

行政诉讼中规范性文件附带审查的限度

附带审查中的对象、标准与方式

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确立规范性文件附带审查制度, 司法解释进一步规定了审查的程序与处理方式, 但制度运行的效果并未达到预期。附带审查的请求往往被以不属于审查范围为由驳回, 或者虽经审查而处理方式含糊, 法院既不撤销也不宣告无效, 仅在不予适用的意义上作否定评价。这一局面的形成, 源于三重限度的未获厘清: 审查对象的限度, 即何谓可以附带审查的规范性文件; 审查标准的限度, 即法院可以对规范性文件审查到何种深度; 处理方式的限度, 即认定违法后法院可以作出何种处理。本文主张, 三重限度应分别界定: 在对象上, 以制定主体、内容属性、外部效力、反复适用四项标准识别, 将行政机关的内部文件、具体行政行为、非普遍适用的决定排除在外; 在标准上, 采三层审查, 第一层审查制定权限的有无, 第二层审查制定程序的合法性, 第三层审查内容是否与上位法相抵触, 三层之中, 权限与程序的审查可以全面进行, 内容的审查则应保持克制, 限于明显抵触的情形; 在处理上, 应明确不予适用的效力仅及于本案, 同时通过司法建议、案例指导、通报等方式, 推动制定机关修改或者废止, 形成个案否定与系统纠正的衔接。

关键词: 规范性文件; 附带审查; 审查标准; 不予适用; 司法建议

中图分类号: D925.3 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2020)02-0001-13

The Limits of Incidental Review of Normative Documents in Administrative Litigation

ZHAO Yue

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

Abstract: Article 53 of the Administrative Procedure Law establishes the incidental review of normative documents, and judicial interpretations further provide for its procedure and dispositions, yet the institution has not performed as expected. Requests for incidental review are often dismissed as falling outside the scope of review, or, where review is conducted, the disposition remains ambiguous: courts neither revoke nor declare invalid but merely deny application. This situation stems from three unclarified limits: the limit of the object, namely what counts as a reviewable normative document; the limit of the standard, namely how deep the court may inquire; and the limit of the disposition, namely what the court may do upon finding illegality. This article argues that the three limits should be defined separately. As to object, four criteria, namely the issuing subject, the nature of content, external effect and repeated application, serve to identify reviewable documents and to exclude internal documents, concrete administrative acts and non-general decisions. As to standard, a three-tier review is proposed: the first tier examines competence, the second examines procedural legality, and the third examines whether the content contradicts superior law; competence and procedure may be reviewed fully, while content review should remain restrained and confined to manifest contradiction. As to disposition, the effect of denial of application should be expressly limited to the case at hand, while judicial suggestions, guiding cases and notifications should be used to prompt amendment or repeal, thereby linking individual denial with systemic correction.

Key words: normative document; incidental review; standard of review; denial of application; judicial suggestion

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, 主要研究行政诉讼与国家赔偿。

一、问题的提出

行政诉讼中, 当事人常以行政机关据以作出决定的规范性文件违法为由, 请求法院一并审查。这一请求的依据是行政诉讼法第五十三条: 公民、法人或者其他组织认为行政行

为所依据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。

制度的初衷，是解决红头文件违法却难以纠正的问题。在附带审查制度建立之前，法院面对违法的规范性文件，只能在不予适用的意义上作否定评价，既不能撤销，也不能宣告无效，制定机关往往毫发无损，违法的文件继续适用。

该制度的规范依据、请求方式与处理后果，可参见规范性文件一并审查一文所作的梳理。该文所述的操作要点，本文不再重复，此处关注的是审查的限度。

制度建立之后，问题并未根本解决。实务中，附带审查的请求被以不属于审查范围为由驳回的情形相当普遍；即使进入审查，法院的处理方式亦多含糊，有的仅在不予适用的意义上作否定评价，有的以司法建议的方式移送制定机关，有的则在裁判文书中回避对文件效力的正面表态。

这一局面的形成，不能简单归咎于法院的审慎。根本的原因，是三重限度未获厘清。第一重是审查对象的限度：何谓可以附带审查的规范性文件，法律未作界定，实务中的把握宽严不一。

第二重是审查标准的限度：法院可以对规范性文件审查到何种深度，是仅审查其是否与上位法抵触，还是可以审查其合理性、必要性、比例性；是仅作形式审查，还是可以作实质审查。法律未作规定，学理亦有分歧。

第三重是处理方式的限度：认定规范性文件违法后，法院可以作出何种处理，是仅不予适用，还是可以宣告无效，抑或可以责令制定机关修改。法律与司法解释的规定并不一致，实务中的做法亦不统一。

三重限度相互关联。对象的界定过宽，将使法院不堪重负；标准的把握过严，将使审查流于形式；处理方式的模糊，将使审查失去实效。故须整体地厘清三者。

本文的结构如下：先讨论附带审查的性质，以此确定其限度的一般原理；再依次讨论对象、标准、处理三重限度；最后讨论附带审查与备案审查、合宪性审查的衔接，以及制度的完善路径。

二、附带审查的性质与限度的一般原理

附带审查的性质，是理解三重限度的前提。对此，学理上有三种观点：一种认为它是行政诉讼的组成部分，属于对行政行为合法性的审查；一种认为它是独立的规范审查，只是附带于个案；一种认为它是有限的规范审查，其效力仅限于个案。

本文倾向于第三种。附带审查既非纯粹的行政行为审查，亦非完整的规范审查，而是一种有限的规范审查：其启动依赖于个案，其对象限于行政行为所依据的文件，其效力限于个案，其处理方式限于不予适用。

这一定位，可从三处规定得到印证。其一，第五十三条规定附带审查须在对行政行为

提起诉讼时一并请求，不能单独提起，故其启动依赖于个案。其二，第五十三条规定审查的对象限于行政行为所依据的规范性文件，不包括与本案无关的文件。其三，第六十四条规定，人民法院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，故其效力限于个案，处理方式限于不予适用与提出建议。

有限的规范审查，意味着三重限度的存在具有正当性。若无对象限度，附带审查将演变为抽象的规范审查，与行政诉讼的个案性相悖；若无标准限度，法院将替代行政机关作政策判断，与权力分工相悖；若无处理限度，法院将行使撤销规范性文件的权力，与现行法制的安排相悖。

但限度不等于虚无。有限审查仍是审查，法院仍须对文件的合法性作出实质判断，不能以限度为由回避审查。实务中的问题，恰恰在于限度被当作了回避的理由：以不属于审查范围驳回请求，以尊重行政裁量为由不作实质判断，以处理方式有限为由含糊其辞。

故本文的主张是：限度的界定应更为清晰，使法院知道可以审查什么、审查到何种深度、可以作出何种处理；限度的适用应更为严格，不能以限度为由拒绝审查。清晰的限度，既是约束，也是授权。

限度的一般原理，可归纳为三点。其一，附带性原理：审查的范围限于行政行为所依据的文件，不及于其他；其二，合法性原理：审查的内容限于合法性，不及于合理性；其三，个案性原理：审查的效力限于本案，不及于其他案件。

三点原理，分别对应对象、标准、处理三重限度。下文依次展开。

附带审查的制度沿革，可作简要回顾。一九八九年行政诉讼法制定时，未设附带审查；一九九九年司法解释规定，人民法院审理行政案件，可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他规范性文件，隐含了对文件合法性的审查；二〇一四年修正行政诉讼法，正式确立附带审查；二〇一八年司法解释进一步细化了程序。

这一沿革表明，附带审查是从引用审查中生长出来的。早期法院审查文件的合法性，仅是为了决定是否引用；后来才发展为独立的审查请求，并配以处理建议的程序。故其基因中带有附随性，这也解释了为何其效力限于个案。

与抽象行政行为审查的关系，须作辨析。行政诉讼法第十三条排除了对行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令的起诉，即所谓抽象行政行为不可诉。附带审查并非对这一排除的突破，而是对其的补充：当事人不能单独起诉规范性文件，但可以在起诉具体行为时一并请求审查。

这一区分的关键，在于诉讼标的。附带审查的诉讼标的仍是具体行政行为，规范性文件只是审查的对象，而非诉讼的标的。故法院的裁判主文不涉及文件的效力，只涉及具体行为的合法性。

实务中，有的当事人以起诉具体行为为名，实为请求撤销规范性文件，如请求确认某文件无效、责令制定机关废止文件。此类请求不属于行政诉讼的受案范围，法院应裁定不

予立案或者驳回起诉。但若其在起诉具体行为时一并提出，则应作为附带审查的请求处理。

三、审查对象的识别

规范性文件的界定，是附带审查的第一道门槛。行政诉讼法未作定义，学理上通常参照国务院办公厅的相关规定，指行政机关及法律、法规授权的组织制定的，涉及公民、法人或者其他组织权利义务，具有普遍约束力，在一定期限内反复适用的文件。

据此，识别可采四项标准：制定主体、内容属性、外部效力、反复适用。四项标准均具备的，属于可附带审查的规范性文件；缺其一的，应予排除。

标准一：制定主体。规范性文件的制定主体，须是行政机关或者法律、法规授权的组织。行政机关的内设机构、临时机构、派出机构，原则上不具有制定主体资格；其以自己名义制定的文件，不属于可审查的规范性文件。

但须注意，若内设机构以所属行政机关的名义制定，或者经所属行政机关批准、转发，则视为该行政机关制定，属于可审查的范围。实务中，许多文件由部门办公室印发，署名却是部门本身，此时应认定为部门制定。

标准二：内容属性。规范性文件的内容，须涉及公民、法人或者其他组织的权利义务。仅涉及行政机关内部事务的文件，如工作流程、人事管理、财务管理、公文处理，不属于可审查的规范性文件。

实务中的难点，是内部文件与外部文件的界分。有的文件名义上是内部文件，如会议纪要、工作指引、操作规程，但其内容实际影响相对人的权利义务，如设定许可条件、规定处罚标准、限制申请资格。此时应依实质判断，认定为可审查的规范性文件。

判断的标准，是该文件是否对外产生效力。若相对人可依该文件主张权利或者须依该文件履行义务，则该文件具有外部效力，属于可审查的范围；若该文件仅约束行政机关内部，相对人无从援引，则不属于。

标准三：外部效力。前已述及，外部效力指文件对行政机关之外的主体产生的约束力。判断时须注意两点：其一，文件是否向社会公布；其二，文件是否在行政决定中被援引。未公布但被援引的，仍具有外部效力。

标准四：反复适用。规范性文件须在一定期限内反复适用，而非一次适用。针对特定事项、特定对象作出的决定，即使以文件形式发布，亦不属于规范性文件，而属于具体行政行为。

实务中的难点，是所谓批发式决定。有的行政机关以一份文件对多个特定对象作出处理，如一份文件批准多个小区的拆迁补偿方案，一份文件确定多个企业的关停名单。此类文件形式上具有普遍性，实质上针对特定对象，应认定为具体行政行为，不属附带审查的范围。

但若该文件所确定的规则可反复适用于不特定的对象，如确定某类项目的补偿标准，则仍属规范性文件。故判断的关键，不在于文件所涉对象的数量，而在于其确立的是规则还是处理。

四项标准之外，尚有两类文件须特别讨论。其一，行政规章。规章不属于附带审查的范围，其审查依立法法与规章制定程序条例，由国务院、全国人大常委会、省级人大常委会进行。当事人请求附带审查规章的，法院应告知其另循途径。

其二，其他规范性文件中的技术标准。技术标准由标准化机构制定，其性质存在争议。若该标准被行政机关援引为执法依据，则应以该行政机关为对象审查其援引行为；若该标准本身由行政机关制定并具有强制效力，则可作为规范性文件附带审查。

实务中还有一种情形：行政机关依据法律、法规的授权制定实施细则，该细则的效力如何认定。若细则系对法律的解释或者具体化，其性质仍为规范性文件，可附带审查；但审查时须尊重行政机关的解释空间，不宜以法院的解释替代。

综上，审查对象的识别，须综合四项标准作实质判断，不能仅凭文件的名称、形式、发文机关的文号。实务中以通知、意见、办法、规定等名称发布的文件，均可能构成规范性文件；反之，名为规定的文件，亦可能仅为内部工作安排。

识别的实例，可举三则。其一，某市政府办公室印发会议纪要，确定某片区房屋征收的补偿标准为每平方米若干元，该纪要虽名为内部文件，但被征收部门作为补偿依据援引，对相对人的权利义务产生实际影响，应认定为可审查的规范性文件。

其二，某省主管部门发布执法指南，规定对某类违法行为一律按上限处罚。该指南虽名为指导，但实际约束执法人员的裁量，且对外产生效力，应认定为可审查的规范性文件。

其三，某县发布通知，确定本年度关闭退出企业的名单及补偿金额。该通知针对特定对象作出处理，虽以文件形式发布，但属于具体行政行为，不属附带审查的范围。

三则实例的差别，在于文件确立的是规则还是处理。会议纪要与执法指南确立的是可反复适用的规则，故属规范性文件；关闭名单针对的是特定企业，故属具体行为。判断的关键，不在于名称，而在于内容。

裁量基准的性质，值得单独讨论。行政机关为规范裁量权，制定裁量基准，将法定的处罚幅度细化为若干档次。此类基准具有外部效力，可反复适用，属于规范性文件；但其内容属于对裁量的具体化，法院审查时应尊重其专业判断，仅在其明显超越法定幅度或者违反平等原则时，方予否定。

还有一种情形，是行政机关与行业协会联合发布文件。此类文件的制定主体包含非行政机关，其性质须依内容的实际约束力判断。若其内容由行政机关强制推行，则视为行政机关制定；若仅为行业自律规范，则不属于可审查的规范性文件。

四、审查标准的层次

审查标准，指法院可以对规范性文件审查到何种深度。对此，实务中的做法差异极大：有的仅审查文件是否与上位法明文抵触，有的则全面审查其合法性、合理性、必要性。

本文主张采三层审查。第一层审查制定权限，即制定机关是否有权制定该文件；第二层审查制定程序，即文件的制定是否履行了法定程序；第三层审查内容，即文件的内容是否与上位法相抵触。

三层之中，权限与程序的审查可以全面进行。理由是：权限与程序属于形式合法性的范畴，其判断标准明确，法院有能力审查，且审查不涉及政策判断，不会侵入行政机关的裁量空间。

权限审查的内容，包括：制定机关是否有该项事务的管辖权；是否超越法定权限；是否违反法律保留原则，即是否就应由法律、法规规定的事项作出规定；是否违反授权范围，即是否超出授权法的授权。

实务中常见的问题是，行政机关以规范性文件设定行政许可、行政处罚、行政强制。依行政许可法第十七条，除法律、法规外，其他规范性文件一律不得设定行政许可；依行政处罚法第十六条，除法律、法规、规章外，其他规范性文件不得设定行政处罚；依行政强制法第十条，行政强制措施由法律设定，法规可在法定范围内设定部分措施，其他规范性文件无权设定。

此类文件，属于超越权限，应认定为不合法。实务中，有的法院以文件仅为内部指导、未对外产生效力为由回避审查，这一做法不妥。文件既已设定许可条件或者处罚标准，即具有外部效力，应受审查。

程序审查的内容，包括：是否经过调研起草、征求意见、合法性审核、集体审议决定；是否向社会公布；是否履行了公开征求意见的程序；是否按规定报送备案。

程序瑕疵的后果，须区分情形。轻微的程序瑕疵，如未在文件中载明有效期，不影响文件的效力；重大的程序违法，如未向社会公布即作为执法依据，应认定文件不合法。

内容审查，是三层中最复杂的一层。其核心是判断文件内容是否与上位法相抵触。抵触的情形包括：增加上位法未规定的义务；减损上位法赋予的权利；提高或者降低上位法规定的条件、标准；改变上位法规定的程序；扩大或者缩小上位法的适用范围。

内容审查的限度，是本文重点讨论的问题。本文主张，内容审查应保持克制，限于明显抵触的情形。理由是：规范性文件往往涉及复杂的政策考量，法院缺乏相应的专业能力与信息基础；且文件的制定属于行政权的固有领域，法院的过度审查将侵扰行政的自主性。

克制的具体表现有三。其一，不审查合理性。文件所设定的标准是否适当、措施是否必要、成本是否过高，属于合理性的范畴，法院原则上不予审查，除非明显不当。其二，

尊重解释空间。对上位法的解释存在多种可能时，若行政机关的解释具有一定合理性，法院应予尊重。其三，不替代政策判断。文件所体现的政策选择，如优先发展某类产业、限制某类活动，属于行政机关的裁量，法院不予审查。

但克制不等于放弃。若文件的内容明显违反上位法的明文规定，或者明显超越授权范围，或者明显违反法定程序，法院仍应认定其不合法。明显性的判断，可参照比例原则的审查强度，即只有在文件的违法性无需深入论证即可认定时，方予否定。

三层审查的关系，宜采递进结构：先审查权限，权限欠缺的，径行认定不合法，无须进入程序与内容的审查；权限具备的，审查程序，程序重大违法的，认定不合法；权限与程序均合法的，审查内容。

递进结构的意义，在于节约审查成本，避免不必要的冲突。若文件因超越权限而违法，法院无须就内容的合理性展开论证，即可作出判断，从而减少与制定机关的正面冲突。

内容审查的具体方法，可归纳为四步。第一步，确定上位法。须查明文件所涉事项的上位法依据，包括法律、行政法规、地方性法规、规章。若上位法不存在，则文件的制定须有职权依据，否则构成无依据创设。

第二步，比对规范。将文件的条款与上位法的对应条款逐项比对，判断是否存在增加义务、减损权利、提高条件、改变程序的情形。比对时须注意，文件对上位法的具体化不构成抵触，纵其表述与上位法不同，只要实质一致，即属合法。

第三步，判断抵触的性质。抵触可分为直接抵触与间接抵触。直接抵触指文件的规定与上位法的明文规定相反；间接抵触指文件的规定虽无明文反对，但实质上使上位法的规范目的落空。前者易于判断，后者须结合立法目的作实质分析。

第四步，衡量明显性。仅当抵触具有明显性时，方认定文件不合法。明显性的判断，可考虑三项因素：抵触的条款是否为文件的核心条款；抵触是否影响相对人的重大权益；抵触是否为本级或者上级机关所明知。

四步方法之外，尚须注意比例原则的适用限度。比例原则要求措施与目的相适应，其审查强度高于合法性审查，接近于合理性审查。故在附带审查中，比例原则仅在文件所采取的措施明显不当时适用，不宜作为一般标准。

实务中，有法院以文件规定的罚款幅度过高、不符合比例原则为由认定其不合法。这一做法虽有其正当性，但须谨慎。罚款幅度属于行政机关的裁量，法院原则上应予尊重；仅当幅度明显超出必要限度，如轻微违法科以巨额罚款，方可以明显不当为由否定。

专家辅助人的作用，在技术性较强的案件中尤为重要。若文件涉及环境标准、食品安全标准、工程建设标准，法院可邀请相关领域的专家参与审查，就标准是否与上位法一致提供意见。这一做法可弥补法官专业知识的不足。

审理组织的形式，宜由合议庭审理。附带审查涉及对规范性文件的合法性判断，其影

响超出个案，故不宜由独任法官审理。合议庭中，宜有熟悉行政法的法官，必要时可提请专业法官会议讨论。

五、审查的程序构造

附带审查的程序，司法解释作了规定，但仍有若干细节须澄清。程序的构造，包括请求的提出、审查的启动、审查的方式、审查的期限、审查结论的作出。

请求的提出，须在一审开庭前提出；有正当理由的，可以在法庭调查中提出。逾期提出的，法院不予准许。这一限制的目的，在于避免当事人以附带审查拖延诉讼。

实务中的问题是，当事人在起诉时未提出附带审查请求，在庭审中经法官释明后才提出，此时是否准许。本文认为，应予准许，理由是附带审查关乎行政行为的合法性基础，法院有依职权审查的义务，不应因当事人的疏忽而放弃。

审查的启动，可由当事人请求，亦可由法院依职权进行。行政诉讼法第五十三条规定了当事人的请求权，但未排除法院的依职权审查。实务中，法院在审查行政行为合法性时，必然要审查其依据的文件是否合法，故依职权审查是必然的。

审查的方式，以书面审查为原则，必要时可听取制定机关的意见。司法解释规定，人民法院可以对规范性文件进行审查，并可以要求制定机关提供相关材料或者说明。这一规定赋予了法院调查权，但未明确其强制力。

本文主张，制定机关无正当理由不提供材料或者不作说明的，法院可推定当事人的主张成立。这一推定与前述平台用工中的推定同理：制定机关掌握文件的制定背景与依据，其不提供，应承担不利后果。

听取制定机关意见的方式，宜采书面征求意见与座谈会相结合。书面征求意见适用于事实清楚、争点明确的案件；座谈会适用于涉及重大政策、社会影响较大的案件。座谈会可邀请制定机关、当事人、专家学者参加。

须注意，制定机关不是案件的当事人，不享有当事人的诉讼权利。其参加审查，是为法院提供信息，而非为自己的行为辩护。故其意见不具有当然的证明力，法院仍须独立判断。

审查的期限，法律未作特别规定，应计入案件的审理期限。实务中的问题是，附带审查往往延长审理期限，导致案件超审限。故宜在司法解释中明确，附带审查所需的时间不计入审理期限，或者规定相应的延长程序。

审查结论的作出，须在裁判文书中说明理由。实务中，有的法院仅在判决书的本院认为部分一笔带过，未就文件的合法性展开论证；有的则完全不提，径行适用或者不适用。两种做法均不妥。

本文主张，审查结论应在裁判文书中单列一段，说明以下内容：当事人提出的审查请求及其理由；文件的基本情况；审查的层次与结论；不予适用或者予以适用的理由。若认

定文件不合法，还须说明后续的处理方式。

说理的要求，看似增加了法官的负担，实则可提升裁判的可接受性。当事人之所以反复申诉，往往不是因为结果不利，而是因为理由不明。充分的说明，可使当事人理解法院的判断，减少无谓的争讼。

六、处理方式的选择

认定规范性文件不合法后，法院可以作出何种处理，是三重限度中最具实践意义的一重。现行法的规定，可归纳为两项：一是不作为认定行政行为合法的依据，即不予适用；二是向制定机关提出处理建议。

不予适用的效力，仅及于本案。这是附带审查的个案性所决定的。故法院不能宣告文件无效，亦不能撤销文件，只能在本案中拒绝适用。这一处理，在理论上被称为个案拒绝适用权。

实务中的问题是，不予适用的效力能否延伸。若同一文件在多个案件中被认定为不合法，其他案件的当事人能否援引先例，主张不予适用。对此，法律未作规定，实务中的做法不一。

本文主张，不予适用的效力虽仅及于本案，但其说理具有事实上的先例效力。其他法院在审理同类案件时，可参照先例的判断，但不受其拘束。若欲统一，须通过指导性案例或者司法解释的途径。

处理建议的性质，是司法建议的一种。司法解释规定，人民法院可以向制定机关提出处理建议，并可以抄送制定机关的本级人民政府、上一级行政机关、监察机关、备案机关。这一规定，使处理建议具有了超出个案的影响力。

处理建议的内容，宜具体明确，包括：文件违法的具体条款；违法的性质与理由；建议修改或者废止的具体内容；建议的期限。笼统的建议，往往得不到重视；具体的建议，则便于制定机关执行。

实务中的问题是，制定机关对处理建议置之不理，法院无相应的督促手段。对此，宜建立三项机制：其一，反馈机制，要求制定机关在三个月内书面反馈处理情况；其二，通报机制，将不予处理的，通报其上级机关与监察机关；其三，公开机制，将处理建议与反馈情况纳入司法公开的范围。

三项机制中，公开机制最为有效。制定机关对舆论的敏感度，往往高于对司法建议的敏感度。一旦处理建议公开，制定机关将面临社会压力，其修改或者废止的意愿亦会增强。

除不予适用与处理建议外，尚有三种处理方式值得讨论。其一，确认违法。若文件已被废止或者修改，法院可否确认其原内容违法。本文认为可以，理由是确认违法可为此后的赔偿请求提供依据。

其二，移送审查。若法院认为文件可能违反法律、法规，但无权作出判断，可移送有权机关审查。这一方式在实务中较少使用，但在涉及规章或者重大政策时，具有意义。

其三，提出立法建议。若法院在审查中发现上位法本身存在漏洞或者矛盾，可向立法机关提出建议。这一方式超出了个案的范围，但在制度层面具有价值。

五种处理方式的关系，宜采分层结构：不予适用为基本方式，适用于所有认定违法的情形；处理建议为辅助方式，适用于需要系统纠正的情形；确认违法为补充方式，适用于文件已失效但须明确其违法性的情形；移送审查与立法建议为特殊方式，适用于超出法院判断能力的情形。

处理建议的实际效果，值得作一点实证观察。从公开的案例看，法院提出处理建议后，制定机关修改或者废止文件的比例并不高；多数情形是制定机关书面回复正在研究，此后无下文。这一现象说明，处理建议的约束力有限。

约束力有限的原因有三。其一，处理建议无法律上的强制力，制定机关不执行，法院无制裁手段。其二，处理建议的抄送范围有限，多数仅抄送制定机关本身，未抄送其上级或者监察机关。其三，处理建议的内容往往笼统，未指出具体的违法条款与修改方案，制定机关难以操作。

改进的方向，前已述及，即建立反馈、通报、公开三项机制。此处补充一点：处理建议宜与案例指导相结合。若法院将认定文件违法的案例报送上级法院，经遴选成为指导性案例，其影响力将远超个案的处理建议。

指导性案例的作用，在于它确立了判断的规则，而不仅是解决了个案。制定机关面对指导性案例，其修改文件的动力将强于面对单个法院的建议。故宜建立附带审查案例的专门报送与遴选机制。

确认违法的处理，须注意其适用条件。文件已被废止或者修改的，法院可否确认原内容违法，取决于确认是否具有实际意义。若当事人仅请求确认具体行为违法，法院无须单独确认文件违法；若当事人据此主张赔偿，则确认文件违法可作为赔偿的前提。

七、与备案审查、合宪性审查的衔接

附带审查并非孤立的制度，它与备案审查、合宪性审查共同构成规范审查的体系。三者的关系，须有清晰的界定。

备案审查，指规范性文件制定后报送有权机关备案，由备案机关进行审查。其主体是行政机关与人大常委会，其对象是全部规范性文件，其效力是撤销或者改变文件。

合宪性审查，指对法律、法规、规范性文件是否符合宪法进行审查。其主体是全国人大及其常委会，其对象是法律以下的全部规范，其效力是撤销或者不予批准。

三者的分工，可归纳为：附带审查着眼于个案，解决具体行政行为的依据是否合法；备案审查着眼于体系，解决规范性文件整体的合法性；合宪性审查着眼于最高规范，解决

规范体系的合宪性。

三者的衔接，存在两处难点。其一，重复审查。同一文件可能同时被法院附带审查、被备案机关审查，若两者的结论不一致，将损害法制的统一。其二，程序衔接。法院的处理建议如何转化为备案审查的启动，缺乏明确的通道。

对第一处难点，宜建立信息共享机制。法院作出不予适用的认定后，应将裁判文书抄送备案机关；备案机关作出撤销决定的，亦应通报法院。两者结论不一致的，宜由共同的上级机关协调。

对第二处难点，宜明确处理建议的移送程序。法院提出处理建议后，应同时抄送备案机关；备案机关收到后，应启动审查程序，并将结果反馈法院。这一程序的确立，可使个案否定转化为系统纠正。

此外，宜明确附带审查与行政复议中的规范性文件审查的关系。行政复议法规定了申请人对规范性文件的审查申请权，复议机关有权处理。若同一文件在复议与诉讼中均被审查，应避免结论冲突。

实务中的做法，是复议机关的处理结论对法院无拘束力，法院仍须独立审查。但法院在审查时，可参考复议机关的意见，尤其当复议机关为上级行政机关时，其意见具有一定的权威性。

附带审查与行政公益诉讼的关系，亦须澄清。行政公益诉讼中，检察机关可请求确认行政行为违法，但不得单独请求审查规范性文件。若检察机关认为文件违法，可通过诉前程序向行政机关提出检察建议，或者提请备案审查。

两者的衔接点，在于检察建议与司法建议的配合。若法院在附带审查中认定文件违法，可将处理建议抄送检察机关；检察机关据此启动公益诉讼或者提出检察建议，形成合力。这一配合在生态环境、食品安全等领域尤具意义。

附带审查与行政复议的衔接，还有一处细节。行政复议法规定，申请人在申请复议时，可一并请求审查行政行为所依据的规范性文件。若复议机关认定文件违法，可撤销或者改变；若法院在后续诉讼中作出不同判断，应以法院的判断为准。

这一安排的法理基础，在于司法最终原则。复议机关的处理属于行政系统内部的监督，法院的判断属于司法监督，后者具有最终性。故复议机关认定文件合法而法院认定违法的，法院可不予适用；反之，复议机关认定违法而法院认定合法的，法院可予适用。

八、制度的完善

基于上述分析，本文提出四点完善建议。

建议一：在行政诉讼法或者司法解释中，明确规范性文件的识别标准。可采本文提出的四项标准，即制定主体、内容属性、外部效力、反复适用，并列举排除的情形，包括内部文件、具体行政行为、规章、技术标准的特定情形。

建议二：明确三层审查的结构与各层的审查强度。权限与程序可全面审查，内容审查限于明显抵触。同时明确明显性的判断标准，避免实务中的宽严不一。

建议三：完善处理方式的规范。明确不予适用的效力仅及于本案，但说理具有先例效力；明确处理建议的内容要求、反馈期限、通报与公开机制；明确确认违法的适用情形。

建议四：建立附带审查与备案审查的衔接机制。明确裁判文书与处理建议的抄送程序，建立结论冲突的协调机制，推动个案否定向系统纠正转化。

四点建议的核心，是把限度讲清楚。限度清晰，法院才敢审查；限度模糊，法院只能回避。故完善的重点，不在于扩大法院的权力，而在于明确权力的边界。

还须强调，附带审查的实效，最终取决于法院的意愿与能力。若法院缺乏审查的意愿，再清晰的规则亦无从落实；若法院缺乏审查的能力，再完善的程序亦难保质量。故在制度建设之外，还须加强行政审判的专业化建设，提升法官审查规范性文件的能力。

这一能力的核心，不是对政策的判断，而是对法律的解释。法官须能够识别上位法的规范意旨，判断文件是否与之抵触，说明抵触的具体表现。这一能力，须通过培训、案例研讨、经验积累逐步形成。

九、结语

规范性文件附带审查，是一项年轻而艰难的制度。它的艰难，不在于规则的复杂，而在于它触及了司法权与行政权的边界。法院既要审查行政机关的规则，又不能替代行政机关作政策判断；既要维护法制的统一，又不能侵扰行政的自主。

本文所论的三重限度，正是对这一艰难处境的回应。限度的界定，不是为了限制审查，而是为了使审查成为可能。当法院知道可以审查什么、审查到何种深度、可以作出何种处理时，审查才不再是畏途。

实践中的进步，往往是缓慢的。但从个案的拒绝适用，到处理建议的落实，再到文件的修改废止，每一步都在积累。制度的生命力，不在于条文的完备，而在于每一个案件中的认真对待。

愿每一份违法的红头文件，都能被认真审视；愿每一个受到不当规则约束的当事人，都能在法庭上得到回应。此即本文的初衷。

参考文献

- [1] 《中华人民共和国行政诉讼法》第五十三条、第六十四条。
- [2] 《中华人民共和国立法法》第八十条、第八十二条、第九十六条、第一百零八条。
- [3] 《中华人民共和国行政许可法》第十四条至第十七条。
- [4] 《中华人民共和国行政处罚法》第十六条。
- [5] 《中华人民共和国行政强制法》第十条。
- [6] 《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》第一百四十五条至第一百五十一条。
- [7] 《法规规章备案审查条例》第十条至第十八条。

- [8] 何海波：《行政诉讼法上的规范性文件审查》，《法学研究》2021年第4期。
- [9] 王贵松：《规范性文件附带审查的限度与展开》，《中国法学》2022年第5期。
- [10] 朱芒：《行政规定的外部效力与司法审查》，《中外法学》2023年第1期。