

法院对行政诉讼中的规范性文件附带审查的 审查意愿问题研究

内容摘要：《行政诉讼法》2014年的进行第一次修正^①，正式的掀开我国行政诉讼中的规范性文件附带审查的序幕。与2018年实施的《适用解释》^②的第11章共同逐步构筑起，具有强烈中国特色的规范性文件附带审查制度。然而法律的生命，在于实施，从2015年《行政诉讼法》第一次修正生效时起算，规范性文件审查附带制度在我国已经运行5年，为更好的解读这一制度在我国的运行现实状态，本文从对近5年内，行政诉讼中涉及附带审查规范性的裁判文书的统计分析入手，将重点着眼于法院的审查意愿问题，从实践角度去发现问题，并尝试探索出解决的办法。

主要创新观点：自规范性文件附带审查制度运行以来，其审查的范围、审查的必要限度、审查的标准、审查结果的处理等问题都引起了学界广泛的讨论研究，而对法院审查意愿问题虽然也有学者进行了部分回答，但多是从司法审查权与行政权的冲突问题着手的。然而本文采取以统计分析裁判文书的方法着手，试图对规范性文件附带审查时涉及的“正当理由”“依据”、“合理性审查”等相关概念和标准进行

^① 根据2014年11月1日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议《关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》第一次修正，2015年5月1日正式实施。

^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》已于2017年11月13日由最高人民法院审判委员会第1726次会议通过，自2018年2月8日起施行。

明确，采用构建信息共享平台等手段，以减少附带审查时的不确定性，解决法院在附带审查规范性文件时的审查意愿问题。

一、居敬穷理，辨析规范性文件的概念

（一）“规章”的可附带审查性讨论

如何界定附带审查的规范性文件的定义和范围，是规范性文件能否进入司法审查的第一道“门槛”。我国学界通说认为，规范性文件属于抽象行政行为^③，具有普遍约束力，能够被反复适用。

通常，我们在讨论附带审查时，所指的规范性文件，一般是指《行政诉讼法》第53条所规定的，将规章排除在外的狭义的规范性文件。其具体含义可参考国务院办公厅的定义：“行政规范性文件是除国务院的行政法规、决定、命令以及部门规章和地方政府规章外，由行政机关或者经法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织（以下统称行政机关）依照法定权限、程序制定并公开发布，涉及公民、法人和其他组织权利义务，具有普遍约束力，在一定期限内反复适用的公文。”^④

然而也有学者提出，要扩大规范性文件的界定范围，即将规章等纳入规范性文件审查范畴。这种观点主要是依据

^③ 参见湛中乐：《论行政法规、行政规章以外的其他规范性文件》，《中国法学》1992年第2期第110页。

^④ 《国务院办公厅关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》，国办发〔2018〕37号。

《行政诉讼法》第63条第3款规定，认为所谓法院“参照”适用“规章”，也就是说，法院对规章拥有选择用或不用的权利，那么从实际上来讲，法院对规章是进行了审查的，只是未在裁判文书中做判断，属于隐性审查。但正因为是“参照”适用，法院对发现的违法或不合理的规章，并不会采取相应措施，他们认为这是对法院发现的违法或不合理的规章的漠视，与行政诉讼实现其监督和救济的目的相违背。但是笔者认为规章的制定程序比一般规范性文件更加严谨，其合法性可以通过行政机关的内部监督程序来实现，贸然将规章纳入附带审查的范围可能会导致对规章的多元解读，造成公众对其效力的认知偏差，增加了行政权运行时不确定性，引发更多的社会矛盾。

（二）规范性文件的一般特征

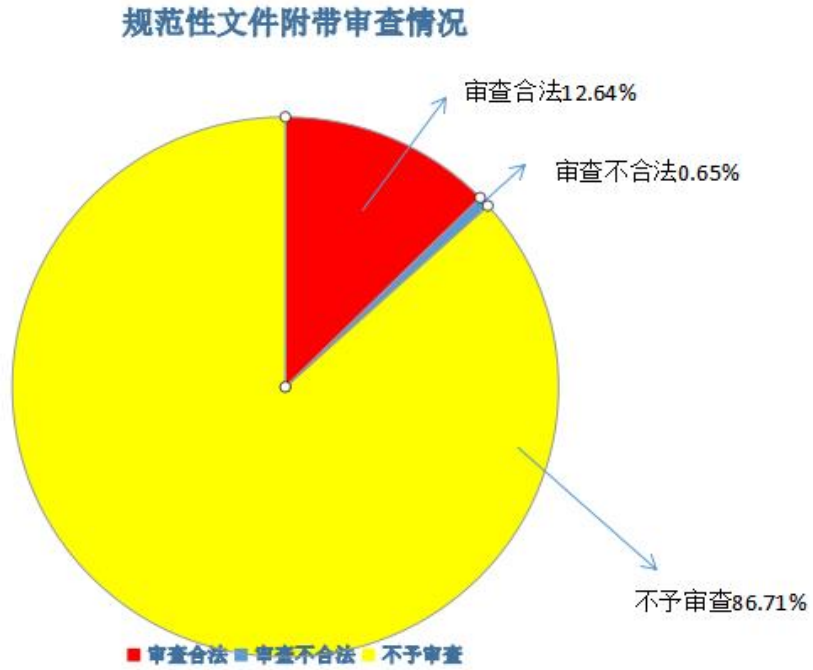
在采用狭义定义下的，可附带审查的规范性文件，一般具备哪些特征呢？具体来说，一是对外性，即要将不产生外部效力的行政机关的内部管理文件，排除在可被审查的范围之外；二是规范性，即规范性文件在制定程序等方面，虽然没有制定法律法规严格，但都有其必须遵循的程序要求和规则；三是普遍约束性，规范性文件是在一定的范围内，对不特定的对象有普遍约束性的，而不是针对某一特定的个人或组织的个别要求；四是要通过具体行政行为实施，可被审查的规范性文件必须通过某一特定的具体行政行为的实施，来影响行政相对人的权利和义务，这样才能在该具体行政行为

被诉时提请附带审查，这也是附带审查制度的“附带性”的重要体现。

二、析毫剖厘，检视附带审查制度的运行效果

“盖天下之事，不难于立法，而难于法之必行。”^⑤研究规范性文件附带审查制度，最终还是要落在具体的司法实践上。为了相对更直观的了解当前在我国行政诉讼中，规范性文件附带审查制度的实际运行状况，笔者利用中国裁判文书网，以“规范性文件审查”、“行政一审”“2015年5月1日至2020年5月1日”等为检索条件，检索出裁判文书600份，通过逐份阅读分析，删去重复和不属于行政诉讼中附带审查规范性文件的裁判文书141份，得到有效的样本459份。现就有效的459份样本进行统计分析，其中不予审查的共计398份，占比86.71%，审查认定合法的共计58份，占比12.64%，审查认定不合法的共计3份，占比0.65%，具体情况如图表1所示：

^⑤张居正：《请稽查章奏随事考成以修实政疏》，明朝。



图表 1：规范性文件附带审查情况统计图

根据图表 1 的统计情况，能够清晰的看到，当事人提请附带审查的规范性文件绝大多数并未进入实质审查的阶段，为进一步了解不予审查的原因，针有效样本中法院不予审查的 398 份裁判文书，笔者进行了原因统计分析，具体情况如图表 2 所示：

不予审查的原因	件数	所占百分比
1. 主诉被驳回	176	44.22%
2. 不是被诉行政行为依据（缺乏关联性）	120	30.15%
3. 未在规定时限内提出审查请求	23	5.78%
4. 规范性文件已经被生效裁判确认合法	2	0.5%

5. 原告撤诉		6	1.51%
6. 单独提出审查规范性文件		3	0.75%
7. 提请审查的文件 不属于“规范性文件”的范畴	1. 审查文件属于党政 联合发文或党委文件	11	2.76%
	2. 审查文件属于规章 或地方性法规	25	6.28%
	3. 审查文件属于政府 内部文件	9	2.26%
	4. 审查文件制定主体 非行政机关	4	1.01%
	5. 其他	19	4.78%

图表 2：不予审查原因统计表

尽管通过中国裁判文书网检索得到的统计样本可能会受到文书上网率、公开率等客观因素影响，但也能在一定程度上较为直观的向我们展现规范性文件附带审查制度在运行中的部分现实问题。从上述两个图表的情况来看，我国的规范性文件附带审查制度虽然努力回应了一些社会现实诉求，并在维护行政相对人的合法权益，促进行政机关依法行政建设等方面都起到了积极作用。但从统计分析中也检视出法院在行政诉讼中对规范性文件附带审查缺乏详细审查论证，审查标准不统一等诸多不容忽视的问题，特别是从很大比例的不予审查的案例中可以窥见法院对于附带审查规范

性文件的审查意愿并不高，亟待进一步的研究分析，寻求解决办法。

三、抽丝剥茧，理清审查意愿不高的具体表现

在分析法院不予审查的原因时，笔者发现法院附带审查规范性文件的审查意愿不高的主要表现集中在对提起规范性文件附带审查的“请求权”及审查的范围的限制性解释，以及审查标准的不确定性等问题上，并且在存在争议的时候，许多法院往往更倾向于通过一些司法策略来规避审查。

（一）关于“请求权”的不同理解

1. 请求主体

在 495 份有效样本中，并没有允许第三人提请附带审查规范性文件的案例，提请规范性文件附带审查的主体均是原告。对《行政诉讼法》规定的“第三人”究竟是否有权提起规范性文件附带审查确实存在争议，通常持反对意见的人认为法律条文中并未明确载明第三人是否有权提起附带审查规范性文件的权利，如果直接允许第三人提起附带审查规范性文件的请求可能会突破法律规定的第三人的权利，因此在实践中一般将请求主体限定为原告是相对保守和安全的做法。

2. 请求时限

在法院不予审查的 398 份裁判文书中，因未在规定时间内提出审查请求法院不予审查的共有 23 件，占比 5.78%，在统计的法院不予审查的原因中也占比较大。在最高法院《适

用解释》第 146 条中，对请求的时限问题进行了规定，对当事人延后到法庭调查中再提请附带审查的增加了“正当理由”的限制，也就使法院在衡量是否同意当事人延后提出请求时拥有自由裁量的权利。而在司法实践中，针对当事人没有在规定时间内提出审查请求的争议，一般还是集中在如何理解和把握“正当理由”上。从统计的裁判文书中来看，法院在认定当事人延后提出请求是否具有“正当理由”时，通常并未做详细分析判断，在裁判文书中的典型的表述方式例如“因原告既未在提起诉讼时一并提出，也未在开庭审理前提出，亦未说明审理中才提出的正当理由。”^⑥，法院一般对于何为“正当理由”，则是鲜有说明，可见对于在法庭调查中提出的附带审查规范性文件的，法院更倾向于消极的应对。

（二）对于审查范围的审慎态度

1. 制定主体的影响

（1）在法院不予审查的 398 份裁判文书中，因提请审查的文件属于党委文件或党政联合发文法院不予审查的共有 11 件，占比 2.76%。对党委文件和党政联合发文的文件是否属于可附带审查的规范性文件的涵盖范围，在统计的有效样本中法院基本均持否定态度，例如在陈洪龙与温州市人民

^⑥ 安岳县百汇多超市诉安岳县市场监督管理局食品药品安全行政管理行政处罚、安岳县人民政府行政复议决定一审行政判决书，（2019）川 2021 行初 3 号。

政府关于土地行政批准的案件中^⑦，法院就以陈洪龙提请附带审查的《实施办法》系党政联合发文，不在附带审查的规范性文件的范围之内，故驳回请求。可见当前的司法实践是将党委文件和党政联合发文的文件一致排除在附带审查范围之外，法院对于这类文件的审查明显缺乏动力，但是理论上对于这类文件尤其是党政联合发文这种处于交叉地带的文件是否能够被附带审查还是一直存在较大争议的。

(2) 制定机关与行为机关不一致、制定机关比管辖法院级别高的现象在实践中经常出现。因为实践中，行政机关实施具体行政行为时依据的规范性文件，经常是由其上级行政机关制定的，这种错位现象虽然不会直接导致管辖法院不予审查规范性文件，但也可能因为规范性文件制定主体行政级别过高，使法院顾虑增多，而选择通过一些消极审查的方式，排斥或回避对规范性文件的审查。

2. 审查范围的冲突

对规范性文件附带审查的范围是限于具体条款还是整体文件，是否必须在提出请求时明确指出的具体条款呢？从统计裁判文书中发现，实践中法院一般是以审查具体条款为限度，且对当事人未在提出请求时明确具体条款的，也会在庭审中进行确定。例如在王跃中诉上海市浦东新区规划等行

^⑦ 浙江省温州市中级人民法院行政判决书，（2019）浙03行初609号。

政复议案^⑧中，原告要求对全文进行审查，法院则以附带审查要限于被诉行政行为所依据的具体条款为由不予审查。法院将审查范围限定在具体条款的方式，一方面是出于是对附带审查的规范性文件与被诉行政行为的关联性的尊重，另一方面则是为了能够更加有针对性、更加高效的解决行政争议。

但是值得注意的是，法院对规范性文件的审查除了审查其内容外，还要审查其制定程序等问题，而对规范性文件的制定程序的审查则必然会突破审查具体条款范围，因为一旦程序确认违法，可能直接导致整个规范性文件不合法。同时，对《适用解释》第 148 条第 4 款规定的关于程序违法的审查标准，其中如何衡量“严重违反制定程序”又赋予了法院自由裁量的空间，且规范性文件纷繁复杂，其制定程序有时并不严谨，没有像立法一样有明确统一的规范，若要深入审查规范性文件制定的程序问题，可能会耗费过多的司法资源，因此多数法院对于规范性文件程序是否违法的审查意愿并不强烈，在裁判文书中则体现为法院通常对规范性文件制定程序是否合法的阐述经常是一笔带过，且基本是作为规范性文件合法的一项佐证。

^⑧ 王跃中与上海市浦东新区规划和土地管理局、上海市浦东新区人民政府规划一审行政判决书，（2016）沪 0115 行初 910 号。

（三）审查标准的不确定性

1. 关联性的模糊判断

在法院不予审查的 398 份裁判文书中，因“不是被诉行政行为依据（缺乏关联性）”法院不予审查的共有 120 件，占比 30.15%，是除“主诉被驳回”外占比最大的法院不予审查的原因，因此也有学者较为尖锐指出“关联性判断在客观上能够起到限制附带审查请求权的法律效果，因而往往成为地方法院调控附带审查装置‘流量’的阀门”^⑨。

按照《行政诉讼法》第 53 条的规定，规范性文件只有在作为被诉的具体行政行为的依据时，才能进行附带审查，也就是说二者之间必须有关联性，但是此时所说的关联性是指直接关系还是相关关系？是否必须以直接引用为前提？从统计的裁判文书中来看，不同法院处理方式也不尽相同。例如在孙福武与北京市公安局密云分局城关派出所的行政争议案件中^⑩，法院在裁判文书中以“参考”并不是“依据”为由，认定不存在关联性，即将关联性的判断标准限定在直接相关。在张生彪与大通回族土族自治县政府等部门的案件

^⑨ 李成：《行政规范性文件附带审查进路的司法构建》，载《法学家》2018 年第 2 期，第 65 页。

^⑩ 孙福武与北京市公安局密云分局城关派出所等一审行政判决书，（2019）京 0118 行初 85 号。“被告城关派出所在办理案件过程中，虽参考了原《北京市畜禽产品食品安全监督管理暂行办法》第十三条之规定，但该规定以及《北京市肉菜放心工程实施方案》均非其作出终止调查决定的依据。”

中^⑪，法院对关联性的判断更是限定为以直接引用为前提。而在毛爱梅、祝洪兴与江山市贺村镇人民政府关于行政强制及行政赔偿的案件中^⑫，法院对关联性的判断则是通过分析被诉行政行为与其所依据的规范性文件在具体内容和目的上是否一致为标准的。由此可见，在具体的司法实践中，关于关联性的判断标准并未被统一，且许数法院对于关联性的判断标准采用的是相对限缩性的解释，增设了“直接引用”、“明确援引”等条件变相的排斥适用附带审查。

2. 合理性审查态度不统一

《适用解释》第 148 条明确的“五种情形”构成了我国行政诉讼中的附带审查规范性文件的审查标准，但“五种情形”的标准中，也没有直接明确法院能否在附带审查时进行合理性审查。实践中多数法院在附带审查时，主要是以是否与上位法存在抵触作为主要衡量标准，有的法院甚至直接简化为与上位法在字面含义上是否有直接冲突。例如在李上乘与上海市黄浦区人民政府关于房屋征收补偿的案件中^⑬，法

^⑪ 张生彪与大通回族土族自治县黄家寨镇人民政府、大通回族土族自治县人民政府等其他行政行为一审行政裁定书，（2019）青 01 行初 33 号。“本案中被告《通知》内容中并未引用《办法》的规定……”。

^⑫ 毛爱梅、祝洪兴与江山市贺村镇人民政府行政强制一审行政判决书，（2016）浙 0802 行初 19 号。“本案的审查对象经原告当庭确认，系对 2015 年 9 月 1 日被告对原告生猪养殖场建筑强制拆除行为的合法性审查，对因生猪限制养殖、禁止养殖等引发的补偿问题并非本案的审查对象。故《关于深入推进生猪养殖污染整治和规范管理工作的通知》（江政办发[2014]29 号文件）第三条第（三）款系关于生猪补助数量的计算及补助款的发放等内容的规定，与本案的审查对象无关联……”。

^⑬ 李上乘与上海市黄浦区人民政府征收补偿决定行政补偿一审行政判决书，（2019）沪 02

院就是采用与上位法不抵触为审查标准，认定合法的。这种审查方式强调的是，规范性文件要在纵向上保持一致，但在被审查的规范性文件缺乏直接明确的上位法依据时就显得无力，特别是在审查地方政府为地方经济社会发展探索新方向时的一些实验性政策时其弊端尤为突出。

四、逐本溯源，查找影响审查意愿的原因

（一）风险回避导向

法院在附带审查规范性文件时，如果对规范性文件给予了否定性判断则存在导致各种政策冲突的风险，因此出于对风险的回避，部分法院会采取相对保守甚至是消极的审查态度。所谓存在的风险一方面是由于附带审查的处理结果不具刚性，法院对规范性文件的合法性给予否定性判断后，其否定效力仅限于个案，并不会直接导致规范性文件完全丧失效力，所以即使被法院在审判中认定不合法的规范性文件，也可能继续被行政机关适用；另一方面是由于对规范性文件合法性判断的个案性，尽管《适用解释》以第150条规定的层报备案制度在一定程度上解决个案判断的问题，但由于法院对规范性文件附带审查时多是集中于对具体条款的审查，所以仍然可能出现对同一规范性文件在不同法院、不同案件的审判中，法院对其合法性判断出现差异。而这些风险所带来的不确定性都会给公众传达出相对矛盾且混乱的信息，可能成为加剧行政争议的导火索，所以这些现实风险

行初 253 号。

会直接影响法院附带审查规范性文件的积极性，从而导致法院审查意愿不高甚至规避审查的现象产生。

（二）谦抑性的要求

“司法谦抑要求法院在自己的管辖权范围以及在处理与其他职权部门的关系上保持一种谦抑的风格，不宜滥行司法审查权，不得以自己鲁莽的判断来取代或否定行政机关经过深思熟虑的决定。”^⑭保障规范性文件的合法性主要还是依靠政府内部备案、行政复议审查、人大备案等备案审查制度进行事前的预防，司法审查只要是作为一种事后的救济手段，是最后的兜底保障，应当保持谦抑性，因此为避免司法权向行政权过分扩张，法院在附带审查时的审查意愿一般并不强烈。

（三）其他外部因素的影响

虽然当前的司法改革通过设立巡回法庭、省统管地方人财物、法官单独职务序列等多项改革措施逐步实现“去地方化”，最大限度的保障法院独立行使审判权。但是现在地方法院的地域管辖范围仍然是基本与行政区划一致的，法院在行使审判权时不仅要保障个案的公平正义，同时必然要兼顾案件处理的社会效果和影响，因此仍会在一定程度上被当地经济社会发展等综合因素所影响，例如在对涉及地方“中心工作”开展的相关文件政策被审查时，法院如果对该规范性文件的合法性进行否定性的判断，是否能被行政机关接

^⑭ 江国华：《司法规律层次论》载《中国法学》，2016年第1期。

纳，是否影响地方“中心工作”开展等问题，都是影响法院审查意愿的重要因素。

五、立足实践，探索提高审查意愿的对策

规范性文件因其制定主体之多、涉及内容之广而影响着我们日产生生活的方方面面，因此规范性文件一旦违法所往往比某一具体行政行为违法所造成的影响更加严重。而当前的附带审查制度中，关于“正当理由”、“依据”、“合法性”等许多概念仍然留有解释空间，在涉及审查范围、审查标准等问题中也尚有没被明确的内容，这些都不同程度的影响着法院对规范性文件的审查意愿。因此笔者结合裁判文书中反映出的法院在司法实践中的经验和对影响法院审查意愿原因的思考，尝试从完善以下概念和标准的角度提出一些建议来解决法院附带审查规范性文件时的审查意愿问题。

（一）重塑对“请求权”的解读

对于当事人提请附带审查的“请求权”所涉及的相关概念标准进行更加明确的限定，能够使法院在判断是否予以审查时更加确信，避免出现法院在可审可不审之间徘徊的现象。

1. 第三人“请求权”的认定

在《行政诉讼法》第53条的规定中，对于提请附带审查的主体的表述为“当事人”，该法条没有明确的将主体限定为原告。而且在我国行政诉讼中，第三人在法律地位上，相对独立且类似于原告、被告，而其中与原告地位类似的第

三人，又有许多是具有原告资格，却没有单独提起行政诉讼的人。而且，第三人参与行政诉讼并不是单纯为了调查案件事实，而是该案件的处理结果，影响了其本身的合法权益。因此，笔者认为对于类似于原告地位的第三人，在规范性文件的合法性审查结果可能影响其合法权益时，应当认可其请求附带审查规范性文件的权利，其请求审查的范围，依然要同原告一样要以关联性为必要限度。承认类似原告地位的第三人提请附带审查规范性文件的权利，既是对第三人合法权益保护的必然要求，也是《行政诉讼法》将提请主体表述为“当事人”，而不是“原告”的应有之意。

2. “正当理由”的判断

通常情况下，作为依据的规范性文件，是由行政机关制定、保存的，当事人对具体行政行为提起诉讼之初，经常并不清楚行政机关所依据的规范性文件的具体内容，而是随着法庭调查等程序的推进，才逐步了解到行政机关所依据的规范性文件的具体内容，当事人此时提出附带审查的请求，实际上是符合现实要求和审查的情况的。因此，笔者认为对当事人延迟到法庭调查中才提请审查规范性文件的，法院在衡量其延迟的“正当理由”时，可以做适当扩大的解释，即当事人在法庭调查前，仅知道所依据的规范性文件名称，对该规范性文件的具体内容是什么，并不知晓，因此延迟提出请求的，可以认为是存在“正当理由”的。

3. 增加提请审查的方式

在当前行政诉讼中的规范性文件附带审查制度下，规范性文件审查只能和被诉具体行政行为一并提起诉讼，若被诉行政行为不进入实质审查，规范性文件也就不进入实质审查，这也是导致大比例的规范性文件不予审查的原因之一。笔者以为可以借鉴法国的相关经验，即采用直接提请审查与附带提请审查并行的方式，但对直接提请审查可以在时间上予以限制，即可以规定在规范性文件生效并公布后一个月至两个月内，属于该规范性文件约束的对象的公民、法人和社会组织可以单独对规范性文件提出审查，超过此期限后，则只能进行附带审查。这样既能弥补附带审查制度只能进行事后补救的不足，也能通过时间限制来适应规范性文件审查制度的逐步完善和发展的进程。

（二）明确审查范围及标准

明确审查标准可以使法院在规范性文件的处理方式上归于统一，减少规范性文件附带审查的不确定性，从而降低法院的对审查结果存在的风险的顾虑，提高法院审查意愿。

1. 党政联合发文的定性

自十九大以来，在推动职责近似的党政机关，合并设立、合署办公，以优化部门职责，深化党政机构改革的背景下，党政联合发文的形式在日常行政管理中，也就出现的愈加频繁。在此发展形势下，将党政联合发文的文件一刀切的排斥在附带审查的范围之外，可能会导致部分行政机关以党政联

合发文的形式来规避司法审查，因此明确党政联合发文是否可以进行司法审查符合当前的形势发展的需要的。笔者认为对于党政联合发文，不能简单粗暴的以制定主体为判断标准，还是要具体问题具体分析，如果该文件内容，能直接为行政机关作出具体行政行，提供职权来源、行为设定或执法标准，则应当进行合法性审查，而不能一刀切的不予审查。

2. 明确关联性标准

实践中许多法院将关联性限定为“直接关系”或增设“直接引用”、“明确援引”等条件的，但这种限缩的解释会导致规范性文件附带审查启动更加困难，可能导致使行政机关通过不直接引用的方式来规避司法审查。但是，如果将关联性直接解释为“相关关系”，即无论是存在是直接联系还是间接联系都一律纳入审查范围之内，则又存在导致审查范围超过必要限度，耗费过多的司法资源的风险。因此，笔者认为对“关联性”的判断可以采取相对宽松的判断标准，即可以从被诉行政行为的职权来源、行为设定、执法标准等方面来衡量该规范性文件是否为其合法合理的支撑，从而判定是否存在关联性，而不以是否直接引用或援引为前提。

3. 引入合理性审查标准

在现有的“五种情形”的规范性文件附带审查的标准上，建议明确引入合理性审查标准，在对规范性文件进行审查时除了寻求上位法依据，还应从立法目的、法律原则、法律精神、政策指导等多种角度衡量规范性文件的合法性与合理

性。其实已经有少数法院采用了引入合理性审查标准的方式，并在实践中取得了良好的效果，例如在大昌三昶商贸有限公司与北京市丰台区食品药品监督管理局关于行政处罚的案件中^⑮，法院在裁判文书中，对裁判理由的说明，就加入了立法目的等角度。因此，笔者认为引入合理性审查的方式是符合“实质合法”理念的，在以合法性审查为主的同时辅以合理性审查，不仅对规范性文件的审查更加全面深入，还能解决规范性文件无明确、直接上位法依据时的审查标准问题。

同时法院在对规范性文件进行审查时，还可以积极主动的向制定规范性文件的单位了解情况、听取说明，确保更加准确的把握规范性文件的合法性判断，同时通过这种有效的沟通也能使在规范性文件认定不合法时出具的司法建议能够更好的被认可和接纳，避免审查结果被行政机关冷处理。例如在孙桂花与原浙江省环境保护厅关于环保行政许可的案件中^⑯，法院就向原环保部发函了解了情况，从原环保部复函中的介绍和说明，对该文件的制定目的、依据及出台背景等及有了更准确的把握。这些审查方式已经在部分司法实践中证明其有效性，只是因为缺乏明确指引，而并未被统一适用。

^⑮ 最高人民法院发布 9 起行政诉讼附带审查规范性文件典型案例，2018 年 10 月 30 日。

^⑯ 同上一脚注。

（三）完善对审查结果的处理

由于附带审查规范性文件的结果处理不具刚性，就存在不被行政机关认可的可能性，这也是影响法院审查意愿的重要原因之一。对于规范性文件审查结果的处理许多国家是直接赋予了法院撤销权的，例如法国，可以直接宣布“条例”部分或全部无效，紧急情况时可以直接撤销。德国，对轻微违法的，可以确认违法，修改建议；对重大违法的，则可撤销。英国、美国，则在发现不合法或者不合理时，均可以直接撤销。但是这种直接赋予法院撤销规范性文件权利的方法，必然不能直接嫁接到我国行政诉讼的附带审查制度之中，因此如何完善对附带审查的结果的处理，来提高法院审查意愿，笔者建议从以下两点考虑。

1. 征求意见

虽然《适用解释》第 149 第 4 款为行政机关设定了答复期限来督促行政机关积极的回应司法审查的结果，但是当前的从司法实践看来，这种方式也并未彻底解决行政机关不认可法院审查结果的问题。因此为了保障法院审查的结果能够达到预期效果，笔者建议针对法院发出司法建议后，对法院认定违法而行政机关坚持认定不违法的规范性文件，可以提请同级人大商定确认是否违法，避免导出规范性文件被个案认定违法但仍被适用的现象，减少政策冲突和对公众的误导。

2. 建立信息共享平台

《适用解释》第 150 条规定的层报备案制度虽然在一定程度上避免了出现对同一规范性文件合法性判断不一致的现象，但是并不能直接让所有法院直接了解到各规范性文件的审查情况，并且“层报备案这种复杂的司法科层控制模式，由于自身程序的‘黑箱化’特征与较高科层运行成本，反而也可能激励基层法院与法官个人依循‘多一事不如少一事’的行动逻辑”^①。因此笔者建议在法院系统内建立规范性文件审查情况的信息共享平台，将各法院对规范性文件的审查结果直接上传至信息共享平台，法院在附带审查规范性文件时，可事先通过信息共享平台的大数据库检索该规范性文件是否已被审查处理过，运用这种信息技术来避免对同一规范性文件的合法性作出重复认定，有效解决不同法院、不同案件中对同一规范性文件的不同判断，达到节约司法资源，提高审判效率的目的。

（四）与审查备案制度相衔接

制定规范性文件时的审查备案制度和规范性文件的附带审查制度的目的都是保证规范性文件合法性，但一个是事前手段，另一个是事后救济。因此笔者认为可以将规范性文件的附带审查制定与规范性文件制定时的审查备案制度相衔接，将司法审查的标准科学的引入规范性文件制定时的备

^① 卢超：《规范性文件附带审查的司法困境及其枢纽功能》，载《比较法研究》，2020 年 3 月 25 日网络首发。

案审查标准中，从根源上减少规范性文件违法现象，同时保持审查标准的一致性也能在一定程度上减少司法审查结果与行政机关的不予认可的冲突，降低法院在对规范性文件审查时的风险回避的顾虑，提高法院的审查意愿。