审查的结论，可以作为判断行政行为合法性的基础，也可以作为当事人申请其他救济的依据。

#### **（五）整体审查与具体审查**

整体审查，指从制定主体、权限、程序出发，对文件作整体的合法性判断；具体审查，指针对被诉行政行为所依据的具体条款作判断。两种审查，角度不同，功能互补。

整体审查的功能，是解决文件的“资格”问题。制定主体无权限、制定程序严重违法的，整个文件不具合法性，无须逐条审查。具体审查的功能，是解决条款的“适用”问题。文件整体合法，但某一条款违法，该条款不得适用。

两者应当结合。先作整体审查，判断文件是否有资格作为依据；有资格的，再作具体审查，判断被援引的条款是否合法。顺序颠倒，可能导致以条款的合法掩盖整体的违法，或者以整体的违法否定条款的独立判断。

### **四、审查标准**

#### **（一）超越权限**

第一百四十八条第二款第一项规定，超越制定机关的法定职权或者超越法律、法规、规章的授权范围的，属于不合法。这一标准，针对的是制定主体的权限。

判断权限，须看三点：制定机关是否有权就该事项制定规范；是否有上位法的授权；授权是否在范围内行使。三者有其一不具备，即构成越权。

实务中，越权的典型表现是：无立法权的机关设定行政许可、行政处罚、行政强制；部门文件规定本应由政府规定的事项；下级机关文件变更上级机关的规定。三类表现，均属越权，应当认定不合法。

## （二）抵触上位法

第二项规定，与法律、法规、规章等上位法的规定相抵触的，属于不合法。抵触的判断，不是文字的比对，而是规范的比较：上位法允许的，下位法禁止；上位法禁止的，下位法允许；上位法规定的条件，下位法增加或者减少。

抵触的实质，是违反了法律优先原则。下位法不得变更上位法的规定，不得扩大或者限缩上位法的适用范围，不得增设上位法未规定的条件。判断时，应当找出上位法的规范内容，再与下位法比较，看其是否在实质上变更。

实务中的难点，是下位法对上位法的具体化。具体化是允许的，但不得超出上位法的框架。例如，上位法规定“情节严重”可以处罚，下位法将“情节严重”具体化为若干情形，属于具体化；若下位法将处罚扩大至“情节一般”，则属抵触。

## （三）法律保留与授权明确

法律保留，指特定事项只能由法律规定，行政机关不得自行创设。判断文件是否违反法律保留，须看其规定的事项是否属于法律保留的范围。

依立法法，涉及人身自由、税收、犯罪与刑罚、民事基本制度等事项，属于法律绝对保留；涉及其他重要事项，属于法律相对保留，可以授权行政法规规定，但不得再转授权。

实务中的难点，是“重要事项”的界定。行政许可、行政处罚、行政强制，均属重要事项，其设定须有法律的授权。规范性文件不得设定，即使有上级文件的授权，也不足以补正。

授权明确性，是法律保留的延伸。授权须明确授权的事项、范围、期限；授权过于概括的，据以制定的文件可能因缺乏明确依据而违法。这一标准，对限制权利的规定尤为严格。

审查时，应当要求制定机关指出授权的条款；不能指出的，认定违反法律保留。仅以“工作需要”“管理需要”为由的，不构成授权的依据。

## （四）无依据减损权利

第三项规定，没有法律、法规、规章依据，违法增加公民、法人和其他组织义务或者减损其合法权益的，属于不合法。这一项是独立的类型，不以上位法的明确规定为前提。

独立类型的意义，在于防止“无禁止即可为”的误用。行政机关制定文件，须有法律的授权；无授权而设定负担，即使不抵触任何具体条文，也因缺乏依据而违法。这一标准，体现了法律保留的原则。

实务中，此类违法最为常见。例如，部门文件设定备案的前置条件、要求企业缴纳保证金、限制外地企业参与本地招标、规定行政处罚的裁量基准下限。这些规定往往不抵触具体的上位法条文，但缺乏授权，实质上增加了相对人的负担。

审查时，应当要求制定机关说明依据。不能说明的，认定违法。说明的依据须是法律、法规、规章，不能是其他规范性文件，也不能是上级机关的会议纪要或者领导批示。

## （五）审查的密度

审查密度指法院对文件内容审查的深入程度。密度过高，法院将代替行政机关作政策判断；密度过低，违法文件将轻易通过审查。恰当的密度，是审查制度的关键。

本文主张，采“明显违法”标准为主、“一般违法”标准为辅的二元结构。对涉及权限、程序、法律保留的事项，采较严的标准；对涉及裁量、政策选择的事项，采较宽的标准，仅在其明显不合理时干预。

区分的理由是机关的能力与民主正当性。行政机关在专业领域具有判断优势，法院不宜替代；但权限与程序属于法律的框架问题，法院有能力也有职责作出判断。

实务中，密度失当的表现有二。其一是过宽：仅审查文件是否有上位法的字面依据，不审查其是否实质变更；其二是过严：对文件的具体化规定也作严格审查，动辄认定抵触。两者都不符合审查的定位。

## （六）程序严重违法

第四项规定，未履行法定批准程序、公开发布程序，严重违反制定程序的，属于不合法。程序违法的审查，限于“严重”的情形，轻微的程序瑕疵不影响文件的效力。

严重的判断，须看两点：是否履行了法定的必经程序，例如公众参与、专家论证、合法性审查、集体讨论；是否履行了公开发布程序。未经公开发布的文件，相对人无从知悉，不能作为对其不利的依据。

实务中，有的文件以“内部文件”名义制定，未向社会公布，却在执法中适用。此种情形，不仅程序违法，也违反了行政公开的原则，应当认定不合法。

# 五、审查结论的效力

## （一）个案拒绝适用

第六十四条规定的效力是“不作为认定行政行为合法的依据”。其含义是：法院在具体案件中，不将该文件作为判断行政行为合法的依据；其结果是：被诉行政行为失去依据，可能因此被撤销或者确认违法。

这一效力的性质，是个案的、相对的。它只对本案有效，不影响文件在其他案件中的适用；它只排除文件作为依据，不消灭文件本身；它只针对被诉行政行为，不针对文件的其他适用情形。

个案性的正当性，在于法院的权限。法院的职责是裁判具体争议，不是监督抽象规范；若赋予法院对世的撤销权，将使其侵入立法权与行政权。个案拒绝适用，是在现行宪制框架内最恰当的方式。

## （二）不是撤销

“不予适用”与“撤销”有本质区别。撤销是使文件丧失效力，对世发生；不予适用是使文件在本案中不产生依据效力，对个案发生。前者是监督权的行使，后者是法律适用的结果。

区别的实益，在于裁判的形式。撤销须在裁判主文中宣告，不予适用只在理由中说明。实务中，有的判决在主文中写“确认某文件某条无效”，这超出了法院的权限，属于越权裁判。

正确的表述是：在理由部分说明“经审查，某文件某条与上位法相抵触，不能作为认定被诉行政行为合法的依据”，主文中仅就行政行为的合法性作出判断。形式的正确，是权限正确的体现。

## （三）裁判理由的阐明

第一百四十九条规定，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，并在裁判理由中予以阐明。阐明的义务，是法定的，不能省略。

阐明的意义有三。其一，使当事人知悉审查的结论与理由，便于其寻求其他救济；其二，使制定机关知悉文件的问题，便于其修改或者废止；其三，使其他法院知悉审查的结论，便于其参照。

阐明的内容，应当包括：审查的对象；审查的标准；违法的具体情形；不予适用的结论。四者缺一不可。仅写“该文件不能作为依据”，未说明理由，属于说理不备。

阐明的程度，应当与审查的深度相当。经整体审查认定越权的，说明权限的依据；经具体审查认定抵触的，说明上位法的内容与抵触的表现；认定无依据减损权利的，说明缺乏授权的事实。

## （四）与信赖保护的紧张

文件被认定不合法后，此前依据该文件作出的行政行为如何处理？相对人可能已经依文件取得许可、获得利益，若一概否定，将损害其信赖。此时须衡量审查的必要性与信赖的保护。

衡量的方法，可以参照信赖保护的要件：信赖的基础是否存在；信赖是否值得保护；公共利益是否需要优先。三项具备的，可以维持已经作出的行政行为，但应当对相对人的损失予以补偿。

实务中，有的判决在认定文件违法后，对依据该文件作出的所有行政行为一概撤销，未考虑相对人的信赖。此种处理，虽符合合法性原则，却可能造成过度的损害，影响法的安定性。

妥当的做法是：区分授益行为与负担行为。授益行为，相对人已获利益的，可以维持，但须补偿；负担行为，相对人受损的，应当撤销。区分的标准，是撤销对相对人的影

响，而非行为的类型。

## （五）说理的强度

不予适用的说理，应当达到何种强度？本文认为，应当达到“足以使制定机关与其他法院理解”的程度。仅写结论，不足以使制定机关知悉问题所在，也不足以使其他法院参照。

强度的具体标准，可以分三层：事实层，说明文件的制定背景与适用情况；规范层，指出上位法的内容与文件的具体条款；评价层，说明为何构成抵触或者越权。三层具备，说理才算充分。

对于复杂的专业问题，例如技术标准、行业规范，说理还应当借助专家意见或者权威资料。仅凭法官的一般认知作出判断，难以令人信服。

## 六、效力的传导

### （一）司法建议

第一百四十九条规定，作出生效裁判的法院应当向制定机关提出处理建议，并可以抄送制定机关的同级人民政府、上一级行政机关、监察机关以及备案机关；可以在裁判生效之日起三个月内提出修改或者废止的司法建议；接收建议的机关应当在六十日内书面答复。

司法建议的功能，是使个案的结论转化为对文件的处理。法院不能撤销文件，但可以建议制定机关修改或者废止；制定机关不处理的，法院可以抄送有关机关，形成监督的合力。

六十日答复义务，是司法建议的刚性所在。此前，司法建议多为“柔性”的，制定机关可以不予理睬；现规定答复义务，使建议具有了程序上的约束。未答复的，法院可以向上级机关或者监察机关反映。

实务中，司法建议的质量参差不齐。有的仅写“建议修改”，未指明违法的条款与理由；有的未附裁判文书，制定机关无从了解案情。质量的提升，须从具体化入手：指明条款、说明理由、提出方案。

### （二）司法建议的跟踪

司法建议发出后，法院应当跟踪答复情况。制定机关在六十日内未答复的，法院可以催告；催告后仍不答复的，可以抄送同级人民政府、上一级行政机关或者监察机关。

跟踪的意义，在于使建议不流于形式。实务中，建议发出后即归档，无人跟踪，制定机关是否处理、如何处理，法院并不知晓。此种做法，使建议的刚性大打折扣。

跟踪的方式，可以建立台账，记录建议的发出时间、答复期限、答复内容、处理结果。台账既便于管理，也便于统计审查的实效，为制度的完善提供依据。

### （三）与备案审查的衔接

司法建议可以抄送备案机关，这是衔接的通道。备案机关收到建议后，可以启动备案审查，对文件作出处理；其处理的结果，对世发生，可以弥补个案效力的不足。

衔接的意义，在于形成闭环。法院发现文件违法，通过建议告知制定机关；制定机关不处理，通过抄送告知备案机关；备案机关审查后撤销或者修改，问题得以解决。三个环节，缺一不可。

实务中，衔接并不顺畅。法院往往只向制定机关发出建议，不抄送备案机关；备案机关也不了解法院的审查结论。信息的隔绝，使衔接落空。改进的方向，是建立信息的共享机制，使审查的结论能够及时传递。

### （四）公益诉讼中的适用

行政公益诉讼中，检察机关可以就行政机关违法行使职权或者不作为提起诉讼。若行政机关的行为依据违法的规范性文件，检察机关能否一并请求审查？

本文认为，可以参照适用。公益诉讼的目的在于维护公共利益，若文件违法而未纠正，损害的持续将难以制止；附带审查可以使法院在判决中排除违法文件的适用，从根本上解决问题。

但须注意，公益诉讼的原告是检察机关，其请求的范围应当与公共利益相关。与公共利益无关的条款，不宜纳入审查；否则，公益诉讼将演变为对文件的全面审查，超出其功能。

### （五）对行政机关的辐射

审查结论虽不及于他案，但对行政机关具有事实上的约束。文件被认定不能作为依据后，制定机关通常会自行修改或者废止；其他行政机关在作出同类行为时，也会审慎援引。此种约束，源于裁判的权威，而非法律的强制。

行政机关不因裁判而负改废义务。法院不能判令其修改文件，也不能宣告文件无效；能够做的，只是拒绝适用并发出建议。行政机关是否改废，取决于其自身的判断与备案审查的推进，法院无权代为决定。

为避免误解，裁判文书的表述应当明确：不予适用仅针对本案，不意味着文件整体失效；行政机关在其他案件中仍可援引，但应当预见可能再次被拒绝适用的风险。此种提示，有助于减少不必要的争议，也有助于行政机关自行权衡。

从实践看，多数制定机关在收到建议后会启动修改程序。这一反应说明，裁判的辐射力主要经由建议、抄送与舆论实现，而非经由效力本身。理解这一点，对于把握制度的边界至关重要。

### （六）类案参照

个案效力虽不及于他案，但裁判理由具有事实上的说服力。其他法院审理同类案件

时，可以参照先例的审查结论；参照的理由，是法律的统一适用，而非既判力。

参照的机制，是类案检索。法院在审理涉及同一文件的案件时，应当检索此前是否有法院作出不予适用的判断；有判断的，应当参照；不参照的，应当说明理由。

类案参照的局限，在于其非强制性。不同法院可以对同一文件作出不同判断，形成“同案不同判”。解决的方法，是通过提级管辖、统一法律适用机制，使分歧得以消解；而非通过赋予个案对世效力。

还有一种机制，是最高人民法院的指导性案例。涉及规范性文件审查的案例，可以被遴选为指导性案例，对全国法院产生参照效力。这一机制，可以在不改变宪制框架的前提下，增强审查结论的辐射力。

## 七、裁判技术的展开

### （一）请求的提出与释明

当事人提出一并审查的请求，应当在一审开庭审理前提出；有正当理由的，也可以在法庭调查中提出。请求应当提供明确的文件名称或者审查对象，不能笼统地要求审查“所有依据”。

当事人未提出请求，但行政行为明显依据违法文件的，法院应当释明，告知其可以提出；释明后仍不提出的，法院可以依职权审查，因审查依据的合法性是法律适用的内在环节。

释明应当记入笔录。未释明即依职权审查的，不构成程序违法，但可能使当事人失去针对审查发表意见的机会；故释明是更妥当的做法。

### （二）制定机关的参与

第一百四十七条规定，法院在审查过程中，发现规范性文件可能不合法的，应当听取制定机关的意见；制定机关申请出庭陈述意见的，应当准许；未陈述意见或者未提供证明材料的，不能阻止审查。

听取意见的意义，在于保障制定机关的陈述权。文件制定的背景、依据、目的，制定机关最为清楚；听取其意见，可以避免误判。但听取意见不是审查的前提，制定机关不参与的，法院可以缺席判断。

实务中，制定机关多不愿参与。有的以“文件已废止”为由拒绝，有的以“不属于行政诉讼范围”为由推诿。法院应当依法通知，并说明参与的意义；拒绝参与的，记录在案，作为审查的参考。

### （三）二审与再审的处理

一审未审查文件，二审认为应当审查的，可以补充审查。审查的结论，可以作为改判或者发回的理由；但应当给予制定机关陈述的机会，避免突袭。

一审认定文件不合法，二审认为认定错误的，应当纠正。纠正的方式，是在理由中说明文件合法，可以作为依据；不能仅在主文中维持原判，而不纠正理由，因理由的错误将影响后续案件的参照。

再审中的审查，须以“原审未审查”或者“审查结论明显错误”为前提。当事人未在原审提出请求，再审首次提出的，应当说明理由；无正当理由的，可以不予支持。

再审的结论，同样只在理由中说明，不在主文中宣告。若原判依据违法文件作出，再审应当撤销原判，并说明文件不能作为依据；不能仅撤销原判而不说明，否则后续案件仍可能重复适用。

## （四）裁判文书的表述

裁判文书对附带审查的处理，应当分三种情形表述。其一，文件合法，表述为“经审查，某文件某条与上位法不相抵触，可以作为认定被诉行政行为合法的依据”；其二，文件不合法，表述为“经审查，某文件某条与上位法相抵触，不能作为认定被诉行政行为合法的依据”；其三，未予审查，表述为“当事人未提出一并审查的请求，本院对该文件的合法性不作审查”。

三种表述，都应当在理由部分专段论述，不能夹杂在对行政行为合法性的论述中。专段论述，使审查的结论清晰，也便于制定机关与其他法院查阅。

对于不予适用的，还应当说明后续处理：是否提出司法建议；是否抄送有关机关。说明后续处理，使裁判的效果延伸至个案之外，体现审查的制度功能。

还需指出，附带审查的完善，有赖于法院内部的统一。同一文件在不同法院被作出不同判断，将损害法的安定性，也使制定机关无所适从。建立涉及规范性文件审查案件的报送、研讨与统一机制，是当前的迫切任务。

最后，附带审查的开展，需要法官具备相应的能力。规范性文件的审查，涉及权限、程序、内容等多个维度，要求法官熟悉立法法、行政处罚法、行政许可法等规范。能力的提升，是制度落地的基础。

最后须强调，附带审查的开展应当审慎。文件的背后是政策，政策的形成有其复杂的考量；法院的审查限于合法性，不涉及合理性，更不涉及政策的优劣。越过这一界限，将使司法侵入行政的领域。

# 八、结语

规范性文件的附带审查，是在现行宪制框架内，法院对抽象规范进行监督的有限通道。其有限性，体现在效力上：只能拒绝适用，不能撤销；其通道性，体现在程序上：可以由具体案件触发，使个人的救济转化为对规范的监督。

本文主张的三点，都围绕这一有限性展开。效力是个案的，故不得在主文中宣告；范围及于相关条款，故不得割裂审查；标准包括无依据减损权利，故不得仅作抵触判断。三

点相互支撑，构成一个可操作的框架。

对裁判者而言，这一框架的实益是使审查有了顺序：先判断文件是否属于审查对象；再作整体审查，判断有无资格；再作具体审查，判断被援引条款与相关条款是否合法；最后说明结论与后续处理。四步依次展开，结论自然清晰。

最后须指出，附带审查的实效，最终取决于效力的传导。个案拒绝适用只是起点，若同一文件仍在其他案件中适用，则监督的目的未达成。故裁判理由的说理、司法建议的刚性、备案审查的衔接，三者缺一不可。这一传导机制的完善，无法由规则一次完成，而须在每一个具体案件中，通过充分的说明、具体的建议与及时的沟通逐步实现；也正是在这种传导中，附带审查才能从个案的救济，走向对规范的普遍约束。

## 参考文献

- [1] 《中华人民共和国行政诉讼法》（2017年修正）第五十三条、第六十四条。
- [2] 《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》（法释〔2018〕1号）第一百四十五条至第一百五十一条。
- [3] 《中华人民共和国立法法》（2023年修正）第九十九条至第一百零四条。
- [4] 何海波：《行政诉讼法》（第三版），法律出版社2022年版。
- [5] 王贵松：《规范性文件附带审查的效力》，《中国法学》2021年第5期。
- [6] 章剑生：《行政诉讼中规范性文件审查的困境与出路》，《法学研究》2020年第6期。