

行政诉讼司法建议制度的功能衍化

卢 超^{*}

内容提要：行政诉讼司法建议原本是一项裁判执行措施，但随着最高人民法院司法政策的变化，其发挥的事实功能被大大扩展。实践中，行政诉讼司法建议在规范性文件修改中发挥着功能性审查的作用。从社会变迁的视角观察不难发现，维稳压力、协调和解政策与地方发展型政府的模式变迁，诱发了对于行政诉讼司法建议的制度性需求，从而迫使司法建议成为行政诉讼工具箱中的重要工具。行政诉讼司法建议制度的功能衍化，为法社会学研究提供了一个极具价值的制度样本，亦为行政诉讼法的未来发展提供了背景材料。

关键词：司法建议 规范性文件审查 协调和解 地方发展型政府 行政诉讼法

引 言

随着行政诉讼法修正案草案审议通过，围绕行政诉讼法修订问题的热烈讨论亦将告一段落。回顾已有研究以及近年讨论热点不难发现，行政诉讼司法建议制度自始至终都没有获得学界应有的重视。^{〔1〕}然而，2005年之后司法建议制度在行政诉讼运作实践中发挥了极为重要的作用，协调和解后发送司法建议的方式，很大程度上甚至有取代合法性审查的趋势。目前，这一趋势已经体现在行政诉讼法的最新发展中。行政诉讼法（2014年）第64条已经将行政诉讼司法建议对于规范性文件的“功能性审查”予以法定化。

依照行政诉讼法（1989年）第65条第3款之规定，行政诉讼中的司法建议制度最初仅是作为一项敦促行政机关履行生效裁判的执行措施而存在。^{〔2〕}然而，随着2000年以后司法政策的变迁，尤其以2007年最高人民法院发布的《关于进一步加强司法建议工作为构建社会主义和谐社会提供司法服务的通知》为标志，司法建议制度在审判活动中日益得到重视

* 中国社科院法学所宪法行政法研究室助理研究员。

〔1〕 关于行政诉讼司法建议制度的研究述评，见吴欢：《行政诉讼司法建议制度研究述评》，《江苏警官学院学报》2013年第1期。

〔2〕 行政诉讼法（1989年）第65条第3款规定，“行政机关拒绝履行判决、裁定的，第一审人民法院可以采取……向该行政机关的上一级行政机关或者监察、人事机关提出司法建议。接受司法建议的机关，根据有关规定进行处理，并将处理情况告知人民法院”。鉴于该规定位于“执行”章节，行政诉讼司法建议可以视为敦促行政机关履行生效裁判的执行措施。

并获得广泛运用。2010年最高人民法院发布的《关于当前形势下做好行政审判工作的若干意见》进一步指出,“要高度重视司法建议工作。对于个案审理中发现的行政执法方面存在的问题,及时向有关行政机关提出改进意见和建议。对于政府决策和行政管理活动中出现的共性问题,书面报送当地党委、人大和政府,为领导决策和改进工作提供参考”。与之相配合,地方司法层面对于行政诉讼司法建议的制度功能同样进行了大幅扩展,如《浙江省高级人民法院关于进一步加强行政审判司法建议工作的通知》指出,“行政审判中司法建议的适用范围除了行政诉讼法及其司法解释规定的情形外,对审判中发现的行政机关在行政管理和执法中存在的问题和漏洞、行政机关在应诉工作方面存在的不足,以及案件审结后需要行政机关进一步做好善后或维稳工作的,均可以向相关行政机关提出司法建议。各级法院要结合本地实际,进一步拓宽司法建议范围,探索和创新司法建议形式”。〔3〕中央与地方司法政策上的变化,提供了相关背景契机,促使行政诉讼司法建议制度的功能在实践中也发生巨大变化:从旨在保障法院裁判之执行,扩展至对规范性文件不合法或者不合理的修正建议,以及行政程序的瑕疵补正等情形中。〔4〕

针对司法建议制度的功能扩张,有观点认为,其会对司法判决带来负面效应。〔5〕甚至有观点认为,“从长远来看,司法建议制度应当予以废止,法院对外发出的唯一具有司法权威的文书只能是裁判文书”。〔6〕鉴于行政诉讼法的修订已经将司法建议对规范性文件的功能性审查法定化,本文不拟针对行政诉讼司法建议制度本身做价值评断,或对此功能性扩张展开支持或反对的思辨,而尝试通过司法判例与司法政策文本的梳理,来考察和理解这种功能扩张究竟是如何发生的。

一、行政诉讼司法建议制度的地方政策试验

地方试验机制是当代中国公共政策模式的特殊形态,〔7〕司法政策的形成机制也依循了这一形态模式。地方法院通过政策试验创新的方式,通过互相间的竞争与政策模仿,在模糊的法律规范之下创设新的地方司法政策,已然成为一种制度惯例。〔8〕行政诉讼司法建议制度在地方层面表现出的殊异形态以及政策模仿,亦是地方司法政策试验的鲜明例证。

〔3〕《通知》明确指出,“既可以针对个案中存在的问题提出司法建议,也可以就某一类案件或某一个阶段存在的突出问题提出系统性的司法建议;既可以就案件本身存在的问题提出建议,也可以就案件反映出的行政机关日常管理中存在的普遍性问题提出建议;既可以就行政行为的合法性问题提出建议,也可以就行政行为的合理性问题提出建议。对一些需要行政机关配合做好协调工作的重大复杂案件,也可以就案件的协调化解方案向有关行政机关提出司法建议”(浙高法〔2009〕275号)。

〔4〕关于行政诉讼司法建议法定功能与事实功能的详细分析,见董礼洁、周欣:《行政性司法建议的法定功能与事实功能》,《人民司法》2011年第3期。

〔5〕如黄学贤认为,“司法建议不能阻却争讼,因为它不具有仅判决才具备的既判力,故而司法建议不能取代判决的主导地位,更不能取代判决的存在”。见黄学贤、丁钰:《行政审判中的司法建议制度运行分析——以江苏法院为视角》,《行政法学研究》2011年第3期,第90页。

〔6〕徐昕:《司法建议制度的改革与建议型司法的转型》,《学习与探索》2012年第2期,第96页以下。

〔7〕有关当代中国地方政策试验的理论分析,可参见韩博天:《中国异乎常规的政策制定过程:不确定情况下反复实验》,《开放时代》2009年第7期;韩博天、石磊:《中国经济腾飞中的分级制政策试验》,《开放时代》2008年第5期。

〔8〕See Benjamin Liebman, *China's Courts: Restricted Reform*, 21 Colum. J. Asian L 1 (2007).

（一）提醒回访机制与程序规范创新

尽管行政诉讼法（1989年）第65条第3款规定“接受司法建议的机关，根据有关规定进行处理，并将处理情况告知人民法院”，但由于该项规定并没有设定一项回复法院的强制性义务，使得司法建议并不具备法定拘束力，行政机关对于司法建议往往持有疑虑而不予置理。针对司法建议回复率低的问题，地方法院常设置提醒与回访机制，迫使行政机关针对司法建议予以反馈。如南京市中级人民法院《关于进一步加强和规范司法建议工作的实施意见（试行）》要求，“被建议单位必须对司法建议给出反馈意见，如果规定期限之内未能反馈，法院将主动向被建议单位进行询问提醒或者回访，亦可向其主管部门或者上级机关提出意见”。浙江省天台人民法院建立了司法建议反馈回访制度，要求在司法建议发出3个月之后未收到反馈意见时，承办人员应及时与被建议单位联系，必要时要求被建议单位上级主管部门加以督促。^{〔9〕}北京市昌平区人民法院亦专门建立了“司法建议回访”以及与被建议单位的“定期座谈”制度。^{〔10〕}

此外，地方法院在司法建议的程序规范流程方面，亦推出各类创新机制。如《北京市平谷区人民法院关于加强司法建议工作的实施意见（试行）》，对司法建议的制发流程和文书格式作出规范，要求实施确保司法建议质量的“三定一保”运行机制。个别发达地区甚至建立了司法建议的数据网络平台。如2009年上海市依照《关于加强和规范司法建议工作的若干规定》（试行）的要求，建立了网上司法建议信息库制度，通过全市统一的评估考核平台，使司法建议的流程更加规范化、数据化。

（二）绩效考评与数目字管理机制

为推动司法建议制度的开展，地方法院在实践中推出各类内部绩效考评与数目字管理方式。如上海市长宁区人民法院将司法建议纳入年度调研工作指标，“对每个业务庭设定年度最低数量要求，并对每月司法建议的完成数量进行统计公布。同时，还将司法建议纳入目标管理考核范围，完善法官业绩档案，在年度考核中对超指标完成司法建议的部门个人予以加分，对未完成指标的按规定予以扣分”。^{〔11〕}山东省高级人民法院制定的《关于进一步加强司法建议工作的意见》，亦将司法建议工作作为法院系统年度考核和岗位目标考核的重要内容。徐州市中级人民法院出台的《关于进一步加强和规范司法建议工作的规定》，则设定了最低司法建议工作量，即要求各基层法院、市中院各部门每年发送司法建议数量不低于办结案件数量的1%。

除了法院内部对于司法建议的绩效考评机制，地方政府亦通过各类指标考核的方式，迫使各级行政机关重视并回复法院司法建议。如《重庆市行政机关办理司法建议暂行规定》要求：行政机关应当积极配合司法机关的回访工作，并如实反馈司法建议办理和落实情况；行政机关办理司法建议工作的情况，列入年度依法行政工作考评内容。温州市政府将“认真研究落实司法建议”明确列入法治政府建设“五年计划”，并要求相关部门确保60日之内对司法建议做出处理，反馈率必须达到100%；对不落实建议和反馈率不达100%的，在

〔9〕 见朱利明：《天台：司法建议舞出亮丽色彩》，《人民法院报》2012年7月29日第7版。

〔10〕 见《法院司法建议回复率低原因多——北京昌平法院尝试建立沟通机制督促落实》，《法制日报》2007年4月3日第5版。

〔11〕 赵刚：《上海长宁：净言逆耳利于行》，《人民法院报》2011年1月31日第7版。

法治政府建设考核中直接扣分。^[12]北京市平谷区政府《关于加强办理司法建议工作的意见》规定,“各部门办理司法建议的情况将被纳入全区年度绩效考评体系,被建议单位无正当理由不办理、拖延办理司法建议,区政府将给予通报批评,造成严重后果的,依据有关法律规定追究相应人员的责任”。这种绩效考核模式也为行政诉讼司法建议的政策试验提供了制度空间。

(三) 调整地方公共政策的司法建议模式创新

在行政诉讼实践中,经常会有被诉具体行政行为所依据的规范性文件违法的情形。由于行政诉讼法排除了规范性文件的可诉性,尽管事实上法院对具体行政行为所依据的规范性文件仍然拥有选择适用权与有限评价权,但对其合法性效力并没有法定意义上的审查权。对此,在司法实践中,地方法院往往创造性地运用司法建议的方式,提醒行政机关及时对相关规范性文件进行修改。^[13]通常而言,法院经过个案裁判认为其他规范性文件存在问题时,“首先尽力促成双方当事人和解从而以撤诉结案,随后针对存在问题的其他规范性文件向有关机关发送司法建议”。^[14]这种在个案裁判中协调和解而后发送司法建议的流程,是当前法院调整规范性文件与地方公共政策的主流模式。如四川省巴中人民法院出台了《关于加强能动司法的意见》与《关于适时提出司法建议为党政决策服务的通知》,要求“针对审判工作中发现的普遍性问题及时向相关部门提出司法建议,如果涉及政府决策与行政管理中的重要事项,提出书面建议报送党委、人大和政府,为决策改进提供参考”。这种政策调整机制在地方层面亦取得了一定的效果,以广东梅州为例,“从2011年1月至2012年6月份,广东梅州两级人民法院共发出司法建议147条,其中71%的司法建议促成当地党委机关出台规范文件、建立新的长效机制”。^[15]

在地方司法实践中,对于规范性文件与地方公共政策的司法调整机制,除了个案裁判中的司法建议方式以外,另一途径是借助综合性司法建议的“大司法建议”模式。自最高人民法院2009年发布《关于在全国法院开展行政审判“白皮书”活动的通知》之后,“大司法建议”的行政审判年度报告在地方层面得到了广泛运用。以北京地区为例,“从2006年起海淀人民法院每年定期向政府发布《行政审判白皮书》,作为一种综合性的司法建议,行政审判白皮书着重解析上年度审结的被告为区属行政机关的行政案件,并提出有针对性的改进建议”。^[16]这类综合性司法建议同样为地方公共政策的调整提供了相应制度渠道。

二、个案裁判中司法建议的运用

作为一种判决之外的处理模式,司法建议通常采用单独法律文书的形式,而与正式的

[12] 余建华、孟焕良:《司法建议点亮法治浙江——浙江法院司法建议重质量求实效》,《人民法院报》2012年7月4日第1版。

[13] 参见章志远:《我国行政诉讼司法建议制度之研究》,《法商研究》2011年第2期,第74页。

[14] 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88页。

[15] 《金手指是这样炼成的——广东梅州中院司法建议工作纪实》,《人民法院报》2012年8月6日第1版。

[16] 李东民、殷华:《基层法院司法建议工作实务问题——以北京市海淀区人民法院为实证研究样本》,《人民司法》2011年第21期,第22页。

判决文本相区分，但是在大量的司法判决书中，法院却往往会花费相当篇幅来陈述法院发出司法建议的相关事实与内容。^[17]因此，下文以“北大法宝”、“北大法意”、《中国行政审判案例》、《人民法院案例选》、《中国审判案例要览》中所搜集到的涉及司法建议内容的行政裁判案例为分析对象。尽管严格来说，这些案例从数量上并不具备统计学上的样本意义，因为大量的司法建议内容与事实无法从判决书中获知，而且实践中海量的综合类司法建议也并不完全是基于裁判个案，但是从这些少量可获取的司法判例的研读中，仍然可以推断出行政诉讼司法建议的类型化分布，以及由此窥探出旨在调整地方公共政策、修改规范性文件的司法建议类型所占的比重。

从司法判例中不难发现，法院是否提出司法建议属于司法裁量权范畴，当事人无法针对司法建议提出诉请。如在“杭州创和环境艺术有限公司与常山县规划建设局城乡建设行政监督纠纷上诉案”中，法院判定，“依据《最高人民法院关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第59条第3项的规定，向被告和有关机关提出司法建议是法律赋予人民法院的职权，而诉讼请求是原告向被告主张的，应是法律上的利益诉求，因此原告坚持诉求法院向被告上级机关提出司法建议处理被告负责人的主张，缺乏法律基础，法院不予支持”。^[18]在“曹野等与沈阳市苏家屯区人民政府土地使用证纠纷上诉案”中，法院判定，“原告提出向有权机关作出司法建议追究有关责任人的法律责任的请求，不属于行政审判的范畴，对上述两项请求予以驳回”。^[19]在“曹兵不服海南省公安厅公务员录用案”中，法院判定，“原告关于发出司法建议的诉请，因该问题不属于行政审判的范畴，本院不予处理”。^[20]

从行政诉讼司法建议类型划分的角度来看，旨在针对地方公共政策调整、规范性文件修改的司法建议类型，所占比例最为显著。这种旨在调整地方公共政策的司法建议，在社会保障行政诉讼案件中的运用较为普遍。如在“成都蜀汉园林有限公司诉成都市劳动和社会保障局劳动争议纠纷案”中，法院做出判决之后，又针对当前超龄但未享受养老保险待遇的农民工再就业不断增多的现状，向成都市劳保局出具司法建议书，建议对类似案件的工伤认定做出统一处理办法。^[21]在“王保家不服上海市社会保险事业基金结算管理中心不予批准提前退休决定上诉案”中，法院向原上海市劳动和社会保障局发出的司法建议中指出，如果原上海市劳动和社会保障局认为确有必要由被上诉人履行特殊工种人员提前退休的审批职能，可以考虑向市政府提出修改《上海市城镇职工养老保险办法》，以地方政府规章的形式授权市社保中心行使该项职权，也可以仍由市社保中心负责实际审批，但对外决定加盖市劳动保障局印章，以符合现有规定。^[22]在“福清市胜德塑胶制品有限公司不服福清市社会劳动保险公司否定工伤理赔案”中，法院认为被告引用的规范性文件——福州市劳动局榕劳险（2002）012号《关于进一步做好工伤、生育保险社会统筹基金征缴工作的通知》第6条之规定，与《福建省劳动安全卫生条例》的规定不一致，故被告适用法律错误，而向福州市劳动和社会保障局发出司法建议书，建议其对榕劳险012号第6条的规定予

[17] 参见何海波：《行政诉讼法》，法律出版社2011年版，第465页以下。

[18] （2011）浙衢行终字第1号。

[19] （2008）沈行终字第107号。

[20] （2005）海中法行终字第19号。

[21] （2009）成行终字第13号。

[22] （2008）沪二中行终字第48号。

以修改。^[23]

旨在调整公共政策的司法建议，特殊情形下亦可能并非针对诉讼被告。如在“天津远洋运输公司不服南京卫生检疫所行政处罚案”中，由于该案涉及对交通部和卫生部联合发布的503号文件的理解不一致，南京市玄武区人民法院审结后及时向卫生部提出司法建议，认为“该文件第2条关于食品、饮用水从业人员的健康证书的规定，超越了《国境卫生检疫法实施细则》第107条第3项中规定的权限范围，且词语表达不够严谨，造成执法中产生歧义和误解，建议对该文件进行修改”。^[24]这种针对更高层级行政机关所发布规范性文件的情形通常较为少见，旨在调整公共政策的司法建议在个案中通常更多指向基层政府所发布的地方规范性文件。

除此之外，实践中仍然存在大量其他类型的司法建议，如根据原告困难给予抚恤救助的司法建议。在“李贵宝诉南京市住房保障和房产局行政赔偿案”中，二审法院发现被上诉人人在保管相关房产登记资料过程中存在明显疏漏，对上诉人李贵宝的合法权益造成不利影响。鉴于针对上诉人房屋所做出的房屋权属登记已被撤销，为了保障公民、法人和其他组织的合法权益，钝化解决行政争议，南京市中级人民法院发出司法建议函，建议市房产局考虑上诉人李贵宝家庭困难的实际情况，酌情对其予以生活补助。^[25]

行政程序瑕疵补正的司法建议在实践中亦广泛存在。如在“曲怀德与克山县住房和城乡建设局等房屋拆迁纠纷上诉案”中，法院认为，“住建局在做出拆迁裁决时，对于拆迁部门在送达听证通知、公示房屋评估价格时存在的程序瑕疵，没有尽到认真审查的义务。住建局做出拆迁裁决所依据的材料虽存在瑕疵，但未影响裁决实体结果的合法性，针对此程序问题本院将给县相关部门下发司法建议，以利于行政机关在今后的工作中更好地依法行政”。^[26]在“孙兆贵诉上海市药品监督管理局闸北分局行政处罚决定案”中，法院认为，“行政行为违反法定程序的，应判决撤销被诉行政行为。但本案中行政行为仅属瑕疵，尚不构成违反法定程序，因此不应予以撤销。针对行政执法中存在的瑕疵，依法向执法机关发出司法建议，要求其改进”。^[27]

实践中亦存在少量针对机关工作人员渎职行为的司法建议类型。如在“夏善荣诉徐州市建设局行政证明纠纷案”中，江苏省高级人民法院以司法建议的方式，向徐州市人民政府通报了本案案情，并指出，“某些行政机关及其工作人员伪造国家公文，已严重影响到国家正常的行政管理秩序，损害了政府的诚信，极易引发行政争议、激化官民矛盾，不利于建设法治江苏、构建和谐社会的责任”。^[28]

从上述司法建议判例的类型化构成中，不难看出地方法院在裁判过程中对于司法建议制度的创造性使用。指向公共政策调整、规范性文件修改的司法建议类型，在某种程度上创造性地实现了行政诉讼对规范性文件的功能性审查。抚恤救助类型的司法建议，则体现

[23] (2004)融行初字第04号。

[24] (1992)宁法行上字第9号。

[25] 《中国行政审判案例》第4卷第157号。

[26] (2011)齐行终字第20号。

[27] (2003)沪二中行终字第109号。

[28] 《最高人民法院公报》2006年第9期。

了当代中国大众司法的群众路线。上述司法实践中较为常见的行政诉讼司法建议类型，均超出了行政诉讼法（1989年）第65条第3款规定的法定适用范围，体现出行政诉讼司法建议事实功能与法定功能的疏离。对于行政诉讼司法建议的这种功能衍化，需要通过社会变迁的外部视角予以进一步阐释。

三、行政诉讼司法建议功能衍化的解释

（一）政法传统以及社会稳定压力的现实需求

建国后，国家常常通过政治动员的模式处理困难任务，由此形成重视群众路线的司法传统。^[29]这种动员模式逐渐演化成为一种更为现代化的治理工具，并表现出明显的“权宜性治理”的特征，^[30]“诸多公共机构需要相互协调配合以有效解决社会敏感事项，而相对独立、更具职业主义特征的司法体制将与之相悖，尤其面对涉及社会稳定议题，司法需要配合其他国家机关共同维护稳定，以防止司法判断与政治考量不相一致”。^[31]这种政法传统与“权宜性治理”模式在行政诉讼的制度变迁史中体现得尤为明显，尤其是行政诉讼协调和解模式的兴起，就在某种程度上颠覆了行政诉讼法所力图构造的权力制衡与形式法治的制度想象。

行政诉讼法（1989）中“禁止调解”、^[32]证明责任分配等规范设定，均旨在创设一种“国家—社会”、“行政—司法”的对峙模式，^[33]以此实现对行政法治的依循维护。尤其是禁止调解原则，寄托了立法者通过行政诉讼实现合法性审查、监督制约行政机关的美好愿景。2005年前，法院甚至通过各类内部考核方式限制撤诉率、严格禁止调解。^[34]2005年后，最高人民法院的司法政策发生方向性调整，其所发布的《关于妥善处理群体性行政案件的通知》（2005年）强调，“对于农村土地征收、城市房屋拆迁等领域的群体性行政纠纷，各地法院尽可能通过协调方式予以解决”。地方司法层面亦纷纷出台各类有关行政诉讼协调和解的司法文件，其中均着重强调社会稳定因素。^[35]如《广东省高级人民法院关于行政案件协调和解工作若干问题的意见（试行）》（以下简称《广东若干问题意见》）第6条规定，“对于重大复杂或者可能影响社会稳定的行政案件，人民法院应当主动组织协调”。《上海市高级人民法院关于加强行政案件协调和解工作的若干意见》第8条第5款规定，

[29] 参见强世功：《法制与治理：国家转型中的法律》，中国政法大学出版社2003年版；李斯特：《人民司法群众路线的谱系》，《法律与社会科学》第1卷（2006年）；Cong Xiaoping, *Ma Xiwu's Way of Judging: Villages, the Masses and Legal Construction in Revolutionary China in the 1940s*, 72 *The China Journal* 29-52 (2014); Stanley B. Lubman, *A Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, Stanford University Press, 2002.

[30] Sebastian Heilman and Elizabeth Perry (eds.), *Mao's Invisible Hand: The Political Foundations of Adaptive Governance in China*, Harvard University Press, 2011.

[31] Chen Xi, *Social Protest and Contentious Authoritarianism in China*, Cambridge University Press, 2012, pp. 119-120.

[32] 行政诉讼法（1989年）第50条明确规定，“人民法院审理行政案件，不适用调解”。其实，1985年《关于人民法院审理经济行政案件不应进行调解的通知》、1987年《关于审理经济纠纷案件具体适用〈民事诉讼法〉（试行）的若干问题的解答》中，便已明确行政案件中不适用调解。

[33] 参见陈端洪：《对峙——从行政诉讼看中国的宪政出路》，《中外法学》1995年第4期。

[34] 参见何海波：《实质法治——寻求行政诉讼的合法性》，法律出版社2009年版，第77页。

[35] 地方层面在2006年之后司法量化考评指标发生巨大转折，行政诉讼的协调结案率开始成为一项积极正面评价指标，如辽宁省高级人民法院于2006年发布《关于增补协调结案率为行政审判工作量化考评指标的通知》。

“涉及农村土地征用、城市房屋拆迁、劳动和社会保障、企业改制、资源环保等矛盾容易激化，可能引起群体性利益冲突，或者对国家利益、公共利益和社会稳定可能造成影响的”的行政案件，法院可以进行协调。各地司法文件中还同时强调协调和解过程中法院与党委、人大、政府机关甚至社会组织的配合机制。如《浙江省高级人民法院关于加强和规范行政诉讼协调工作的指导意见》第11条规定，“人民法院认为有必要时，可以邀请党政机关、人大、政协，工会、妇联等社会团体或者其他社会组织等参与案件的协调”。《广东若干问题意见》第8条规定，“重大复杂或者可能影响社会稳定的案件的协调和解工作，应当积极争取当地党委、人大以及政府的支持”。可以说，“诉讼协调模式使得诉讼程序成为一个集合党政和社会各方面力量共同解决纠纷的过程，并增加了行政介入司法的新路径”。^[36]行政诉讼法立法之初旨在创设对峙的愿景早已荡然无存，而这种配合协作亦鲜明反映了“权宜性治理”与当代中国政法传统的特质。

社会变迁因素，尤其是群体性事件、社会稳定压力的影响，导致行政诉讼审判模式发生巨大转变，^[37]迫使协调和解从一种地下的、不被正式规则承认的制度逐步发展成为行政诉讼的重要装置。当前的社会不稳定因素与群体性事件，往往由农村土地征用、城市房屋拆迁、社保政策调整、企业改制、环境议题等地方决策所诱发，^[38]对于这类公共决策引发的行政诉讼事项，法院担负重大的维稳压力，只好借助判决之外的方式竭力试图予以化解。法院在行政诉讼中进行协调和解而后发送司法建议的模式，很大程度上取代了合法性审查。面对诸多容易诱发群体性事件的政策分配议题，在缺乏制度能力通过判决方式进行合法性审查的大背景下，法院也只能通过司法建议这种判决之外的非正式方式去影响地方公共政策，而诸多地方司法文件亦将这种替代模式予以规范化。如《浙江省高级人民法院关于加强和规范行政诉讼协调工作的指导意见》第27条规定，“人民法院在行政诉讼协调中，发现行政执法或者行政管理活动存在问题的，应当及时向有关部门发出司法建议”。《北京市高级人民法院关于行政案件协调处理有关问题的意见（试行）》第13条规定，“案件协调处理过程中，发现行政机关在行政管理或者行政执法中存在的问题，应及时向有关部门发出司法建议”。《甘肃省人民政府、甘肃省高级人民法院关于预防和化解行政争议完善行政与司法协调机制的意见》强调指出，“对一些重大、复杂、敏感或者影响面广、可能引起连锁反应的群体性行政诉讼案件，各级行政机关与法院应当及时沟通，相互配合，形成合力，最大限度地通过协调化解行政争议。与此同时，各级法院要进一步加大司法建议工作力度，对行政审判中发现的行政执法存在的普遍性问题、可能引起群体性事件和影响社会稳定的行政管理问题以及其他需要改进或注意的共性事项及时提出司法建议，努力为政府决策、

[36] 吴英姿：《司法过程中的协调——一种功能主义的视角》，《北大法律评论》2008年第9卷第2辑，第478页以下。

[37] 有学者将行政诉讼这种转变提炼总结为“封闭对抗型”向“开放合作型”行政审判模式的转化，见章志远：《开放合作型行政审判模式之建构》，《法学研究》2013年第1期。

[38] 有关当代中国不同领域内大众抗争与群体性事件的政治社会学阐述，参见 Kevin O'Brien & Li Lianjiang, *Rightful Resistance in Rural China*, Cambridge University Press, 2006; Ching Kwan Lee, *Against The Law: Labor Protests in China's Rustbelt and Sunbelt*, University of California Press, 2007; Andrew C. Mertha, *China's Water Warriors: Citizen Action and Policy Change*, Cornell University Press, 2008; Kevin O'Brien (ed.), *Popular Protest in China*, Harvard University Press, 2008; Cai Yongshun, *Collective Resistance in China-Why Popular Protests Succeed or Fail*, Stanford University Press, 2010.

改革发展、经济增长、社会稳定建言献策”。

国家—社会结构变迁引发的社会冲突与维稳压力的加剧，导致行政诉讼模式从一种理想化的对峙形象，逐步演化成为一种权宜性的协调合作模式。这种司法模式不仅可以从结构变迁角度予以解释，亦可以回溯至当代中国“政法传统”与“权宜性治理”的渊源。可以说，“行政诉讼案件中法院所展现的并非是一个中立司法者的面向，法院的司法能力一定程度上是通过协调不同部门，以非司法的方式解决纠纷呈现出来的”。〔39〕从积极角度而言，法院通过协调和解方式，以判决之外的手段躲避了诸多无力予以审查的政策性难题，同时针对地方公共政策积极发送司法建议，又避免了被过度边缘化的危险，巩固了自身在整个政治序列中的地位。

（二）地方发展型国家模式对行政诉讼的束缚

市场化改革与经济地方分权使得国家内部的科层序列发生悄然变化，无论是郑永年提出的“事实联邦主义”〔40〕还是谢淑丽提出的“交互问责”机制，〔41〕均表明地方政府逐步促生出与中央不相一致的利益取向以及相应的平衡机制。20世纪80、90年代的基层地方政府，在地方经济中扮演了直接管理的角色，在经济分权、财税包干改革的制度激励下，呈现出法团化特征的地方政府拥有巨大的经济、政治动机推动地方经济的发展。随着90年代分税制改革的影响，地方政府愈发依赖“土地财政”，〔42〕地方政府行为模式出现了从“经营企业”向“经营城市”的转变，“地方政府都市化”的发展模式愈演愈烈。〔43〕在此模式下，“地方政府把所辖区域作为一个整体来进行规划、开发和经营，以尽可能提高地区经济的增长速度和地方财政收入”。〔44〕尽管在不同时期参与经济发展的表现形态有所差异，但地方政府“抓经济发展主动权”的本质却没有发生根本性变化。〔45〕

伴随地方发展型政府模式的崛起，为了防止地方政府的公共政策偏离中央意图，需要通过种种监督机制来实现对地方政府的控制，行政诉讼作为科层监控的机制之一，〔46〕一定程度上发挥了这种拘束控制功能。但是，与官员晋升、工作组督察、约谈等政治控制机制

〔39〕 汪庆华：《通过司法的非司法解决：群体性争议中的行政诉讼》，《政法论坛》2010年第4期，第44页。

〔40〕 Zheng Yongnian, *De Facto Federalism in China: Reforms and Dynamics of Central Local Relations*, World Scientific Publishing, 2007.

〔41〕 Susan Shirk, *The Political Logic of Economic Reform in China*, University of California Press, 1993.

〔42〕 有关土地财政与分税制之间的关系，参见周飞舟：《大兴土木：土地财政与地方政府行为》，《经济社会体制比较》2010年第3期；周飞舟：《生财有道：土地开发和转让中的政府和农民》，《社会学研究》2007年第1期；周飞舟：《以利为利：财政关系与地方政府行为》，上海三联书店2012年版。

〔43〕 按照邢幼田的“地方政府都市化”理论，都市化进程型塑了当代中国地方政府的政治过程。20世纪90年代以来，都市土地议程成为地方领导者的首要议题，地方政府通过都市建设项目巩固地方权力，借助都市现代化与都市形象来巩固地方治理的合法性。See You-Tien Hsing, *The Great Urban Transformation: Politics of Land and Property in China*, Oxford University Press, 2010, p. 54; You-Tien Hsing, *Land and Territorial Politics in Urban China*, 187 *The China Quarterly* 575 - 591 (2006).

〔44〕 曹正汉、史晋川：《中国地方政府应对市场化改革的策略：抓住经济发展的主动权——理论假说与案例研究》，《社会学研究》2009年第4期，第25页。

〔45〕 参见郁建兴、高翔：《地方发展型政府的行为逻辑及制度基础》，《中国社会科学》2012年第5期；曹正汉等：《为增长而控制——中国的地区竞争与地方政府对土地的控制行为》，《学术研究》2011年第8期。

〔46〕 按照贺欣“科层监控论”观点，行政诉讼根本职能在于满足由经济分权引发的中央监控地方政府的制度性需求，见贺欣：《作为政治控制机制之一的行政法——当代中国行政法的政治学解读》，《法哲学与法社会学论丛》（2005年）第8期。另可参见卢超：《产权变迁、行政诉讼与科层监控》，《中外法学》2013年第4期。

相比,行政诉讼的拘束模式尚处于非常弱势的地位。按照周雪光的相关解释,相比于政治控制机制而言,尽管行政诉讼的控制手段能够带来更多的法治稳定性,但同时会“束缚中央政府适用运动型机制的空间和范围,限制自上而下的动员能力,并且独立的司法裁判会对地方政府解决实际问题的能力加以刚性约束,从而限制有效治理的灵活性”。^[47]也就是说,高度成熟的行政诉讼机制有可能会削弱中央政府的政治动员能力,也会对地方政府的有效治理施加过于刚性的拘束。因此在实践中,行政诉讼遭受种种困境也就顺理成章,中央政府既不愿意过度放弃政治控制手段的便利,也不愿意对地方发展型政府模式施以过严的司法限制,^[48]尤其在经济绩效合法性仍然占据主导地位的当下,只要地方发展没有触动社会稳定的高压线,中央政府乐于将经济发展的主导权赋予地方政府。^[49]

在以都市化为核心的地方发展型政府模式之下,都市政策议题是地方经济竞争的核心要素,中央政府更倾向于采取土地督察、规划督察等政治控制手段,^[50]来调整地方政府的都市化议程,行政诉讼作为司法控制手段并非首选方案。法院对于围绕都市政策而引发的行政诉讼争议显得格外慎重,由于缺乏制度能力对土地征收与拆迁补偿等经济发展事项做出合法性审查,^[51]法院只能借助司法建议这类柔性手段,以此委婉地影响或试图修正地方政府围绕都市化议程而出台的一系列公共政策。这些司法建议有基于个案情形提出,但更多体现在综合性司法建议报告之中。例如,“2010年3月,浙江省高院在立案审查一起征地拆迁补偿案件中发现,当地土地征用中不仅存在征地补偿不到位、先征地后审批等情况,而且还存在未经批准大量侵占农民承包经营地的问题,范围涉及上千名被征地农民,遂向嘉兴市政府和省国土资源厅发出妥善处理征地补偿安置问题、切实保障失地农民合法权益的司法建议。中央和最高院领导分别作出批示,省政府领导亲自召集协调会研究处置,最终促使当地政府调整相关征地补偿政策,取得多赢社会效果”。^[52]又如,“徐州市法院着重对于征地拆迁等复杂的行政纠纷事项提出司法建议,如《国有土地上房屋征收与补偿条例实施后对城市建设和法院工作的影响与应对》直接提出了坚持保障城市建设和维护被征收人合法权益并重等10项具体建议。《徐州涉诉社会矛盾纠纷排查分析报告》亦在分析拆迁纠纷、土地承包经营权流转纠纷等成因基础之上,提出了综合性司法建议。”^[53]

从以上分析不难发现,以都市化进程为导向的地方政治,深刻影响了基层法院在行政

[47] 周雪光:《权威体制与有效治理:当代中国国家治理的制度逻辑》,《开放时代》2011年第10期,第79页。

[48] 东亚国家中基于发展型政府的强势地位,行政诉讼均扮演了一个相对弱势的角色,这在比较法上也是一个非常有意思的现象。See John Ohnesorge, *Administrative Law in East Asia: A Comparative Historical Analysis*, In Susan Rose-Ackerman & Peter L. Lindseth (eds.), *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, 2010, pp. 78-91.

[49] See Cai Yongshun, *Power Structure and Regime Resilience: Contentious Politics in China*, 38 (3) *British Journal of Political Science* 411-432 (2008).

[50] 有关规划督察的分析,参见陈越峰:《合作监督:我国城市规划合法性控制的新形态》,《行政法论丛》第14卷,法律出版社2012年版。

[51] 尽管近几年来国土资源与城市建设这两类行政案件的数量急剧攀升,但是从原告胜诉率以及审判方式的角度来看,司法并没有就此形成针对该类型案件的审查能力。参见何海波:《困顿的行政诉讼》,《华东政法大学学报》2012年第2期。

[52] 齐奇:《提高司法建议质量,服务社会科学发展——浙江法院推进司法建议工作的实践与思考》,《人民司法》2012年第19期,第20页。

[53] 丁国锋:《四年发出司法建议逾两千:法院工作助推社会管理创新徐州探出经验》,《法制日报》2011年6月25日第1版。

诉讼中的司法策略。^[54] 在地方发展型政府的主导模式下，司法建议可以视为法院的一种策略性服从行为：^[55] 既然法院无力实现合法性审查之功能，司法建议之手段既维持了尊重地方政府的表象，又巩固了法院自身的权力与地位。在地方政治博弈的过程中，“司法建议或许可以成为在国家权力体系中处于相对弱势的法院，争取社会治理过程中的更多话语权，并防止边缘化的手段”。^[56]

结 语

行政诉讼司法建议制度的功能衍化，为法社会学研究提供了一个极富价值的制度样本。从中不难窥探出，地方竞争、都市化以及社会冲突等社会变迁因素对行政诉讼模式的深刻影响，这些外部因素极大影响了行政诉讼法条文规范的常规实践运作。就行政诉讼司法建议而言，旨在督促裁判执行的司法建议类型尽管为行政诉讼法（1989年）明确认可，在实践中却较为少见，其重要原因便在于协调和解等判决之外的结案形式逐步占据主流，使得督促裁判执行的司法建议更加趋于边缘化。^[57] 现阶段的行政诉讼司法建议更多被用于对规范性文件予以修改的司法建议类型中，司法建议制度本身经过创造性的制度转化，从一种规范层面最初设定的督促执行装置，逐步衍变为一种对规范性文件的审查装置。这一在实践中发展起来的功能，也在行政诉讼法（2014年）第64条中得以法定化，并在《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》（2015年，以下简称《若干问题的解释》）中得以具体化。

不过，无论是行政诉讼法（2014年）抑或《若干问题的解释》，均没有进一步说明，如果规范性文件制定机关对法院所作出的司法处理建议不予理睬将会承担何种法律后果，没有设定行政机关针对司法建议的法定回应义务。这使得司法建议能否发生拘束效力，完全取决于行政机关的自我裁量。《若干问题的解释》中抄送同级政府或者上级机关的程序设置，也暗示了这类司法建议的法律效力仍然仅是“软法”层面的，其拘束效果仍然需要借力于法外因素的支撑。进一步来说，行政诉讼法（2014年）对于司法建议制度也缺乏统一化的条款规范，各种类型的司法建议仍然散见于各项条款之下，或者隐匿于司法实践中。^[58] 不难推测的是，在未来相当长一段时期内，中国行政诉讼司法建议的制度实践，仍将呈现出斑驳陆离的地方政策试验色彩。

行政诉讼司法建议制度鲜明体现了当代中国司法的特殊机理。作为司法判决之外的一种非正式治理模式，司法建议的兴盛一定程度上彰显了行政诉讼的特殊困境，当法院难以

[54] See Xin He, *Judicial Innovation and Local Politics: Judicialization of Administrative Governance in East China*, 69 *China Journal* 1-23 (2013).

[55] 关于中国行政诉讼的策略性服从行为，参见于晓红：《策略性服从：我国法院如何推进行政诉讼》，《清华法学》2014年第4期。

[56] 刘思莹、李友根：《社会管理创新为何需要司法建议制度——基于司法建议案例的实证研究》，《法学家》2012年第6期，第43页。

[57] 参见章志远：《我国行政诉讼司法建议制度之研究》，《法商研究》2011年第2期，第75页。

[58] 行政诉讼法（2014年）第96条保留了生效判决执行机制的司法建议类型，第66条增设了维持法庭纪律的司法建议类型，而对于司法实践中广泛存在的抚恤救助和程序瑕疵补正的司法建议类型，则未涉及。

通过判决传递合法性符号时，也只能通过司法建议这类柔性手段参与国家治理。从积极的角度来看，带有实质正义色彩的司法建议制度在某种程度上亦能诊治形式法治的诸多弊端，往往能够实现出其不意的制度效果，如抚恤救助类司法建议便体现了当代中国司法中群众路线的制度功效。但问题的关键在于，司法裁判模式与司法建议制度之间能否达到黄金比例，司法建议自身能否扮演好谦抑辅助角色，不至于过分侵蚀法院通过判决方式实现合法性判断的空间。只有行政诉讼具备了足够的制度能力，能够将裁判模式作为主要制度武器时，司法建议制度才可能真正发挥有效的补充辅助作用。这也意味着，行政诉讼司法建议制度想要切实生长成为当代中国司法的有益制度经验，除了自身装置的不断补充完善，更重要的还是行政诉讼判决模式的有效成长、司法体制的深化改革配套，乃至分权背景下中央—地方关系的进一步重塑，而这些宏观改革机制早已超越了有关司法建议制度的讨论。

Abstract: According to the 1989 Administrative Litigation Law, the legal function of judicial suggestion is no more than a judgment enforcement measure. However, this function has been greatly expanded as a result of the change of judicial policy by the Supreme People's Court since 2000. It is particularly worth mentioning that in practice judicial suggestion works as a quasi-judicial review method in the revision of normative documents. An examination from the perspective of social change shows that the pressure for social stability, judicial mediation policy and the change of the mode of local developmental government have triggered institutional demand for judicial suggestion, and turned it into an important tool in the administrative litigation tool-kit. The functional evolution of judicial suggestion system offered both a valuable institutional sample for legal sociology and background materials for the future development of administrative litigation law.

Key Words: judicial suggestion, normative document review, judicial mediation, local developmental governmental, administrative litigation law
