

规范性文件附带审查制度的实效困境及化解路径

于 洋

内容提要:规范性文件附带审查制度在司法实践中呈现启动率低、违法认定率低的运行样态,法官倾向采用不予审查、形式审查阻却实质审查、诉诸法外因素替代合法性审查等行为模式回避附带审查规范性文件,引发这一制度的实效困境。规范性文件附带审查模式的制度局限,为法官的回避审查行为提供了空间。法院的科层化管理体制产生反向激励,催生法官为提升审判效率、避免风险而回避审查的行为。而法院所处的场域,促使法官考量法外因素,加剧了回避审查行为。为化解实效困境,首先应遵循规范主义裁判思维调整法官的裁判行为,通过方法论自觉提升法官的附带审查能力;其次应继续推进司法管理体制改革,明确审判责任体系,通过激励机制激发法官附带审查的动力;最后应改善法官审判环境,党政机关应当支持法院参与国家治理的方式,行政机关须通过行政自制与附带审查制度相衔接,并借助有权机关的高位推动,共同推进规范性文件附带审查制度的落实。

关键词:规范性文件 附带审查 法官行为

于洋,上海财经大学法学院讲师。

行政规范性文件法治化一直是全面推进依法治国的难题。为解决长久以来法院审查规范性文件正当性不足的问题,2015年《行政诉讼法》修改第53条增加了规范性文件附带审查制度,即公民、法人或其他组织在对行政行为提起诉讼时,可以附带请求对行政行为所依据的规范性文件进行审查,以期实现监督行政规范性文件、从源头解决纠纷、保障公民权利之目的。然而,制度的运行受到多重因素的影响,立法文本中的法律只有得到实施和遵守,才能从应然转化为实然,实现立法目标。那么,规范性文件附带审查制度在司法实践中的运行效果如何?存在哪些影响该制度运行的掣肘因素?如何予以化解?这些问题都有待作出回答。相较于从法释义学视角对该制度的适用规则进行精细化解读,基于实证视角进行案例分析以对上述问题展开研究,更有助于呈现该制度的真实运行图景,揭示该制度运行所面临的制度环境与掣肘因素,为破解制度运行难题提供方法支撑。因

此,本文首先通过考察该制度的实践运行情况,揭示该制度的实效困境,然后从规范层面与事实层面两个维度阐释上述困境出现的原因,最后寻求化解路径,以期辨明该制度未来的发展方向,亦为管窥中国行政诉讼制度的运行提供窗口。

一 实效困境:法官回避附带审查规范性文件

法律制度的实效反映着一国法律制度在实践中被执行、适用与遵守的状况。根据《行政诉讼法》第53条、第64条以及2018年《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》(下称“《行诉解释》”)第145至151条的规定,规范性文件附带审查制度的运行主要包含两个阶段:一是法官对原告的附带审查请求进行审查,以决定是否启动附带审查程序;二是法官对符合启动条件、进入附带审查程序的规范性文件进行全面实质的合法性审查。然而,样本数据显示,法官对原告的附带审查请求不予回应的案件比例为8%,驳回原告附带审查请求的案件比例高达69.5%,只有22.5%的案件法官会启动对规范性文件的附带审查。而在这些启动附带审查的案件中,法官大多不进行论证说理直接认定规范性文件合法,经审查认定规范性文件违法的案件占比仅2.3%。^[1]可见,规范性文件附带审查制度的运行呈现出“启动率低、违法认定率低”的样态。^[2]通过案例分析发现,这种运行样态很大程度上是由于法官不予适用或者形式适用该制度导致的,由此呈现出法官“回避”附带审查规范性文件的实效困境。

所谓“回避”附带审查规范性文件,是指法官采用特定的行为模式,对于符合启动要件本应启动附带审查程序而不予启动,以及虽然启动了附带审查程序但实际上并没有对规范性文件的合法性进行全面且实质的审查。结合司法实践,可以提炼为三种行为模式:不予审查模式、形式审查阻却实质审查模式、诉诸法外因素替代合法性审查模式。

(一) 不予审查模式

不予审查模式是指法官不履行自身的审查义务,直接回避对规范性文件的附带审查。在司法实践中,主要表现为不回应原告的附带审查请求、不履行释明义务驳回附带审查请

[1] 笔者以中国裁判文书网作为检索数据库,以“《行政诉讼法》第五十三条”作为关键词进行检索,检索时间段为2015年5月1日到2022年1月31日,最后检索时间为2022年1月31日。删除重复上传、明显不相关、缺乏有效信息的案件,同时将群案视为1件判决,共获得有效判决书1155件。其中法官对原告附带审查请求不予回应的案件92件,占比8%;驳回原告附带审查请求案件803件,占比69.5%,驳回理由包括主诉行政行为不符合受案范围、单独提起规范性文件审查不受理、不属于规范性文件、提出附带审查请求时间不合法、不是行政行为的依据等;法官进行附带审查的案件260件,占比22.5%,其中认定规范性文件合法的案件234件,占比20.2%,认定规范性文件违法的案件26件,占比2.3%。

[2] 这一检索结果亦可与其他学者、法官的研究相互印证。如卢超研究员通过梳理发现,法院裁定驳回占比32%,拒绝审查的案件占比31%,最终进入实质审查的案件占比仅16%,被认定具有合法性瑕疵的案件占比2%,参见卢超:《规范性文件附带审查的司法困境及其枢纽功能》,《比较法研究》2020年第3期,第128页。王全泽法官对2015至2019年上海市涉及规范性文件附带审查的行政案件进行梳理后发现,对原告的附带审查请求未予处理的案件占比15.79%,对规范性文件未予审查的案件占比63.16%,认定规范性文件违法的占比0%,参见王全泽:《行政诉讼规范性文件一并审查制度实证分析与完善》, <https://mp.weixin.qq.com/s/bKOWLdGSKvV5ZhvVqg5x-A>,最近访问时间[2023-12-24]。

求两种类型。

1. 不回应原告的附带审查请求

一般而言,为切实保障当事人获得实体审理的权利,在当事人提起诉讼后,法官不得“非法”拒绝受理,这不仅是司法程序机制设置的题中之义,而且是实现诉讼制度功能的内在要求。然而从实践来看,约 8% 的案件法官直接对原告的附带审查请求不予任何回应,由此直接导致当事人诉权的落空,回避了对规范性文件的附带审查。

2. 不履行释明义务驳回附带审查请求

为确保当事人诉讼程序的实质参与权,保障当事人在诉讼过程中的主体地位,法律规定了法官的释明义务,即在当事人的主张不明确、不完全或不充分的情况下,通过提示、发问等方式促使当事人完善主张。^[3] 比如《行政诉讼法》规定了审查起诉时的释明义务、庭审程序中的释明义务、诉讼类型转换中的释明义务等。释明义务不仅为当事人诉权的行使提供便利,而且保障了当事人诉讼程序的实质平等。然而实践中,部分法官常常不履行释明义务直接驳回原告的附带审查请求,进而直接回避附带审查规范性文件。最为典型的是,根据《行政诉讼法》的规定,公民只能对行政行为所依据的规范性文件的具体条款请求附带审查,实践中存在大量当事人虽提出附带审查请求但没有指明规范性文件具体条款的情形,法官大多不履行释明义务直接驳回。比如在“铅山县葛仙山乡项源村四组诉铅山县人民政府资源行政管理案”中,原告请求附带审查《林木和林地权属登记管理办法》《江西省林业产权制度改革确权发证操作规范》,法官认为原告未明确所要审查的涉诉行政行为所依据的条款,^[4] 由此驳回了原告的附带审查请求。事实上,早在 2015 年,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第 2 条第 2 款就曾指出,当事人未能正确表达诉讼请求的,人民法院应当予以释明。法官完全有能力根据案件情况释明所需附带审查的具体条款,然而一些法官却不履行释明义务直接驳回原告的附带审查请求,实际上回避了附带审查规范性文件。

(二) 形式审查阻却实质审查模式

区别于不予审查模式,实践中部分法官虽然会对原告的附带审查请求予以回应,但是只进行形式审查,看似回应了原告的附带审查请求,实际上是以形式审查阻却实质审查,回避对规范性文件进行全面且实质的合法性判断。主要表现为两个方面:一是法官采用机械的审查思维,仅以上位法的法律规则作为审查依据,排除对规范性文件的实质合法性进行审查;二是法官僵化地进行演绎推理,仅运用文义解释方法,不对不确定法律概念进行具体化与合理解释。这种形式审查方式实际上是“司法形式主义”的缩影,体现了当下法官依据规则主义进行自我防卫的思维路径。

1. 机械地以上位法的法律规则作为审查依据回避实质合法性审查

基于附带审查实践,法官认定规范性文件合法的理由多是“不与上位法相抵触”“符

[3] 参见唐力:《司法公正实现之程序保障机制——以当事人诉讼权保障为侧重》,《现代法学》2015 年第 4 期,第 52 页。

[4] 参见江西省高级人民法院(2017)赣行终 145 号行政判决书。

合上位法”,但是对“上位法”范畴的理解则集中于法律规则,即只要规范性文件符合上位法相关规则的规定便为合法,不对规范性文件是否符合上位法的法律原则、立法目的等进行实质合法性审查。比如在“李某诉宁波市鄞州区首南街道新村建设办公室行政征收案”中,原告请求附带审查《实施细则》中关于“男性社员达到法定结婚年龄可扩户,而女性社员必须招上门女婿并办理公证手续才可扩户”的内容,法官认为该规定是在申购政策方面对“户”所做的扩大规定,既未与上位法相抵触,也未超越权限限制或剥夺其他公民的合法权利,或者增加公民的义务,该规定合法有效。^[5] 该规定明显违背平等原则,法官未对其进行实质判断与价值考量,机械地以未与上位法相抵触认定合法。

更有甚者,面对大量由于立法滞后、社会变革以及概括授权条款所导致的上位法规定不明确的规范性文件,法官仍然会以“不与上位法相抵触”为由,直接认定规范性文件合法。比如在“梁某英诉佛山市南海区里水镇人民政府案”中,原告请求附带审查南府[2013]239号文件关于“土地出让价款的分配比例”规定的合法性,法官直接认定“该规范性文件中的任何条款均未与现行法律、法规、规章相违背,不存在规范性文件不合法情形”。^[6] 然而上位法对土地出让价款的分配比例并没有作出规定,法官却依然以“不与上位法抵触”为由认定该文件合法。事实上,部分法官可能没有对规范性文件的合法性进行实质审查,只是采用“不与上位法相抵触”这一“万能理由”回应原告,或隐或显地表现出法官对规范性文件的合法性回避实质审查。

2. 僵化地解释不确定法律概念进行形式审查

行政法律法规的庞杂及概念的不确定,致使法律中的争议性问题随处可见。^[7] 《行政诉讼法》第53条、第64条以及《行诉解释》第145至151条设定了规范性文件附带审查制度的基本框架,但是其中蕴含了大量不确定法律概念,如规范性文件、依据、正当理由等,这促使法官负有解释、论证义务。然而实践中,部分法官不对不确定法律概念的规范含义进行合理解释,也不对推理过程进行有效论证,仅进行形式审查,僵化地进行演绎推理。

一方面,过于强调条文的字面含义,僵化适用法律进行形式审查。法条的规范含义需要综合运用文义解释、体系解释、目的解释、历史解释等方法探寻,然而部分法官在适用附带审查制度时,严格按照法律条文的字面含义进行文义解释,排斥其他解释方法的运用。这在启动要件的审查中表现最为明显,当前该制度的启动率较低,约69.5%的案件法官驳回原告的附带审查请求,除了主诉行政行为不符合受案范围、原告单独提起审查规范性文件等少数不存在争议的理由外,法官大多以“不是依据”“延迟申请无正当理由”“不是规范性文件”等具有争议性的理由驳回原告的审查请求。问题根源在于,部分法官局限于文义解释,僵化适用法律进行形式审查,比如关于“行政行为所依据

[5] 参见浙江省宁波市镇海区人民法院(2017)浙0211行初102号行政判决书。

[6] 广东省佛山市顺德区人民法院(2017)粤0606行初429号行政判决书。

[7] 参见元晓鹏:《行政法官疑难案件审理模型的建构》,《清华法学》2018年第6期,第202页。

的规范性文件”中“依据”的解释问题,一些法官根据字面含义将其解释为行政机关在行政决定书中直接引用的“显性依据”,排除被告在答辩或法庭调查等诉讼过程中出示的规范性文件。在“张某芬诉合肥市企业养老保险管理中心案”中,原告请求附带审查《关于企业职工退休时执行〈安徽省计划生育条例〉有关退休待遇问题的通知》,法官认为该通知尚未在行政决定书中载明,被告仅在答辩状中提出,故不是作出行政决定的依据,法院不予审查。^[8]事实上,附带审查制度的立法目的在于监督规范性文件、从源头解决纠纷、保障公民合法权益,将行政机关漏引或者为逃避司法审查在行政决定书中隐藏、而在答辩状或法庭调查中出示的规范性文件等“隐性依据”纳入“依据”范围,符合上述立法目的,而本案法官简单采取文义解释方法无疑限缩了立法目的,导致本应启动的附带审查程序而未启动。

另一方面,缺少不确定法律概念的具体化解释。作为一种立法技术,不确定法律概念乃是立法者的刻意安排,即将其具体化含义授权给法律适用者在个案中予以阐释。然而实践中,法官往往不履行不确定法律概念的具体化义务,形式性地进行审查。比如关于审查对象“规范性文件”的认定,由于对外发生效力是规范性文件的的核心要素,对上级复函、会议纪要、裁量基准等文件,法官大多基于它们形式上的内部性而排除审查,忽视具体个案中行政机关将它们对外公布、适用它们对外作出行政行为时效力外化而由此具有规范性文件属性的特殊情形。比如在“梁山县拳铺镇郭堂村民委员会诉梁山县人民政府土地处理案”中,原告请求对国土资源部办公厅〔2007〕60号复函进行附带审查,法院以该复函是国土资源部办公厅对江苏省国土资源厅请示问题的答复意见,不属于规范性文件而不予审查。^[9]不可否认,〔2007〕60号复函原则上是内部文件,但是当被告梁山县人民政府直接依据其对外作出不予受理处理土地权属争议申请的决定时,该复函事实上已经效力外化成了规范性文件。法官仅仅基于文件的外部表现形式驳回原告的审查请求,而未结合个案情境予以具体化,阻却了对规范性文件的合法性审查。

(三)诉诸法外因素替代合法性审查模式

区别于不予审查模式与形式审查模式,实践中亦有部分法官积极回应原告的附带审查请求,但是由于考量法外因素,看似积极回应,实质上是以法外因素的考量替代合法性审查,事实上同样造成了回避全面且实质的合法性审查的后果。这种诉诸法外因素替代合法性审查模式,事实上彰显了后果导向的裁判思维,即法官预设了排除规范性文件附带审查、规范性文件合法的结果,尔后寻找一些法外因素来支撑其判断,以回避合法性审查。

1. 基于政策考量替代法律判断

基于后果导向的裁判思维,法官“根据的首先不是法律、法理和逻辑推理,而是特定条件下的现实需求和政策导向。”^[10]这在涉及公共政策的规范性文件附带审查案件中

[8] 参见安徽省合肥市蜀山区人民法院(2015)蜀行初字第00033号行政判决书。

[9] 参见山东省高级人民法院(2016)鲁行终1429号行政判决书。

[10] 孔祥俊:《论裁判的逻辑标准与政策标准——以知识产权法律适用问题为例》,《法律适用》2007年第9期,第5页。

体现最为明显。其一,法官对涉及地方政策的规范性文件往往采取回避审查态度,通常直接认定此类规范性文件合法,甚至有些法官直言对此类规范性文件不予审查。比如在“胡某帅诉缙云县人民政府不履行法定职责案”中,原告请求附带审查《缙云县好溪水利枢纽工程建设指挥部专题会议纪要》,法官认为该文件是针对移民安置政策有关问题所做的解释,不属于行政诉讼的受案范围而排除审查。^[11]虽然有关征收补偿、社会保障的规范性文件通常涉及当地财政状况、社会发展情况、历史遗留问题等,具有浓厚的地方政策色彩,法官应予以适度尊让;但是公共政策亦应依法制定,当其对公民权益产生影响时,法官应对其进行最低限度的合法性审查,而非基于其属于地方公共政策直接不予审查。

其二,法官基于规范性文件的政策权威而认可其合法性。由于立法存在着缺漏、模糊与滞后性,为顺应社会管理的现实需求,大量规范性文件是在没有上位法依据或上位法规定比较抽象的情况下,由行政机关根据自身管理经验总结提炼而来,^[12]甚至一些规范性文件承载着先试先行的政策试验功能,由此导致实践中存在大量不具有明确上位法依据、但具有政策权威的规范性文件。对于此类规范性文件的审查,法官显然不能局限于直接的上位法规定,而是应当在更为宏观的法秩序中寻找上位法依据,包括借由法律规则构造的外部秩序体系中更高位阶的法律规定,以及由法律原则构造的内部秩序体系中的法律原则等,并综合运用法律解释、法律论证等方法。然而实践中,法官大多回避对该类规范性文件的合法性审查,一般基于其政策权威替代法律判断认定其合法。比如在“吴某坪诉嘉善县人民政府行政征收案”中,原告请求对《嘉善县国有土地上房屋征收涉及改变用途房屋的认定和补偿暂行办法》中关于《城市规划法》施行后改变房屋用途并以改变后的用途延续使用房屋的补偿问题的相关规定进行附带审查,上位法对此没有规定。面对这一不具有直接上位法依据、又涉及地方征收政策的规范性文件,法官一方面未进行法释义学层面的反思直接以其“不与上位法冲突”认定为合法,另一方面则基于该文件是以《国务院办公厅关于认真做好城镇房屋拆迁工作维护社会稳定的紧急通知》为依据而制定,以及该文件“从2002年延续执行至今,政策具有连续性”等政策性事实证成该文件的政策权威,^[13]这显然是以政策考量替代法律判断,进而回避对规范性文件的合法性审查。

2. 基于制定机关权威替代合法性审查

基于整体性的国家治理视阈,不同国家机关在国家治理结构中发挥着不同功能,并具有不同的机关权威。尤其在科层体制中,下级机关对上级机关的服从不只体现在同质机关的内部,在异质机关之间亦是如此。实践中,法官对党委以及高位阶行政机关制定的规范性文件的审查较为谨慎。

[11] 参见浙江省高级人民法院(2019)浙行终90号行政判决书。

[12] 参见张婷:《行政诉讼附带审查的宪法命题及其展开》,《法学论坛》2018年第3期,第122页。

[13] 参见浙江省嘉兴市中级人民法院(2017)浙04行初115号行政判决书。

其一,法官对党政联合发文或者接受党政机关双重领导的行政机关制定的规范性文件可能回避审查。上述两类规范性文件是否属于附带审查的范畴存在一定争议,法官可能排除审查。比如在“张某庆诉滁州市国土资源局案”中,法官认为《中共滁州市委办公室、滁州市人民政府办公室关于全面整治农村非法“一户多宅”的通知》系滁州市委办公室文件,不属于规范性文件附带审查的范围。^[14] 根据《党政机关公文处理条例》第 9 条“联合发文时,发文机关标志可以并用联合发文机关名称,也可以单独使用主办机关名称”的规定,发文机关、发文字号并不能决定党政联合发文的性质。可见法官仅仅基于发文机关标志便认定其不属于规范性文件,显然缺乏法律依据。

其二,法官将高级别行政机关制定的规范性文件认定为行政规章回避审查。基于《行政诉讼法》第 53 条的规定,法官仅能附带审查“国务院部门、地方政府及其部门”制定的规范性文件,而不能审查行政规章、行政法规等行政立法。由于具有行政立法权的行政机关同样可以制定规范性文件,实践中部分法官会将具有规章制定权的行政机关制定的规范性文件认定为行政规章以此回避审查。比如在“某石油贸易有限公司诉沙县市场监督管理局质量监督案”中,原告请求对署厅发〔2003〕389 号《关于严格查禁非法运输、储存、买卖成品油的通知》第 3 条进行附带审查,法官认为该通知系根据国务院第 15 次常务会议精神作出,并经过国务院批准下发,虽然为通知,但实际上是国家针对非法运输、储存、买卖成品油问题的处置专门作出的规章,不予审查。^[15] 一方面,行政规章与规范性文件在制定程序、制定内容、规范形式等方面具有本质的不同,就形式而言,部门规章应当以部门令的形式予以公布,显然上述“署厅发〔2003〕389 号通知”是典型的规范性文件表现形式。另一方面,法官基于该通知经过国务院批准下发这一权威事实认定其是规章,但是根据《国务院工作规则》的规定,对“部门联合制定的重要规范性文件在发布前需经国务院批准”是法定程序,署厅发〔2003〕389 号通知是由海关总署、公安部、商务部等国务院部门联合制定,所以法官以“经国务院批准”为由认定该通知是规章显然缺乏说服力,或隐或显地体现了法官对高级别行政机关制定规范性文件回避审查的态度。

二 规范性文件附带审查制度实效困境的原因阐释

面对规范性文件附带审查制度的实效困境,既需回归该制度的内在属性进行分析,亦需考量该制度所处的权力场域等外部因素。通过对这些制约因素进行揭示,将有助于理解法官回避附带审查规范性文件这一实效困境的原因,从而寻求可能的突围方向。

(一) 附带审查模式的制度局限

从各国司法实践来看,对规范性文件进行司法审查存在两种模式:直接审查模式与附带审查模式。直接审查模式是将规范性文件直接纳入司法审查范围,公民可以单独

[14] 参见浙江省诸暨市人民法院(2017)浙 0681 行初 120 号行政判决书。

[15] 参见福建省尤溪县人民法院(2016)闽 0426 行初 39 号行政判决书。

向法院提起诉讼,法官可以就规范性文件的效力作出最终的认定。附带审查模式是公民不可对规范性文件单独提起诉讼,只能在对具体行政行为提出审查时,附带对行政行为依据的规范性文件提出审查请求,法官仅具有个案不予适用权,不具有处分权。基于我国具体行政行为与抽象行政行为区分的传统,两造对立的诉讼构造使得公民必须权利受到侵害才能提起诉讼,而规范性文件仅具有“间接侵害性”,所以我国选择了附带审查模式。附带审查模式的确立,实现了法院对规范性文件从隐形审查到显性审查的转变,推进了法治的发展与进步,但是其局限性亦非常明显,为法官的回避审查行为提供了制度空间。

首先,附带审查不是独立之“诉”,可能造成法官回避审查。法律规范不仅为法官裁判提供合法性基础,而且为法官行为框定制度空间。《行政诉讼法》仅在第6章“起诉和受理”部分规定了规范性文件附带审查制度,在第2章“受案范围”中排除了规范性文件等抽象行政行为,这意味着规范性文件的附带审查不是独立之“诉”,仅是原告的一个“诉讼请求”,这在《行诉解释》第68条中已经明确。^[16]因此,法官只需对该诉讼请求在裁判说理中予以回应即可,即使不予回应或者认定错误,只要不影响主诉行政行为的合法性审查,就不会对法官产生否定性评价。比如不会被认定为错案而追究法官责任、不会计入法官绩效考核中的败诉率等。这已经在司法实践中得以印证,一审法官对原告的附带审查请求不予回应或审查有误,二审法官大多不会予以评价,或者仅将其认定为裁判瑕疵补正即可,并不会导致裁判被推翻的风险。^[17]这样的制度构造无疑暗藏着司法责任的逃逸空间,即法官进行附带审查不会额外增加考核绩效,不附带审查不会引致司法责任,那么法官往往倾向于回避附带审查。尤其当附带审查的规范性文件涉及政策因素并蕴含政策风险时,这种回避审查态度则表现更为明显。

其次,附带审查模式的个案效力反向消解司法权威。行政诉讼制度建立在行政机关与相对人二元对立关系的基础上,其是对立的两造之间的纠纷解决程序,提起诉讼的人必须是自身的权益受到损害,同时诉讼的效力也仅能拘束诉讼的双方当事人。然而规范性文件具有对世性,如果赋予法官确认规范性文件违法或无效的权力将影响到本造诉讼之外的其他相关人,这与行政诉讼制度两造对立的诉讼结构是不相容的。同时,由于附带审查案件的双方当事人是适用规范性文件的行政机关以及行政相对人,规范性文件的制定机关不一定是本案诉讼的当事人,抗辩并不是由规范性文件的制定机关进行,^[18]所以几乎所有的国家和地区都赋予附带审查模式中法官的审查结果仅具有个案效力,即法官仅可以在个案中不予适用违法的规范性文件,而不能撤销或废止违法的规范性文件,对规范性文件的制定机关亦不具有直接的拘束力。这便内含了司法裁判终局性

[16] 《行诉解释》第68条规定,《行政诉讼法》第49条第3项规定的“有具体的诉讼请求”是指:……(七)请求一并审查规章以下规范性文件。

[17] 在检索的样本中,只有两个案件被二审法官认定为遗漏诉讼请求,发回重审。参见山东省高级人民法院(2018)鲁行终1073号行政裁定书,江苏省南通市中级人民法院(2018)苏06行终474号行政裁定书。

[18] 参见王必芳:《行政命令的抽象审查》,我国台湾地区《“中研院”法学期刊》2012年第11期,第183页。

与规范性文件非终局性的矛盾,^[19]导致违法的规范性文件可能继续存在于法秩序中,司法实践中存在同一个规范性文件多次被请求附带审查的情况,这无疑会消解司法权威,影响法官的审查动力。虽然《行政诉讼法》为了缓解这一张力规定了司法建议制度,法官可以通过司法建议将不合法的规范性文件及其处理建议发送给制定机关,但是司法建议刚性不足导致行政机关时常置之不理。^[20]此外,我国规定了多元化的规范性文件监督机制,包含人大系统的备案审查以及行政系统内部的监督等,极有可能出现法官的判断与其他监督方式之间合法性认定不同的情况,亦会反向消解司法权威,影响法官的审查动力。

最后,附带审查规范体系不完善难以回应司法实践。依法裁判是法官的职责,唯法律性是司法的核心特征。然而,当前有关附带审查制度的法律规定不明确以及相关配套制度的缺失,无疑加剧了法官的回避审查行为。一方面,虽然《行政诉讼法》第 53、64 条以及《行诉解释》第 145 至 151 条框定了附带审查制度的基本框架,但是其中蕴含了大量的不确定法律概念,这就要求法官采用多元法律解释方法予以阐释,而如果无法充分调动法官法律解释的积极性,那么这些不确定法律概念则会为法官消极行使审查权留下空间。另一方面,自附带审查制度创设至今,存在许多争议性问题亟待立法机关等权威机关予以回应。比如启动要件方面,对党政机关联合制定的规范性文件是否可以审查;审查标准方面,对规范性文件进行程序合法审查,可能涉及规范性文件制定过程中各类证据材料的举证,虽然《行诉解释》第 147 条规定了听取制定机关意见等机制,^[21]但是规范性文件制定机关的法律地位与参与程序不明;审查结果处理方面,如何提升司法建议的约束力,下级法院认定规范性文件错误或遗漏了诉讼请求时上级法院应当如何处理等规定都不明确。虽然法官享有个案法律解释,甚至填补法律漏洞的权力,但是其依赖于法官较高的个人能力,并可能引发法律风险,由此法官在具体案件中大多回避审查。^[22]

(二) 法院科层化管理体制的影响

组织要素是制度能否有效实施的关键因素,并对法官的行为产生制约效果。合理的

[19] 参见袁辉根:《我国规范性文件附带审查的实践检视与修正》,《山东科技大学学报(社会科学版)》2017 年第 4 期,第 63 页。

[20] 如在“王某家诉上海市社会保险事业基金结算管理中心不予办理提前退休手续案”中,法院经审查认为上海市人力资源和社会保障局制定的沪老保社发[2003]第 9 号《关于外省市转移进沪人员若干问题处理意见的通知》与《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》相冲突,存在违法情形,尔后向制定机关发送司法建议,并抄送上海市人民政府。但是无论是制定部门还是市政府均没有对司法建议作出回应,9 号文至今仍然有效。参见徐肖东:《行政诉讼规范性文件附带审查的认知及其实现机制——以陈爱华案与华源公司案为主的分析》,《行政法学研究》2016 年第 6 期,第 81 页。

[21] 《行诉解释》第 147 条规定:人民法院在对规范性文件审查过程中,发现规范性文件可能不合法的,应当听取规范性文件制定机关的意见。制定机关申请出庭陈述意见的,人民法院应当准许。行政机关未陈述意见或者未提供相关证明材料的,不能阻止人民法院对规范性文件进行审查。

[22] 如有法官指出,由于缺乏具体的法律规定,对规范性文件合法性的具体审查方式等由法院自行把握,且法院对规范性文件本身并无处置权限,仅能在个案中排除适用、发送司法建议等,因此法院对规范性文件的审查也没有很高的积极性。参见王全泽:《行政诉讼规范性文件一并审查制度实证分析与完善》, <https://mp.weixin.qq.com/s/bKOWldGSKvV5ZhvVqg5x-A>, 最近访问时间[2022-12-24]。

组织要素及架构对组织成员具有正向激励功能,而不适宜的组织要素及架构则会对组织成员带来反向激励,降低组织成员行为动机与行动能力。长期以来,法院系统科层化管理体制亦可能诱发法官的回避审查行为。

具体而言,作为国家权力的重要组成部分,我国法院系统始终发挥着保障国家各个时期任务的功能,法院系统内部建立了精细的层级管理体系与结构,呈现出科层化特点。尽管新一轮司法改革的目标在于破除司法行政化,回归让审判者裁判、由裁判者负责的权力运行机制,但是总体而言,我国法院系统内部的科层制结构未发生根本改变。虽然法院系统破除了一些制度顽疾,但是同时也出台了法官绩效考核制度与司法责任制度等来传递组织意志与指挥法官行动。法院既要考核法官的审判数量、审判效率与审判质量,还要考核服务大局、信访投诉、司法为民等审判效果,考核结果影响法官的等级晋升、岗位调整、奖金分配等;此外,还会对法官涉嫌违反审判职责行为、违纪行为等追究相应的责任。于是为了应付上级的考核、避免判决被推翻、被问责,法官可能产生“规避风险”的思维逻辑与行为方式——“多办案、快结案”的效率导向、形式审查与结果导向的裁判思维,进而诱发了法官回避附带审查的行为。

一方面,法官可能为提升审判效率而回避审查。当前法院内部管理具有明显的效率导向,办案数量、结案率等是法官绩效考核的核心内容,法院对法官审限管理的目标也从最初的避免法官超期审案转化为鼓励法官“快结案”,并在法官的奖励制度中将办案数量、审结率放在首要位置。^[23]由此便催生了法官“多办案、快结案”的“求快”思维。由于附带审查规范性文件不是独立之诉,不属于一个独立的案件,因此,面对原告的附带审查请求,法官不对其进行审查既不影响主诉行政行为的审查,也不会产生计入败诉率、认定为错案等否定性评价;相反,法官对其进行审查,不仅不会增加办案数量,而且会耗费巨大的成本而影响办案效率。因此,基于效率导向与成本—效益的考量,法官对原告的附带审查请求不予回应、进行形式审查等便顺理成章。

另一方面,法官为避免潜在的风险而回避审查。保持基本的职业安全,是法官对职业保障的最低限度要求。然而实践中,法官附带审查规范性文件,不仅面临着规范性文件合法性判断妥当与否的难题,而且存在潜在的风险,为此法官需要寻求相应的裁判方式减少风险,形式审查无疑是最可靠、最安全的方式。因此,在规范性文件附带审查中,法官严格地依据法条裁判,最大限度地克制自主性和创造性,大多直接以“不与上位法相抵触”为由认定规范性文件合法,甚至面对没有直接上位法依据的规范性文件,仍然会以“不与上位法相抵触”为由认定其合法。此外,对于某些具有政策权威的规范性文件,如党政机关联合制定的规范性文件、级别较高行政机关制定的规范性文件、涉及地方治理政策的规范性文件,法官也可能采用后果导向思维,预设规范性文件合法,基于其政策权威尽量避免实质的合法性判断。

[23] 参见于龙刚:《制度与社会约束下的法官行为——以基层法院的离婚纠纷解决为经验》,《法制与社会发展》2022年第5期,第115-116页。

(三) 司法运行场域的外在因素制约

司法系统是“内嵌”于社会系统的子系统,因而法官所作出的裁判不可能“脱嵌”于社会系统而存在。^[24] 法官的决策受到权力结构和社会关系的影响,受到正式制度与非正式制度的制约,这正是实践中法官考量法外因素代替对规范性文件进行合法性审查的根源。

第一,法院的政策实施功能促使法官考量裁判的社会效果,回避审查具有政策权威的规范性文件。“司法的职能构造和角色安排很大程度上取决于制度设计者的现实需求与选择而非司法的自身定位。”^[25] 我国法院作为审判机关,也必须服从各个时期国家任务的发展需要。人大在评议法院工作时,亦会把法院服务于地方经济发展、社会稳定、廉政建设等情况作为重点评议内容。^[26] 为此,法院不仅要实现个案正义,而且还须在审判工作中贯彻国家治理意图、保障公共政策的实施,实现法律效果和社会效果的统一。事实上,规范性文件本身就是一种公共政策的表达,其不只是对立法指令的落实,更是行政机关结合社会情势、规制环境、规制结构作出的对国家、地方特定时期治理任务的回应,尤其在涉及拆迁征收、社保以及发挥试点改革功能的规范性文件中表现更为明显。于是,为确保国家改革创新任务的顺利推行,保障公共政策、地方治理任务的完成,法官在附带审查规范性文件特别是涉及地方公共政策的规范性文件时可能采取不予审查的态度。虽然法官附带审查规范性文件仅具有个案效力,无法直接宣布规范性文件违法,但是作为国家公权力机关的代表,其效力认知仍然具有法律表达功能,会产生间接的外部拘束力。如果规范性文件被认定为违法,则会影响诉讼相对人及潜在公共政策影响者的认知,影响公共政策的执行。如果法官之间对规范性文件的效力认定不一致,或者法官与其他有权机关的合法性判断不一致,不仅会导致政策认知与适用的混乱局面,而且会面临削弱法院权威等风险。^[27] 因此,基于风险的后果考量,作为“理性人”的法官对于涉及政策性的规范性文件更倾向于不予审查、形式审查,或者直接以“不与上位法相抵触”的修辞回应原告的附带审查请求,甚至依据政策而替代合法性审查。

第二,法院在权力结构关系中的地位可能使法官考量制定机关权威,回避审查高级别机关制定的规范性文件。其一,法官对于党政机关联合制定的规范性文件大多采取不予审查的态度。其二,行政机关事实上的优势地位增加了法官的审判压力。实践中府院联席会议、司法建议、座谈交流等方式成为审判机关与行政机关沟通协调的重要机制。而在法院人财物由省级统管的改革措施全面落实之前,法院依然要获取地方财政的支持。这便导致法官审查规范性文件较为谨慎。尤其规范性文件的附带审查是依据行政行为来确定法院管辖,所以存在较低级别的法官附带审查较高级别行政机关制定的规范性文件的

[24] 参见李晓波:《司法裁决构成因素的“影响度”分析——基于三种不同制度的视角》,《法制与社会发展》2021年第2期,第94页。

[25] 陆永棣:《从立案审查到立案登记:法院在社会转型中的司法角色》,《中国法学》2016年第2期,第209页。

[26] 参见刘磊:《县域治理中的基层法院:体制结构与制度逻辑》,《法治现代化研究》2021年第3期,第65页。

[27] 参见卢超:《规范性文件附带审查的司法困境及其枢纽功能》,《比较法研究》2020年第3期,第132页。

情形(如基层法院法官附带审查国务院部委制定的规范性文件),级别相差的悬殊性更是增加了法官的审查压力。有法官曾针对行政级别这一因素对法官的影响进行调研,在调研问卷所涉及的上海地区40位从事行政审判的法官中,有24位(占比60%)表示在审查规范性文件时有“行政级别的顾虑,即对级别高于法院的行政机关发布的规范性文件倾向于不予审查,直接认定(其合法性)。且顾虑程度与行政级别高低呈现正相关态势,级别越高,顾虑越大。”^[28]由此便诱发了实践中法官附带审查行为的困境,尤其是对高级别行政机关制定的规范性文件回避审查。

三 规范性文件附带审查制度实效困境的化解路径

基于法官回避附带审查规范性文件的行为模式及其原因的分析可知,规范性文件附带审查制度的实效困境是制度、法院管理体制、权力场域等多重因素叠加的结果。在全面推进依法治国的背景下,如何激发法官的审查动力,提升规范性文件附带审查制度的实效,无疑是实现该制度设立目的的关键。

(一) 遵循规范主义的进路调整法官裁判思维

规范性文件附带审查模式的制度局限为法官回避附带审查规范性文件提供了空间,然而可以预见的是,近期立法机关不会通过修法方式来改变既有制度框架,这便需要调整法官的裁判思维予以改善。与司法实践中法官不予回应、回避合法性判断的思维进路不同,规范主义的裁判思维一方面要求法官应受法律规范的拘束,遵循以法律适用为核心的法治模式,这是确保法的安定性与可预期性、促使司法保持中立、限制法官恣意的关键;另一方面,应当承认,“行政审判中法外因素和效果对于裁判结果有着不可能且不应该抹去的影响,但是这样的影响应当被吸纳到作为过程的司法制度之中,并且应当被规整到规范框架之内。”^[29]这种规范主义的裁判思维,既要遵循依法裁判的逻辑前提,又需合理地运用各种法律方法,弥补法律规范的不完善,促进规范性文件附带审查制度的实施。

首先,遵循规范性文件附带审查制度的规范框架,积极履行审查义务。依法裁判是现代司法的核心,法官应当履行法律所确定的义务,不得回避附带审查规范性文件,这是维护法律权威、确保法律可预测性的关键。同时对于法院而言,司法功能的发挥以及相关强度,取决于司法的制度竞争力。规范性文件附带审查制度的设立,能够弥补规范性文件立法监督、行政监督的不足,并通过司法建议助推行政机关依法行政、与行政机关形成良好的伙伴关系,从而有助于提升自身的制度竞争力。因此,法官首先应当转变理念,不得采用司法技术回避审查,如此在避免走向法律虚无主义的同时,提升司法的制度竞争力。

其次,通过自觉运用方法论避免形式审查。规范主义的裁判思维不是死抠法律条文

[28] 参见王庆廷:《隐形的“法律”——行政诉讼中其他规范性文件的异化及其矫正》,《现代法学》2011年第2期,第83页。

[29] 谭清值:《公共政策决定的司法审查》,《清华法学》2017年第1期,第200页。

的字面含义,僵化地执行法律规定,而是应秉持方法论的自觉,合理地运用各种解释方法,在规范文本与价值判断之间建立起内在意义的勾连。在规范性文件附带审查中,法官要兼顾法律的内在价值体系与社会效果,尤为注重目的解释与体系解释方法的运用。这是因为目的解释与体系解释方法能让法官在关注形式化的外部秩序体系的同时,结合实质性的内部秩序体系,通过考量附带审查制度所要实现的制度目的与保护的实质价值,实现整体法秩序的融贯性要求。^[30]

具体而言,从源头解决纠纷、弥补既有规范性文件监督制度的不足、保障公民权利是附带审查制度的核心立法目的,以上述立法目的为指引,法官对原告的附带审查请求应采取相对宽松的解释立场,从而让更多的规范性文件纳入审查范围。因此,对于“规范性文件”的认定不能局限于形式,而是应进行个案判断,比如效力外化的内部文件、行政机关与非行政机关针对行政事务共同制定的规范性文件均应纳入审查范围。为防止行政机关规避司法审查而隐匿行政行为所适用的规范性文件,对于“依据”的认定,不仅应包括“显性依据”,即行政决定书中明示的规范性文件,而且应包括“隐性依据”,即行政机关虽然在作出行政行为时没有明示,但是在答辩或法庭调查中出示的行政行为所依据的规范性文件。在诉讼请求的明确性方面,对于原告指明所需附带审查的规范性文件名称但是没有明确具体审查条款的,法官应当履行释明义务,而非驳回诉讼请求。

在规范性文件的合法性判断中,《行诉解释》第 148 条规定了从主体要件、内容要件、程序要件三个维度进行全面的实质合法性审查。其一,主体合法审查核心在于审查制定主体是否具有职权来源,是否超越法律法规规章的授权范围。其二,内容合法审查核心在于审查规范性文件是否与上位法相抵触,其中的“上位法”并非封闭的体系,而是包含由法律规则构成的外部秩序体系与由法律原则、价值等构成的内部秩序体系。法官不仅要审查规范性文件是否合法,还要审查规范性文件是否明显不合理。对于没有明确上位法依据的规范性文件,法官可以从是否违反法律原则、违反立法目的等维度进行审查,而非直接以“不违反上位法”认定合法。其三,程序合法审查核心在于平衡程序公正与效率价值,由于规范性文件制定程序的审查涉及规范性文件制定过程中各类证据材料的举证,为了降低法官的沟通协调成本,法官应只审查法定批准程序、公开发布程序等严重程序违法情形,并完善规范性文件制定机关出庭等相关配套制度。

最后,经由法律论证实现法外因素的合理考量。法外因素对规范性文件的附带审查具有不可忽视的影响,但是必须经由法定途径方可进入司法裁判的框架。因此,法官在对公共政策、制定机关权威等法外因素进行后果考量时,一方面应立足于法教义学的解释立场,对法外因素进行分析和评价,从而使法外因素的考量符合法治原则与精神;另一方面应恰当地运用法律解释方法,将法外因素进行“转译”而整合进司法裁判之中,将法外因素等后果考量作为对法律解释的补强或矫正论证方式,而不能超越法律解释径行作出后

[30] 参见劳东燕:《法条主义与刑法解释中的实质判断》,《华东政法大学学报》2017 年第 6 期,第 34 页。

果考量。^[31]同时,法官应通过内部证成与外部证成的方式进行说理论证,提升附带审查结论的可接受性,由此回应社会改革的需求,实现法律体系的动态开放性。

(二)借助司法管理体制的改革激发法官审查动力

法院的组织管理方式影响着法官的行为模式与制度的运行。当前科层化司法管理体制侧重采取行政化的管理方式,致使法官在权责压力下催生“避险”的思维逻辑与行为方式,进而回避对规范性文件的附带审查,引发实效困境。对此,需要通过持续性的司法改革改变法院行政化的组织结构,转变“弱激励、强监督”的内部管理方式,实现激励与监督相平衡,激发法官附带审查的动力,提升附带审查制度的运行实效。

一是破解体制性障碍转变法官行为策略。当前法院进行了一系列的去行政化改革,以破解体制性障碍和制约法官独立审判的深层次问题。虽然取得了一定成效,但是隐性的行政化方式依然存在,各种法官考核制度等在很大程度上依然左右着法官的行为策略。因此,一方面应当持续推进法院的去行政化改革,破除制约法官行为的体制性障碍,理顺司法管理权服务于司法审判权的关系,真正实现以审判为中心的司法改革目标,保障法官敢于审查、愿意审查规范性文件。另一方面应当平衡司法公正与司法效率的关系,改变当前法官考核制度侧重审判数量、审判效率的现象,以规制法官为“求快”而诱发的各种避责策略,从而推动法官对规范性文件合法性进行实质审查。

二是明确审判责任体系推动法官积极履职。当前,法官责任类型不清导致了法官问责标准的模糊化,除了审判责任之外,亦存在社会责任、组织纪律责任、党风廉政责任、司法伦理责任等多重责任,导致法官在裁判过程中不得不考量法外因素,从而诱发了法官的“避险”心理,滋生了后果主义考量。因此,一方面应当明确以审判责任为核心的法官责任体系,将审判责任同其他类型责任相区隔,尤其要将它从社会责任中剥离和独立出来,^[32]避免过多地将审判责任之外的其他责任加诸法官身上,实质性地减轻法官心理压力与行为负担,让法官回归以审判为核心的角色定位。另一方面应当客观评价法官的审判行为,对法官应当回应原告附带审查请求而不予回应、采用形式审查阻却实质审查等行为,给予否定性评价,促使法官真正地履行附带审查职责,提升审判质效。

三是通过激励机制提升法官附带审查的动力。归根结底,判决是由法官作出,司法是一种基于实践理性和技艺的高度智识化、个体化的决策模式,因而需要通过制度设计激励法官积极进行审查。区别于行政行为的审查,规范性文件的附带审查需要法官检索更为广泛的法律文本,进行多元利益衡量,实践中法官坦言会耗费更多的精力与时间;同时,在附带审查案件中,法官既需要审查主诉行政行为的合法性,又需要对规范性文件的合法性进行判断。因此可以通过激励机制来提升法官的审查动力,比如将规范性文件附带审查的案件视为两个办案数量等。而在法院去行政化、组织日益扁平化的未来发展趋势中,法官个人的声誉将日益成为彰显法官能力与认可度的关键标识。因此应引导法官通过翔

[31] 参见王彬:《司法决策中的效用考量及其偏差控制》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2020年第8期,第73页。

[32] 参见方乐:《法官责任制度的司法化改造》,《法学》2019年第2期,第156页。

实、具有说服力的论证说理来提升裁判文书的沟通理性,通过遴选规范性文件附带审查的优秀案例为指导性案例等方式,^[33]激励法官积极审查。

(三)通过国家权力关系的优化改善法官审判环境

一个国家的法律程序与司法制度不是孤立存在的,而是与这个国家的社会经济组织形式、政府的特性密切联系的。法官的审判行为受到这些因素的制约,因而相较于裁判技术的优化与持续的司法改革,只有改变制约法官审判的外部环境,优化整个诉讼制度甚至国家权力间的关系,才能促使法官积极地附带审查规范性文件。

首先,党政机关应当支持与维护法院参与国家治理的方式与运行逻辑。作为国家权力体系的一部分,法院需要以积极、主动的姿态参与国家治理,与其他治理主体相互协作,共同完成国家治理的总体任务。各国法院除具有纠纷解决功能外,均具有政策实施功能,但是从权能属性与运行逻辑来看,法院是对冲突的事实与诉求进行判断,具有中立性、被动性、亲历性,因而定纷止争、利益平衡应当是法院参与国家治理的核心场域,法院应当从专业性的技术层面诠释和实践治理需求,通过制度化、程序化的方式参与国家治理、实施公共政策。故此,党政机关必须尊重法院的职权特征与运行逻辑,支持和维护法院在宪法框架中的地位,“因为从宏观上看,社会的发展固然需要行政的强力推行,但也需要社会政策与社会利益的调节与平衡以及社会关系的稳定,这是法院的功能。”^[34]因此,地方党政机关必须转变理念,尊重法院参与国家治理、实施公共政策的方式,协助与支持法官附带审查规范性文件。

其次,行政机关通过行政自制制度与规范性文件附带审查制度相衔接。作为附带审查行为的对象,行政机关对法官附带审查规范性文件的态度至关重要。对于行政机关而言,虽然完成行政任务具有优先性,但是法治政府建设的任务同样重要,个案败诉将影响被诉行政机关的执法权威与执法声誉,行政机关亦需要“不断的利用司法的话语为政府再生产其合法性”。^[35]长久以来,推进规范性文件的合法性一直是法治政府建设的难题,行政系统内部的备案审查等行政自制制度存在正当性不足、动力不足的窘境,严重影响了政府权威;加之规范性文件本质属于公共决策,其背后隐藏着多元主体的价值偏好与利益博弈,如何确保其获得民众认同、提高执行效率、减少后续管理成本也尤为关键。法官对规范性文件的附带审查能够精准瞄定到规范性文件的具体争议条款与事项,有助于解决行政自制模式聚焦不足与议题宽泛的困境。^[36]因而行政机关需要认真对待附带审查制度,并通过行政自制制度与附带审查制度有机衔接。在具体方式上,一方面当法官认为规范性文件可能不合法时,规范性文件制定机关应出庭陈述意见或提供相关书面材料,辅助审查;另一方面行政机关应当对法官的审查结果给予尊重,对违法违规规范性文件及时修改与

[33] 《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》第 14 条规定:各级人民法院对于案例指导工作中作出突出成绩的单位和个人,应当依照《中华人民共和国法官法》等规定给予奖励。

[34] 龙宗智、袁坚:《深化改革背景下对司法行政化的遏制》,《法学研究》2014 年第 1 期,第 141 页。

[35] 汪庆华:《中国行政诉讼:多中心主义的司法》,《中外法学》2007 年第 5 期,第 533 页。

[36] 参见卢超:《规范性文件附带审查的司法困境及其枢纽功能》,《比较法研究》2020 年第 3 期,第 138-139 页。

废止等。面对当前规范性文件制定机关不采纳司法建议而导致被法官认定为违法的规范性文件继续存在于法秩序中的现象,可以基于行政自制的科层压力推动司法建议的落实,比如将对司法建议的落实情况纳入政府部门法治政府建设的考核范畴等。

最后,有权机关应推动规范性文件附带审查制度的落实。“嵌入在党政体制中的司法机关直接约束行政机关的制度权威不足,横向司法约束常常需要通过纵向政治约束发挥作用,从而推动地方政府作出积极的法治回应。”^[37]面对规范性文件制定机关不回应司法建议而影响法官审查动力的问题,除了与行政自制制度相衔接,借助更高科层权威的压力推进行政机关落实司法建议,是改善法官回避审查行为的另一条路径。《行诉解释》第149条规定了司法建议抄送制度,即作出生效裁判的人民法院向规范性文件制定机关提出的处理建议,可以抄送制定机关的同级人民政府、上一级行政机关,以及监察机关、规范性文件的备案机关。上述机关应当充分发挥自身权威履行监督职责,以形成外部压力迫使制定机关回应法官的司法建议,从而推动附带审查制度的落实。

四 结 语

当法律文本齐备但并未全然发挥效力时,相较于修改法律,人们或许更应该思考法律为什么没有得到有效执行。^[38]规范性文件附带审查制度自创制之日起就被寄予从源头解决纠纷、弥补既有规范性文件监督制度的不足、保障公民权利的厚望,但是在司法实践中却面临着实效不足的窘境,法官通过多种行为模式回避该制度的适用。本文在对规范性文件附带审查制度的运行实效进行考察的同时,亦试图揭示法官在制度、权力场域、组织结构等多元要素影响下的行为模式,为管窥中国行政诉讼制度的运行提供窗口。归根到底,行政诉讼制度须由法官来实施,只有破解了制约法官行为的因素,才能让行政诉讼制度真正运转起来。这不仅需要法官在裁判技术层面遵循规范主义进路,通过方法论的自觉调整裁判思维,在避免机械司法的同时运用解释方法将法外因素进行“转译”进入司法裁判,以适度回应社会发展的需要;而且更为根本的路径则在于整体行政诉讼制度乃至权力结构的转变,即尊重司法参与国家治理的方式与运行逻辑、转变司法行政化以及“弱激励、强监督”的内部管理方式、优化法官激励制度等。如此才能实现行政诉讼的预期制度目的,充分发挥司法在国家治理中的功能,提升司法自身的制度竞争力。

[本文为作者主持的2021年度国家社会科学基金后期资助项目“规范性文件附带审查制度研究”(21FFXB018)的研究成果。]

[37] 向森、郁建兴:《司法如何影响政策过程?——基于对地方政府中心工作的案例比较分析》,《公共行政评论》2022年第2期,第91页。

[38] 参见白云峰:《如何激励执法者——一个认知行为主义的分析进路》,《法制与社会发展》2020年第6期,第161页。

The Effectiveness Dilemma of Incidental Review of Regulatory Documents and the Way Out

[**Abstract**] The system of incidental review of regulatory documents refers to the system whereby citizens, legal persons or other organizations may incidentally request a review of the regulatory documents on which an administrative act is based when instituting litigation against the administrative act. In judicial practice, this system is characterized by a low rate of initiation and a low rate of violation determination. Judges tend to adopt a particular way to evade incidental review of regulatory documents, thereby leading to the effectiveness dilemma. The dilemma can be analyzed at two levels; the regulatory level and the factual level. Firstly, the incidental review model has institutional limitations in that it is not an independent litigation, but only a litigation request. The judge's refusal to review or his review with erroneous results will not lead to a negative evaluation, thus providing the possibility for the judge's evasion of related responsibilities. Secondly, the sectionalized management system of courts produces reverse incentives for judges to evade review for the purposes of enhancing trial efficiency and avoiding potential risks. Thirdly, the complex power field formed by the policy implementation function of the courts and the dominant position of executive authorities has prompted judges to consider the political and social effects of judgments and other extralegal factors, thus exacerbating their review-evading conduct. There are several approaches to getting out the dilemma. Firstly, adjusting judges' adjudication conduct by following the normative adjudication thinking so that they can consciously avoid through methodology the rigid application of law that leads to formal review. Secondly, continuously promoting the reform of the judicial management system, breaking down the institutional barriers that constrain judges' adjudication, clarifying the system of judges' responsibilities centered on the "responsibility for adjudication", and establishing an incentive mechanism for encouraging judges to conduct incidental reviews. And finally, improving the environment for judges' adjudication. Party and government organs should support and uphold the way in which courts participate in state governance and assist the judges in reviewing regulatory documents incidentally. Administrative authorities must link up with the incidental review system through administrative self-control, and supervisory authorities and authorities responsible for the recordation of regulatory documents should give full play to their supervisory duties, so as to jointly promote the implementation of the incidental review system.

(责任编辑:田 夫)