

# 执法范式与应和型司法

周俊

(四川大学 法学院,四川 成都 610065)

**摘要:**执法范式融入了执法对司法审查活动的认识与回应。司法面对执法范式时,执法偏好与司法偏好相互叠加生成应和型司法。应和型司法简化了审判要素,弱化了监督制约功能,同时变动了风险成本负担结构,固化了以满意为原则的办案模式,扭曲了社会信息传导结构,一定程度上使司法丧失了对社会的引导功能。要解决应和型司法带来的负面问题,一方面要削减执法范式的外部效应,另一方面要构建与执法相界分的司法审查模式。

**关键词:**执法;执法范式;应和型司法;审判;行政诉讼;司法审查模式

**中图分类号:**D916 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-9841(2014)03-0021-08

诉而不审、裁而不判和判而不决是行政诉讼的三大顽疾。诉而不审是原告提出的实际诉求与法律规定的合法性审查相分离的产物,司法实践中体现为实际诉求与实体判决不对接、不匹配,造成行政诉讼功能弱化以致不能实际解决纠纷的后果。裁而不判是对当前行政审判结案方式特征的概括。据统计,2008年全国法院审理行政一审案件裁定结案数占总结案数的69.96%,其中裁定驳回起诉的占总结案数的8.32%。2009年这一数据分别为77.10%和9.13%,2010年这一数据分别为70.9%和7.71%,2011年这一数据分别为72.64%和6.49%(数据来源于最高人民法院公布的审判数据)。判而不决属于法院判决既判力的问题,主要是基于当前申诉信访案件数量较多、增长较快现象得出的总体性认识。从2007年、2008年最高人民法院行政审判庭发布的用于考核各地行政案件办理情况的统计数据看,申诉率居高不下。

需要指出,虽然上述现象并非容括了行政审判全貌的总括,但能够反映出当前行政诉讼运行态势的一些重要特征。这些特征显示出司法对行政执法的应允甚或趋从。本文将司法对执法持以高度认可的态度及与此相附随的惯常性处理方式称之为“应和型司法”。

## 一、应和的条件:初始范式及其转换

### (一)应和的范式

司法是一惯常性的判断,司法认识和裁判需要具有相关事实根据和法律依据。同理可见,执法也是一种分析、判断,亦须具备相关事实根据和法律依据,作出符合法定形式或要求的决定。因此司法与执法具有可以共享的知识与经验体系以及内容同质、程序相互关联并据以衔接的形式构造。一方面,执法确认的事实,在诉讼中可能成为司法认定的事实,执法所适用的法律在诉讼中成为审查执法合法性的依据。司法结果就是对合法行为予以应允、支持,对违法行为表示反对。这就是司法为执法提供的初始范式,亦即合法性机制。另一方面,执法依循的合法性机制的外延大于司法确

\* 收稿日期:2012-07-29

作者简介:周俊,四川大学法学院,博士研究生。

基金项目:四川省教育厅人文社会科学重点研究基地“基层司法能力研究中心”重点项目“论司法审判”(JCSF2013-03),项目负责人:周俊。

认的合法性机制。其原因有二：一是执法的形式边界大于司法，法律允许执法基于其专业和和经验拥有相对自由的裁量范围，在裁量范围内的执法行为具有预设的合理性；二是执法趋于扩张其固有的管控领域，对相关民事、经济权利以及某些社会性权利具有广泛的执法权限，还在一定程度上享有对其权力边界进行界定的规则制定权或解释权。<sup>[1]</sup>将执法放至初始范式予以评价，执法的范围必然会超出可以进行司法审查的范围，存在一部分甚至是很大一部分执法行为不符合司法所守持的以合法性机制为内容的初始范式，通常表现为执法无据。因司法审查本身是对执法所确认和调整的社会关系的二次审查，司法的注意力主要集中在法律依据上，只有当执法部门提出其作为或者不作为的法律依据时，司法才可据以判断执法行为的合法性。因此，初始范式的外在形式是合法性机制，其实质是要求执法行为的依据符合司法的认识和判断，这是司法可以应和执法的最低要求。换言之，执法只要满足了这个最低要求，就存在司法应和执法的可能性。

## （二）范式转换的途径

司法认识下的执法依据，为执法确立了一套可供司法识别的基本模式。执法部门应诉时需要考虑将执法依据转换成法院可以识别并予认可的模式。执法范式就是这种执法基于司法对执法依据的认可而构建的执法模式。

第一，司法倾向于实体性地理解门槛性程序规则，而执法主体围绕这些实体性认识构建相应的执法范式，阻碍案件进入实体审理。

门槛性程序规则“是原告在其案件受审之前必须跨越的法律程序上的屏障”<sup>[2]</sup>。从我国法官对门槛规则的认识来看，门槛规则的程序性意指起诉条件。起诉不符合起诉条件的，法官会裁定从程序上终结或中止诉讼，致使原告不能或暂时不能在诉讼中解决纠纷。门槛的“高低”主要取决于法官形式化还是实体性地理解门槛性程序规则：对受案范围及起诉条件等门槛规则持形式化理解的态度，只要原告提出有关材料比没有提出这些材料具有更可能使人相信其起诉符合受案范围及起诉条件的趋势，即认为诉讼可以进入实体审理；若对受案范围及起诉条件等门槛规则进行实体性判断，则要按照高于形式审查的要求来判断原告提出的有关材料能否证明“被告真实地与原告存在争议”、“案件事实真实存在”、“诉讼请求与案件事实相匹配”、“起诉符合时效性规定”等问题。原告提出的材料需要达到使法官在一定程度上相信存在待证事实的证明力，案件方可进入实体审理。实体性门槛规则实际上是在案件实体审查之前增设了一套证明机制。

行政诉讼的门槛规则亦可作形式化与实体性的二元划分。行政诉讼法规定“原告是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织”这一起诉条件，对其形式化的理解应为：原告在起诉状中表明了身份及被诉行为为侵犯其权益的认识；而实体性的理解则为：原告应证明被侵犯的权益的权属关系及合法性。行政诉讼法规定“有明确的被告”的起诉条件，对其形式化的理解是：被告的名称、住所地、法定代表人等信息在起诉状中的罗列；而实体性的理解则为：被告是作出被诉行政行为确与原告发生实质性纠纷的被告。对行政诉讼法规定“有具体的诉讼请求和事实根据”的起诉条件，形式化的理解是：原告起诉状中列明了与诉争事项相关的诉讼请求和事实根据；而实体性的理解却是：诉讼请求要对应被告作出的具体行政行为，起诉的事实根据与被告及被诉行为之间具有相当的关联性。

总的来说，形式化的门槛规则接近法律规定的字面意思，更为客观。实体性的门槛规则掺入了较多的推理和判断，更为主观。我国行政诉讼偏向于实体性的门槛规则，法官对起诉条件作实体性理解，要求不同的案件按照这种实体性的理解审查之后才能进入诉讼，同一案件的各类材料也需要按照这种理解制作成法院可以接受的诉讼文件。毫无疑问，实体性地理解起诉条件抬高了原告起诉的门槛。执法主体为了让相对人止步于诉讼的高门槛，将法官对门槛规则的实体性理解转化为执法范式，并通过执法范式来达到免于被诉或者规避案件进入实体审理的目的（见表1）。

表 1 被告对起诉条件等门槛规则的运用示例

准入情形	规避性操作范式
明确的被告	多个被告共同参与的事实行为或采取其他方式使原告无法准确地提出被告
诉讼请求明确	同一行政目的下拆分为由若干行政主体对应若干行政行为的组合式行政行为,使原告无法找准被诉行为与被诉行政主体;法院合并审理又过于复杂,存在难以解决的技术难度
内部行政行为不可诉	外部行为内部操作。即便内部行为影响了相对人的权益,却无明显的可被起诉的外部行为
信访不可诉	以信访答复等方式作出相关行政行为

第二,执法在诉前构建起应对案件进入实体审查的执法范式。

行政诉讼中司法对不同类型的执法行为有不同的认识,也因之有不同的审查方式。同理,执法为适应司法对执法所持的不同认识和采取的不同处理方式,亦需构建相应的规制范式应对司法审查。当前执法大致可分为五种类型,存在三种执法范式(图 1)。

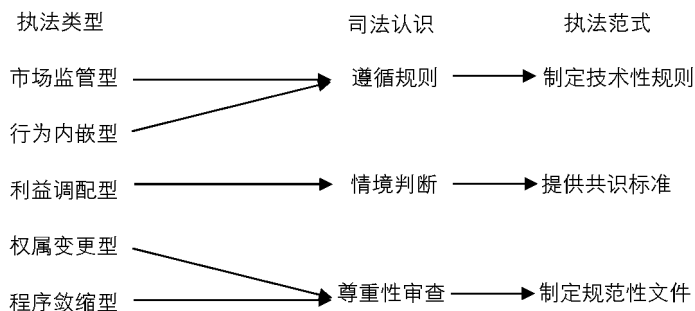


图 1 实体性执法范式

从执法与市场的关系看,可分为市场监管型与行为内嵌型的执法,前者如审批、许可、检查、处罚等行政行为;后者是执法对民事权利与经济交往行为进行确认,执法行为本身镶嵌在民事法律行为之中,成为民事行为的组成部分或者是民事行为成立、生效的必备要件。这方面比较典型的就是权属登记行为。从执法强度看,执法可分为程序敛缩型与权属变更型,前者指执法机关作出的抽象性承诺,发布的指导性意见等行为,没有具体的行为相对人,也没有启动具体的行政程序,但却涉及相对人的利益;后者如企业改制中的国有股权折算、土地征收、房屋拆迁等执法行为,其特点是改变权利的基本属性,将国有变为私有,或将私有财产变为国有财产。从利益配置的角度看,还有利益调配型的执法类别,如行政裁决、工伤认定等。

如图 1 所示,面对不同的执法类型,司法有着不同的认识。面对不同的司法认识,执法亦有不同的执法范式。总体上执法可划分为三类不同的执法范式:

(1)市场监管行为已有相关法典予以规制,如许可法、处罚法、审计法等;行为内嵌的执法一般是物权公示活动的重要组成部分,《物权法》对此已有规定。司法对这两类执法案件的认识较为统一,但司法实践中缺少相关细化规定,因此执法方面通常会制定一些内部的操作性规则,便于细化管理。可将此类做法称为技术性执法范式。(2)涉及工伤认定、补偿标准以及养老保险等利益调配型方面的执法,其法律层面的规定较为粗疏。司法除了依靠法规、规章以及政策规定外,更需要要在具体情境下确定较为合理的案件裁判标准。对此执法往往会通过“会议纪要”、“会商”、“专家会谈”等形式来汇聚共识,并促使它成为有关执法合理性的裁判标准。(3)权属变更型的执法主体兼具市场参与者和市场监管者双重身份,其依托市场规则并以公权干预的形式直接介入相关经济领域调整权属关系,属于深度规制行为;程序敛缩型执法是以相关法律、政策为依据,对社会进行引导进而实现行政目的的指导行为。二者均属于政策性、专业性、技术性较强的领域,执法的价值偏好较为明显。对这两种类型的执法,司法一般情况下会尊重执法的意见,但在利益关涉较大的情况下,仍需要执法主体来阐明执法依据。对此,执法一般会事先制定相关的规范性文件,以增强执法行为的

合法性与合理性。

## 二、应和型司法：执法范式下裁判逻辑的展开

执法范式融入了执法对司法审查活动的认识与回应。司法面对这一执法范式时，独立审慎的自由判断机制可能会受到执法范式的干扰，继而背离司法理性，呈现出较为乖谬的裁判逻辑。

### （一）泛化适用法律拟制手段

行政诉讼运用拟制区分程序与实体，通过拟制设定受案范围或起诉条件，如拟制行政立法、行政决策（抽象行政行为）不可诉——以此界分具体行政行为和抽象行政行为；拟制刑事司法行为不可诉——以此界分刑事司法行为与治安管理行为；拟制无效力的行政行为不可诉——以此界分内部行政行为、重复行为和不成熟的行政行为；拟制超出起诉期限的行为不可诉——以此维护行政秩序。但由于拟制不可避免地带有一定的模糊性，法院并不能完全凭借拟制将程序问题与实体问题分隔开来，因此法院对很多程序问题同样需要作出实体性判断，诸如抽象行政行为、刑事案件涉案财产处置后剩余扣押财产的处置行为属性、内部行政行为外部化、不产生法律效力的行政答复、行政批复行为等。

尽管程序性事项实体判断的情形十分普遍，但由于法律未明确规定此类判断的原则、标准及程序，实践中法官通常采取书面审查的方式作出决定。此过程中，由于前述程序性执法范式的涉入，不少法官倾向于对实体权益不予评价（不进入实体审查）这一简单方式来处理案件，这种简单处理方式既有执法范式支撑，也不会违反司法的门槛性规则。因此一段时期以来，特别是遇有棘手的案件时，法官倾向于应和程序性执法范式，驳回原告起诉，对案件实体问题不作评价，造成了诉权保障名与实的分离。换言之，执法部门通过执法范式使法院泛化适用法律拟制，从而达到规避实体审查和败诉风险的目的。

### （二）褊狭理解合法性审查

司法认识是执法范式的前见，应和型司法是对执法范式的回应。司法偏重合法性审查，既有制度、政策、背景、偏好等方面的原因，也是执法范式回应了前述原因，铺就应和型司法的道路所致。二者所产生的后果则是，法官将注意力集中在法律依据上，未触及法律适用合法性背后真正的实质争议，造成司法纠纷解决功能的丧失。因为只有合法性才能够成为执法与司法二者“共谋”打造的“利益共同体”，合法性可以摆脱案件具体事实成为执法与司法共同遵循的规范，执法期待应和型司法会更加注重打造以合法性为核心的执法范式；执法范式出自司法，自然会生成应和型司法。诉讼中的实质争议可能并不属于法律所预设的合法性争议，但法官却仅审查执法行为的合法性。纠纷解决未被或者至少说是未全部被纳入诉讼机制。就案件处理而言，原告提出的诉求仅是法官确定审查对象的索引，法院判决可能直接绕过原告的实际诉求，对执法行为法律适用方面的合法性进行判断之后，得出与原告没有实质利害关系的判决结论。应和型司法中的法官并不关心案件的诉因，也不对案件真实的争议进行辨析，案件办理和纠纷解决高度分离，由此出现“诉而不审”、“判而不决”现象。

### （三）因果关系判断程式化

行政诉讼是司法对执法处理事项的复审与复查，很多时候行政执法针对的实体法律关系与执法本身所遵循的执法程序，执法所调查的事实与执法过程所形成的事实以及执法适用法律的事实之间没有泾渭分明的界限，这集中体现为行政诉讼的实体与程序交织、事实与法律混同的情况。为寻求一套便于事实认定、法律适用、程序裁量、实体判定的简易模型，准确地认定和区分各种事实及法律关系，是司法对执法范式提出的重要要求，法官以此获得简明扼要的判断标准。例如国土部门作出的土地处理决定的合法性要素就被某些部门概括为“一批复、两公告”（一批复是指征地批复；两公告是指土地征收公告和补偿安置公告）这一高度形式化的要件。“一批复、两公告”既是执法事

实,也是执法适用法律的结论。有了这一形式要件,便可勾勒出司法推理及判断的因果关系图示:“一批复”和“两公告”是“因”,土地处理决定是“果”,法官把对“批复”和“公告”这一待证事实的心证转化为对官样文件及结论的验证。表面上看,法官得到了据以支持其判决的因果关系,但这种简化的判断图示掩盖了案件内部复杂的事实关系以及事实与法律适用之间的内在联系。从裁判效果上看,由于法官并没有对每一项证据进行“纵切”的判断,也未对案件争议进行审慎的推理释疑,其得出的判决结论始终建立在一些松散的形式化的因果关系之上,难以从根本上化解相对人心中的积郁和展示符合司法规律的裁判逻辑。

#### (四)司法裁判悬浮化

司法裁判悬浮化是指,法院裁判文书业已生效,但相对人不愿意服从判决而就案件争议另行起诉或持续申诉,致使法律关系长期处于裁而未决、判而不决的状态。其原因有四:一是前文指出的“诉而不审”,这是判而不决的重要原因之一;二是囿于合法性审查,司法审查无法打破执法范式,真正解决案件的实质争议;三是法官对行政和民事交叉领域的案件,倾向于保守各自审判领域的界限,不愿意采取有效行动解决争议,造成相对人在民事与行政两大审判领域之间打转,案件无法进入实体审理<sup>[3]</sup>;四是概括性判决方式致使部分判决无法执行,消减了判决效果。某些案件尽管原告获得了有利判决,但判决内容或为状态描述型,如确认违法,但对违法责任只字未提,或为履行判决,却不规定履行方式和期限,或为责令采取补救措施,却不规定补救措施的方式及具体要求等等。此类判决方式悬置了相对人基于判决可获得的预期利益获得“实惠”。

### 三、应和型司法的衍生效应

#### (一)变动风险负担结构

应和型司法事先为执法主体提供了“前见”,执法主体的风险立场发生转变,诉讼成本及风险得以转嫁。

首先,应和型司法的情境下,执法部门本应守持的风险规避型立场转变为风险中立型立场。风险规避与风险中立是一相对概念。风险中立者事先的福利标准是其概率折扣或者预期财富。而风险规避者的福利的事先标准是从他的财富中获得的预期效用。<sup>[4]</sup>从学理上分析,败诉是对执法行为的否定评价,执法部门应对其执法导致的诉讼持以风险规避的立场。风险规避型主体倾向于减少诉讼概率和败诉概率来获得优化的执法效果。简言之,风险规避型主体考虑诉讼风险的特殊性,不同的执法有着不同的诉讼风险与执法效用,执法主体在个案中把握执法成本的调配问题,使风险和效用得以平衡;而执法风险中立型主体不考虑个案诉讼风险问题,其利用执法范式可以导出应和型司法,从而一般性地规避了诉讼风险。此情形下,执法不再将风险与效用视为一个整体:就风险问题而言,执法会把注意力集中在事前“制作规则”(寻找行为依据)和事中保存程序性材料上,以此成就应和型司法的条件;就效用而言,诉讼成本已经在事前得到规避,执法主体仅凭执法效用来作出判断,有效用即作出执法决定。

第二,成本算计的排除机制会使执法尺度过于伸张,不重视相对人的利益诉求。当维权成本高于或等于相对人的主观估价时,相对人会被迫接受执法行为和结果,由此产生心理郁积可能形成社会不满的“慢性病灶”,其实质是以将来的公共资源来负担现在的社会风险;如果维权成本低于相对人的主观估价,相对人就会反复纠结专营,风险转由承担纠纷解决职责的主体负担(譬如当前某些地方“大接访”与“大调解”政策下的各类责任主体所担负的纠纷解决职责)。如果制造纠纷与解决纠纷长期分离,一定程度上会使纠纷制造者逃脱解决纠纷的责任,而这又会激励纠纷制造者引发更多的纠纷。

第三,法院和法官是诉讼风险的主要承受者。相对人虽然不能从技术上解读执法范式与应和型司法之间的微妙关系,却从自身经验出发,对二者之间存在的某种关联效应略知一二,一旦败诉

或未达到起诉目的或实际诉求,往往不找“厂家”找“商家”,就法院裁判结果不停地申诉、上访,使得法院和法官感受到前所未有的办案压力。

## (二) 固化司法审查的办案模式:以满意为原则的取舍性判断

行政诉讼法规定法院审理行政案件有三个目的:一是保护公民、法人和其他组织的合法权益,二是监督行政主体依法行政,三是维护行政主体依法行政。就司法实践而言,背负办案压力的法官在特定环境下“有可能演化成以自我生存为目标的生命体,而不是致力于实现组织设计初衷的理性目标”<sup>[5]</sup>。当出现这一目标替代现象时,潜在的办案模式就会大行其道。

首先,已有研究表明,如果一个组织设定的目标不明确,那么其组织内部的意见分歧就会加大,矛盾增多,该组织就会寻求和依赖外部规则的介入来求得共识,避免分歧扩大和矛盾激化,以此增强组织自身存续的合法性。<sup>[6]</sup>同理,法院作为一个审判集体,抑或合议庭作为一个审判组织时,亦面临着某种程度的合法性危机,即当立法设定的目标存在冲突,裁判规则存有矛盾,无法解决案件审理中遇到的问题时,法官就会从现实情境中寻求问题解决之道,引入某种相对确定或能够使问题得以解决的外部规则来扩大共识,避免分歧。行政诉讼中的执法主体提供的执法范式就充当了这样的外部规则。

其次,三重目的、三项效果及绩效考核催使法官形成以结案为目标的办案方式。除了立法设定的三重目的外,当前司法政策还要求法官办案追求社会效果、政治效果与法律效果的统一。此外,法官还面对着办案数量、效率、质量等诸多审判指标的考核。不清晰的目标和超负荷的压力,使得法官所面对的是一桩“不可能完成的任务”,除了目标替代,别无他法。法官越来越青睐短期规则,不愿意“老实”办案,更愿意割裂受案、办案和判案之间的统一关系,只要有机会抓住程序上的任何问题,均倾向于将案件“推出”审判流程之外,终结法官的此次办案任务;即便不得不进入实体审理,也如前所述,不愿意综合全案证据,辨析析理式地裁判,更希望简化案件因果关系,循应执法范式所蕴含的判案路径进行裁判。这在一定程度上印证了波斯纳对法官滥用自由裁量权现象的一种表述,法官的工作“不过是为了了结事情而不是遵循法律”<sup>[7]</sup>。可以认为,在当“何时结案何时了”内化为我国法官办案的心理定式时,与其说法官“审理案件”,毋宁说法官“办结案件”。

法官面临多重目的、目标及压力时,立法目的和政策目标就会被法官的自身目标所替代。法官缺乏动力去对案件真实情况推理判断,而是结合自身现实而紧迫的需要,在权衡比较执法范式和相对人提供的信息后作出取舍。<sup>[8]</sup>取舍性判断的标准不是政治效果或者社会效果,而是法院或者法官所寻找到的令其自己满意的选择,这种选择多半会提供那种外表包裹了一层合法性的外衣,虽不能解决案件实质争议,但可以办结或暂时办结案件的悬浮式裁判。

## (三) 扭曲了社会信息传导结构

执法的风险中立型立场还取决于其获得信息的性质。执法部门长期频繁接触相同或相类似案件,深嵌于诉讼结构之中,其获得的信息具有中立性和全面性,执法范式本身是建立在对司法认知模式充分熟识的基础之上的。应诉对于执法主体而言是在“打有准备的仗”。

与执法的信息优势相比,相对人却始终处于信息不对称状态。究其原因,一是相对人诉讼能力相对较低,少有反复进行诉讼的经历;二是相对人获取证据及相关信息的渠道有限,甚至因缺乏保存信息的技巧和经验而丧失胜诉的机会。总体上讲,相对人获得的案件信息是随机的、片面的,这也是相对人容易固执和偏谬的重要原因之一;三是相对人的重要信息来源之一是执法部门提供的证据及依据,这些信息是经过执法主体加工处理后的二手信息,不可避免地带有执法主体的某种偏好及策略。相对人如运用这些信息进行诉讼,颇有“逆风扬尘,还垒己身”的意味。总之,信息是案件审理的重要资源,在信息不对称的情况下,相对人很难在诉讼中拥有平等武装对执法主体发起有实质性效果的起诉。

另外,法院在诉讼中也处于信息不对称的状态。某些执法主体利用相关的执法范式并标注以

“公益”、“大局”、“稳定”、“安保”、“涉密”等法官无法辨识或者不便于辨识的概念的不确定性掩盖了执法的真实信息,使合法与违法之间缺少一条明晰的界限。司法在执法范式的作用下,应和了这样的执法行为之后,向社会释放出的信息必然失真,进而丧失对社会的引导功能。而以信息为介质的传导结构遭受扭曲后,最终也会屏蔽执法部门对社会风险的常态评估机制,无法排查潜在的危机。这可能是当前社会矛盾突显集聚的重要原因之一。

#### 四、规限执法范式,构建与执法相界分的司法审查模式

应和型司法是司法结合自身的尺度衡量并认可执法范式的结果,执法范式则是执法分享和整合审判信息后,在形式上回应司法借以规避诉讼风险的媒介,执法偏好与司法偏好交相叠加生成应和型司法。要消除其负面效应,从现实情况考虑,一方面应建立和强调执法范式的自我规限机制,逐步缩减其外部效应;另一方面则应打破司法应和执法范式的固定套路,增强司法审查的能力,以便对执法形成有效的监督制约作用。

##### (一) 执法范式的限缩与调整

要大幅削减执法范式的外部效应,对内自我谦抑,对外减少其对司法产生的应和效应。

第一,应加大对执法的规制力度。

规制不限于外部的经济规制和社会规制,对行政行为进行规制应当成为执法范式的重要内容。经济规制、社会规制的规制对象往往是经济和社会权利,应有执法界限,讲求谦抑原则。与此不同的是,行政规制的对象是公权力,哪里有执法,哪里就应当有对执法行为的规制。除立法、司法能够对执法展开规制外,执法在形成和运用特定执法范式时也反受其范式的规制,这应当成为执法范式的应有之义,执法范式须含有执法主体“作茧自缚”的规制意蕴。<sup>[9]</sup>

第二,针对不可逆转的执法行为时,须抱有高度的审慎性,放缓执法效率以保障公平正义。

不可逆的执法行为是指涉及权利性质、权属发生根本改变,事后难以恢复或难以有效救济的公权力深度介入的行为。比如在政府建设工程项目及重要物品服务的采购、农村土地征收、城市房屋拆迁、国有企业改制、国有资产评估出让等领域的执法行为。对于此类执法行为,应尽量通过“异议—投诉—复议—诉讼”的多重救济程序来解决纠纷。

第三,执法成本应体现诉讼成本及风险。

一般而言,进入审判的案件并不是众多纠纷中最具代表性的情况,大多数案件是通过和解解决的。以审判而告终的案件往往是少数不确定的案件。然而行政诉讼案件却与此不同。一方面,大多数案件都是类型化案件,更进一步说,是“执法范式——应和型司法”固定格式下的案件:执法范式不合理导致诉讼;相对人通过诉讼亦不能满足其诉求;越是不能满足诉求,相对人越是更多地提起诉讼。如前文所述,此类案件的问题在于执法通过执法范式转嫁了诉讼成本,实际上由相对人、法院及其他纠纷解决主体承担了诉讼风险。对此应当要求执法主体将诉讼成本计算及风险防范纳入日常工作安排,按照风险评估和概率乘数计算纠纷解决所需要付出的成本和承担的风险,建立科学合理的执法应诉机制替代“执法范式——应和型司法”这种诉讼规避机制。

另一方面,我国普遍存在成本效用机制激励原告起诉的情况。诉讼成本及风险是参与解决纠纷的重要元素,可以通过执法成本与诉讼成本的对接来减少案件和促进纠纷和解。以罚款为例,执法部门可考虑处罚数额尽量等于或者不过多地超出诉讼成本,相对人出于自身利益最大化考虑,就不会选择诉讼方式进行救济。这就可以最大程度限制和消除一些偏执型或情绪化的诉讼,客观上也为执法幅度设置了一道隐形的裁量上限,防止一些处罚畸重情况的出现。

##### (二) 增强司法审查能力,构建与执法相界分的司法审查模式

第一,对行政诉讼的目的进行重构,或者至少明确其内在的功能位序,以此突出保障相对人合法权益的司法效用,从立法主旨上切断法官对执法范式的路径依赖。

《行政诉讼法》第1条设定了三重目的,但未明确三者之间的位序关系。司法的本质在于为权利提供终极救济,保护权利应当是行政诉讼的第一位目的,后两项目的是前者的衍生。对于监督依法行政目的来说,由于法院司法审查并非提供事前的、实时的和有内部追责惩戒作用的监督,而是一种事后的、情景化的和外部评价的监督,其效用十分有限。司法真正的监督效用应体现于对相对人权利的保护之中。而维护依法行政目的缺乏实际意义,一是由于当前处于合法与违法之间的灰色行政行为占有较大比例,法院对其不能做出维护性评价;二是因为合法行政行为本身无需司法介入就已经具有了确定力和执行力,司法在维护依法行政方面没有太多的用武之地。

以权利保护为主旨的制度设计可以扭转应和型司法的倾向性,在法院裁判中确立但凡法律规定有不明确之处的行动利益归属相对人的原则并从根本上解决法官在保护权利与维护依法行政之间的两难选择问题。

第二,转变现有司法审查的惯常处理模式,构建程序性事实的认定判断机制,缩减法律拟制的适用空间,维护相对人诉权;完善程序倒流机制,使司法程序的“倒逼效应”发挥实效。

过高的诉讼门槛规则是司法实体性地理解法律拟制的结果,应通过相应的程序性事实认定机制对法律拟制问题进行专项审查,以此削减拟制判断的主观性和武断性,并逐步做到形式化地理解诉讼门槛,降低诉讼门槛。司法审查要重视相对人的意见,拟裁定驳回起诉的,应事先告知并说明理由,原告提出异议的,应开庭审理程序问题。

程序倒流机制旨在增强行政判决的既判力。法院判决履行职责或义务的,应在判决结论中明确责任主体承担责任、义务的方式和期限。判决所指令的担责方式应尽量距离决定可实施的行为仅保留一步的距离。法院“判令重作”的,应明确重作具体行政行为的种类,如属于行政处罚的,应判决至罚款或者拘留等具体处罚类型,而不能仅判决重新作出行政处罚行为;责令“采取补救措施”的,应确定补救措施的类型或方式。司法应尽最大可能作出有操作性的判决。法院对行政自由裁量权的尊重达到足以保证执法主体拥有最后“一步”操作裁量的余地即可,如罚款数额、拘留期限、赔偿金数额等等。应该确立这样一种认识:只要司法为执法留有“一步”以上的裁量权,司法权就没有僭越行政权。

#### 参考文献:

- [1] 宋功德. 行政法哲学[M]. 北京:法律出版社,2000:451.
- [2] (美)弗兰克·克罗斯. 美国联邦上诉法院的裁判之道[M]. 曹斐,译. 北京:北京大学出版社,2011:198.
- [3] 杨凯. 论房产纠纷行政与民事交叉案件之审理对策[J]. 行政法学研究,2008(1):119-127.
- [4] (美)斯蒂文·萨维尔. 法律的经济分析[M]. 柯华庆,译. 北京:中国政法大学出版社,2009:73.
- [5] 周雪光. 基层政府间的“共谋现象”——一个政府行为的制度逻辑[J]. 社会学研究,2008(6):1-21.
- [6] 周雪光. 组织社会学十讲[M]. 北京:社会科学文献出版社,2003:89-90.
- [7] (美)理查德·A·波斯纳. 联邦法院:挑战与改革[M]. 邓海平,译. 北京:中国政法大学出版社,2002:362.
- [8] 谈萧. 转型中国法律秩序的动力分析[J]. 西南大学学报:社会科学版,2012,38(1):142-147.
- [9] 李建华. 公共政策程序正义及其价值[J]. 中国社会科学,2009(1):64-69.

责任编辑 刘荣军