

行政审判依据 研究

刘行◎著

Xing Zheng Shen Pan Yi Ju Yan Jiu

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

行政审判依据 研究

刘
行
◎
著

Xing Zheng Shen Pan Yi Ju Yan Jiu

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

行政审判依据研究 / 刘行著. —北京: 中国法制出版社, 2011. 10

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3130 - 9

I. ①行… II. ①刘… III. ①行政诉讼 - 审判 - 研究 - 中国 IV. ①D925.318.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 188248 号

责任编辑: 邱小芳

封面设计: 杨泽江

行政审判依据研究

XINGZHENG SHENPAN YIJU YANJIU

著者/刘 行

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2011 年 10 月第 1 版

印张/21 字数/262 千

2011 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3130 - 9

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66017726

定价: 55.00 元

传真: 66031119

编辑部电话: 66078158

邮购部电话: 66033288

本书是中国政法大学211工程一期重点学科建设项目“社会
转型期的法治政府建设与公民权利保障”的研究成果

前 言

行政诉讼制度的生命和活动空间系于行政审判依据。这是因为，人民法院以什么样的法律规范作为行政审判审查被诉行政行为合法性并作出裁判的依据，不仅直接涉及行政相对人合法权益的保护程度和对行政权力的规制力度，更是事关国家法制统一和宪政体制的重大问题。

本书研究的缘起，是笔者从事十余年行政审判工作的直接感受，尤其是行政审判依据方面存在的两个“严重不足”，不仅严重困扰法官开庭判案，更直接影响行政审判职能作用的彰显和发挥。一方面，现行行政审判依据制度化供给严重不足。从某种意义上说，我国法治现代化的进程，肇始于20世纪80年代初；相对独立、完整的行政诉讼制度则更加年轻，诞生于20世纪最后10年。尽管我们无法否认，1989年4月4日颁布并于1990年10月1日施行的《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称《行政诉讼法》）堪称“行政法治的第一步”，更不能用现在的眼光苛刻看待本已十分了不起的“成就”，但是，在经济全球化和现代科学技术日新月异、社会管理领域越来越广、社会结构日益走向深化的大背景下，现行脱胎于传统计划经济体制之下的行政诉讼制度无疑已非常不适应时代发展的需要。对于行政审判依据而言，《行政诉讼法》的规定仅有两条，而且规定得非常笼统和原则，很难应对日益复杂的行政审判实践的需要，迫切需要对现行行政审判依据制度加以改革和完善，制定一套统一、完善和明确的法律适用规范，即使通过修改《行政诉讼法》一步到位还有些困难，但起码制定一部单

2 行政审判依据研究

行规范，以适应行政审判实践的需要，还是切实可行的。显然，最高人民法院早已注意到这方面的问题，并开展了卓有成效的工作，但囿于问题本身的复杂性，使得让人充满期待的司法解释一直未能出台，仅于2004年5月18日发布了《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》（以下简称《适用法律纪要》），作为指导审判实践的文件。因为“会议纪要”本身地位不甚清晰，性质不甚明了，因此，还有许多问题需要进一步深入研究和形成共识，以顺应实践的迫切需要。

另一方面，目前法学理论研究对行政审判依据的关注严重不足。理论和实务界共识认为，认定事实与适用法律贯穿行政诉讼活动的全过程，二者构成了行政审判的基本内容。前者主要解决的是裁判的前提和基础问题，依靠的是证据，而后者主要解决的是事实认定后如何作出裁判的问题，依靠的是依据。目前学术界一般对证据问题关注比较多，研究也比较充分，对实践中出现的有关举证、质证、认证等问题都已有了比较好的应对之策，并为相关制度或司法解释所吸收。但是，对于同样作为行政诉讼核心内容之一的审判依据问题，却关注不够，研究严重不足。研究不够深入并不意味着实践中没有推动研究的动力和需求，相反我们目前关于行政审判依据适用过程中存在的问题，一直引发人们的思考，因而更有必要对这些问题进行重新审视。比如，宪法是否可以作为审判的依据？法律的合宪性以及一般法律与基本法律之间的关系在司法中如何体现和对接？行政法规和地方性法规天然具有依据地位吗？铺天盖地的规章及以下规范性文件，在诉讼中如何“参照”和“引用”？当法律规范发生冲突时如何解决？尤其在我国的法律制度不甚健全的背景下，如何处理法律规定不明确或没有规定情况下的审判依据界定与适用问题？对于作为审判依据适用的规范，如何在裁判文书中援引？等等。所有这些问题的存在，一

方面说明实践对行政审判依据的识别与适用有研究的需求，另一方面也说明研究行政审判依据也必然会对现实的司法实践带来巨大的帮助和指导作用。

本书共分为六个部分，从下列方面研究了行政审判依据问题：

第一部分为“行政审判依据的理论基础”。行政审判依据是法治国家原理的一面镜子，映射着所有法治国家的一般原理。宪政分权是行政审判依据的逻辑起点。行政审判依据是各种国家权力（主体）交汇之地，集中体现了国家宪政框架内各权力之间的相互关系。司法独立的程度直接决定法院在行政审判依据上的自主程度，科学、合理设计行政审判依据制度离不开司法权在国家权力结构中地位的进一步提升。司法权的能动是有限度的，不能突破现行宪政体制“赶英超美”，而要在恪守司法权本位的基础上用足、用好司法权，在自身肩负的职责范围内积极地履行职责，维护公平，促进正义。行政审判依据的范围，总体上与我国法律渊源的范围基本相同。

第二部分为“行政审判依据的实践背景”。行政审判依据是展现法治实践的一个舞台，在这里，充满着影响其发现、选择和适用的各种因素。在处理政治与法治的关系上，需要维护党的领导地位，增强大局意识。法院内部上下级法院之间以及法官制度存在的行政化倾向，不符合司法权的内在规律，也严重制约着行政审判依据制度的运行。在快速转型的社会中，诸如利益群体、新闻舆论、信访群众等各种社会力量全方位对行政审判依据制度施加影响，其中既有正面的，积极的，也有负面的，消极的，需要对各方面的力量进行衡量。同时，自由与秩序作为法律体系的两大价值，应当贯穿于行政审判依据运行的全过程。

第三部分为“行政审判依据的发现”。寻找依据是法律适用的基础环节。法律渊源确定了法官寻找法律依据的场所，设定了法

4 行政审判依据研究

官寻找活动的范围。我国宪法属于纲领性、原则性的政治性宪法，不属于可以直接司法适用的法律性宪法。法律是行政审判的唯一必然依据，是我国宪政体制的必然要求。行政法规和地方性法规在行政审判中的“依据”地位应当改变，确立参照制度。自治条例和单行条例除经最高权力机关批准外，在行政审判中同样处于参照地位。规章在行政审判中的参照地位应予保留。法律解释的地位依解释主体的不同而有区别，不可一概而论。“其他规范性文件”不属于我国“法”的范畴，在行政审判中应居于参考地位。法律原则、判例和习惯尽管未纳入我国法律渊源体系，但对审判依据存在“潜在”作用，可以在遵循一定规则的基础上，发挥它们的指导功能。

第四部分为“行政审判依据的选择”。审查是选择的前提。我国目前突出立法机关审查、强调行政机关审查、限制司法机关审查的法律规范审查机制存在诸多问题，需要进行变革：建立立法、行政、司法复合审查，以司法审查为主的模式；对法规及以下法律规范进行司法审查；对法律规范只能进行合法（狭义法律）性审查，而不能进行合宪性审查；以间接审查为主，以直接审查为辅；对审查结果建立相应的确认制度。对法律规范冲突，法院可按照上位法优于下位法、特别法优于一般法、法律原则上不溯及既往等规则选择适用，不能确定如何适用的，应当按立法法确定的程序送请解释或裁决。

第五部分为“行政审判依据的适用”。解释是适用的基础和核心。我国现行法律解释体制中，法院的空间狭小，地位尴尬，不符合法治的基本要求，应当确立法院的法律解释主体地位，承认法官法律解释权，扩大个案解释范围，同时建立判例制度，规制法律解释的效力。基于行政诉讼的特点，法律解释既要维护法制统一，又要尊重行政机关的解释，既要恪守司法最终原则，又要坚持有

利于相对人的解释原则。坚持法律解释方法多元论，文义解释具有优先性，同时突出目的解释的功能，使得各种法律解释方法既相互独立，又相互解释和补充。不确定法律概念属于法律问题，法院在坚持全面审查原则的基础上，应承认在特定行政领域中的判断余地。法律规范援引既是对法律适用正当性的说明，也是裁判获得社会认可的重要途径。法律漏洞不以人的主观意志为转移而存在，法官可以运用原则补充、类推适用、目的限缩或扩张等方法进行弥补，但必须在现有法律体系内进行，且必须说明理由。

第六部分为“行政审判依据的错误及救济”。行政审判依据运行是一个理论与现实、制度与实践、主观与客观相互影响的过程。受人的有限理性和法律本身运行规律影响，在发现、选择和适用依据环节出现错误在所难免。对行政审判依据的这些错误，可以根据错误的性质和程度，采取更正、补正、撤销、重审等救济机制。依据错误并不意味着必然构成追究责任的“错案”，只有因故意违法或重大过失导致依据错误的情形，才可追究法官责任；注重加强对法官法律适用豁免权的保障。

本书内容是笔者探索和思考行政审判实践的产物，受自身视野和知识所限，对很多问题的认识和研究还不够深入，也肯定存有诸多不足或错误之处，敬请读者谅解并批评指正，笔者将不胜感激。

刘 行
2011年9月

目 录

Contents

前 言	1
第一章 行政审判依据的理论基础	1
第一节 宪政分权原理	1
一、宪政分权的历史追溯	2
二、宪政分权在中西方的发展模式	5
三、影响行政审判依据运作的权力关系	9
第二节 司法独立性和能动性原理	13
一、司法独立：在路上	13
二、能动司法：值得期待	23
第三节 法律渊源理论	29
一、法律渊源概述	30
二、法律渊源与行政审判依据	36
第二章 行政审判依据的实践背景	40
第一节 影响行政审判依据的政治因素	40
一、行政审判天然具有政治性	40
二、影响行政审判依据的政治因素	42
第二节 影响行政审判依据的体制因素	46
一、上下级法院关系对行政审判依据的影响	46

2 行政审判依据研究

二、法官制度对行政审判依据的影响	49
第三节 影响行政审判依据的社会因素	54
一、社会因素对行政审判依据的宏观影响	55
二、当前影响行政审判依据的主要社会因素	56
第四节 影响行政审判依据的价值因素	64
一、价值与法的价值	65
二、影响行政审判依据的基本价值构成	68
第三章 行政审判依据的发现	74
第一节 审判依据的寻找	74
一、何为寻找依据	74
二、为何要寻找依据	76
三、到哪里寻找依据	79
第二节 审判依据的识别	82
一、为何识别依据	82
二、如何识别依据	83
三、哪些依据需要识别	85
第三节 审判依据的定位	90
一、宪法的审判依据地位	91
二、法律的审判依据地位	98
三、行政法规的审判依据地位	102
四、地方性法规的审判依据地位	108
五、自治条例、单行条例的审判依据地位	113
六、规章的审判依据地位	115
七、法律解释的审判依据地位	123
八、国际条约的审判依据地位	127
九、“其他规范性文件”的审判地位问题	128

第四节 审判依据中的几个“灰色地带”	138
一、法律原则的审判依据地位问题	138
二、行政判例的审判依据地位问题	146
三、习惯的行政审判依据地位问题	157
第四章 行政审判依据的选择	161
第一节 审判依据的审查	161
一、行政审判依据审查的必然性	161
二、域外法律规范司法审查的制度与经验	166
三、我国法律规范审查现状与问题——以司法为视角	180
四、本书立场	188
第二节 行政法律规范冲突的选择	196
一、法律规范冲突概述	196
二、法律规范冲突的表现形式及原因	199
三、选择的规则	202
第五章 行政审判依据的适用	211
第一节 审判依据的解释	211
一、法律解释及其必然性	211
二、法律解释权配置	215
三、法律解释的基本原则	227
四、法律解释方法及其优先性	235
五、不确定法律概念的司法审查	245
第二节 审判依据的援引	251
一、审判依据为何需要援引	251
二、援引哪些法律规范	254
三、如何援引行政审判法律规范	254

4 行政审判依据研究

第三节 法律漏洞下的法律适用	258
一、法律漏洞的法理分析	258
二、法官在法律漏洞化解中的地位	263
三、法律漏洞的填补	268
第六章 行政审判依据的错误及其救济	272
第一节 行政审判依据错误及类型	272
一、行政审判依据错误的内涵及原因	272
二、行政审判依据错误的类型	276
第二节 行政审判依据错误的救济	281
一、行政审判依据错误的法律后果	281
二、行政审判依据错误的救济	282
第三节 行政审判依据错误与法官责任	289
一、域内外法官惩戒机制概览	289
二、行政审判依据错误中的法官责任	290
结 语	294
参 考 文 献	296
附 录：攻读学位期间发表的论文、案例、随笔	319
后 记	323

第一章 行政审判依据的理论基础

行政审判依据是法治国原理的一面镜子，映射着所有法治国家的一般原理。不过，从行政审判区别于刑事和民事审判的特殊性来看，尤其是从我国行政审判的实践来看，笔者认为最为突出和直接的理论基础有三个：一是宪政分权原理，从司法权在整个国家权力结构中的范围和位置的角度审视影响行政审判依据的宪政制度因素；二是司法的独立性和能动性原理，从司法权的内在本质属性的角度审视行政审判依据的司法制度因素；三是法律渊源理论，从一般法律渊源原理的角度分析和梳理行政审判依据的标准、种类和结构，从总体上明确行政审判依据的范围。

第一节 宪政分权原理

在现代宪政国家，权力分立与制衡作为一项宪法原则被广泛接受，并在实践中加以制度化。在宪政内部结构中，各国因政治传统、历史惯例、具体国情的不同，而有各自不同的实践，集中表现在立法权、行政权与司法权三项权能在国家权力结构中彼此不平衡的状态。而且，在“三权”中，司法权处于最弱的地位，则是各国普遍现象，尤其是法治后发或宪政不完美的国家。在我国，由于长期对三权分立采取批判和排斥的态度，^①司法权本已“发育不良”，对于以监督行

^① 参见滕彪：《“司法”的变迁》，《中外法学》2002年第6期。

2 行政审判依据研究

政权为皈依的行政审判而言,更是遭遇到了体制内外的障碍。经过近二十年的探索,不论是实践者还是法学研究者都已意识到:无论从司法运行的内在规律来说,还是从法治国家的政治构建来看,司法改革的重心和焦点,应当是合理配置包括司法权在内的各种权力,科学、合理、妥善处理各权力主体之间的相互关系。^① 对于司法权内部微观但地位显赫的行政审判依据,正是这种权力(主体)交汇之地,集中体现了国家内部各权力之间的相互关系。从这个意义上说,行政审判依据的逻辑起点,在于国家权力的分立;行政审判依据的运行状况,受制和反映国家权力分立状况。因此,研究审判依据,必先从宪政分权开始。

一、宪政分权的历史追溯

追寻人类漫长的进化史,可以说,权力分立(制衡)的现象在人类社会早期即已具雏形。在原始氏族社会中,通常由酋长、人民大会和最高军事统帅组成治理组织,形成“三权并立政府”,^② 可谓最早的权力分立和制衡的萌芽。伯尔曼指出,在较早时期(欧洲 11 世纪末),这种权力的简单分立和制衡,主要是由同一地域内各种并存的政治体所提供,而并非是由同一政治体内各个并存的部门所提供。^③ 随着人类文明的发展和进步,尽管权力分立逐渐在同一政治体内孕育形成,但集权政治却是常态,即在欧洲中世纪漫长的时期,立法权、行政权与司法权在各自实现自己职能过程中已出现朦胧的权力分立和制衡思想,但却依附于皇权、王权或宗教权力之下,作为皇帝、国王、宗教领袖实现统治的手段,“司法权与行政权是密切结合的,王

① 参见胡夏冰.《司法权探析》,载张卫平主编:《司法改革评论》(第1辑),中国法制出版社2001年版,第275页。

② [美] 路易斯·摩尔根著:《古代社会》,杨东莼等译,商务印书馆1977年版,第116-117页。

③ [美] 伯尔曼著:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第359页。

国国王拥有最高审判权”。^① 在罗马早期，元老院控制司法权，罗马帝国建立后，罗马皇帝将审判权授予罗马境内的一些行政官吏，而皇帝保留上诉审判权，可见，在帝制时期，罗马皇帝完全控制审判权。^② 进入近代尤其是1688年“光荣革命”后，英国在对外推行殖民主义的同时，在国内逐渐形成了议会制和独立司法制，两者相辅相成、互相制衡，“大法官不再是国王的听忏悔者，也不是教会人士，而越来越经常地是一个法学家。他以真正法官的身份审查呈交给他的请愿书……出于对正义与良好管理工作的关心，英国君主在这个时期对大法官法院优遇有加”，“一个完全独立与高度受到尊重的司法权的存在，是英国各种制度充分发挥作用所必不可少的，为了这些制度的建立和巩固，法院在历史上曾作过有力的贡献。”^③

尽管最早对分权思想进行阐述的是古希腊的亚里士多德，^④ 但以上这些国家权力分立从萌芽到逐步发展，更多地体现为一种自然演进的轨迹，并没有明确的理念和思想作指导，而多是针对当时政体或政权现状的一种描述和分析，仅仅是对现实的一种反映。但从英国资产阶级革命后，分权与制衡日益由现象上升为理论，思想家的关注由对分权现象的描述和反映，日益上升为对分权制衡背后规律的揭示和总结。哈林顿在其名著《大洋国》中，认为“一个共和国的自由存在于法律的王国之中，缺乏法律便会使它遭受暴君的恶政”，而建立法治共和国，必须采取“均势”原则，实行权力分立。^⑤ 紧随其后，被誉为西方法治主义奠基人的洛克在其传世之作《政府论》中，结合英国

① 王德志、徐进著：《西方司法制度》，山东大学出版社1995年版，第1页。

② 参见雷万来：《国家权力结构之变动与司法权之对应关系》，我国台湾地区《中兴法学》第35期。转引自王利明著：《司法改革研究》（修订本），法律出版社2001年版，第89页。

③ [法] 勒内·达维德著：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版，第307、352页。

④ 亚里士多德认为，一切政体都有三个基本构成要素，即议事机能、行政机能和审判机能。这被视为近代资产阶级分权与制衡理论的渊源。参见张桂林著：《西方政治哲学——从古希腊到当代》，中国政法大学出版社1999年版，第32-33页。

⑤ [英] 哈林顿著：《大洋国》，何新译，商务印书馆1963年版，第20、45页。

的宪政发展，系统地阐述了分权理论，认为为保障个人的自由和权利，法治所要求的政治权力，在法律上必须是有限的、分立的，对政治权力应划分为立法权、执行权和对外权，并由不同部门执掌。洛克的分权理论尽管没有明确的司法权划分，将司法权归属于执行权，但却推动了英国宪政制度的发展，使英国走上了一条从封建等级制度实行“等级分权”（国王、贵族、平民三等级）到实行“阶级分权”（封建统治阶级和资产阶级）的道路。^①

第一次系统阐述分权与制衡理论和原则的人，是法国著名政治哲学家和法学家孟德斯鸠（Chares Louis de Montesquieu, 1689 - 1755）。孟氏认为，为保障人民在法律之下的自由，必须对权力进行限制和制衡，“要防止滥用权力，就必须以权力约束权力。”^②为此，孟氏设计了三权分立与制衡理论，提出：“每个国家有三种权力：（1）立法权力；（2）有关国际法事项的行政权力；（3）有关民政法规事项的行政权力”，“依据第三种权力，他们惩罚犯罪或裁决私讼争。我们将称后者为司法权力。”^③这三种权力相互分立，交由不同的机关或个人行使，且相互之间实行制衡和约束。从分权和制衡出发，孟氏认为：“当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机关之手，自由便不复存在了；因为人们将要害怕这个国王或议会制定暴虐的法律，并暴虐地执行这些法律。如果司法权不同立法权和行政权分立，自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一，则将对公民的生命和自由实行专断的权力，因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一，法官便将握有压迫者的力量。”^④孟德斯鸠关于三权分立与制衡的

① 潘伟杰著：《宪法的理念与制度》，上海人民出版社2004年版，第346页。

② [法]孟德斯鸠著：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1961年版，第154页。

③ [法]孟德斯鸠著：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1961年版，第155、156页。

④ [法]孟德斯鸠著：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1961年版，第156页。