



TRIAL STUDY

# 审判研究

2012年 第5辑 总第054辑

《审判研究》编辑委员会 编

## 本辑要目

范健

法治社会中的商事审判独立探讨

龚向和 莫静

论司法的人权保障义务

胡玉鸿

论司法审判中法律适用的个别化

黄学贤

行政首长出庭应诉的机理分析与机制构建

施建辉

民法层面民事判决检讨三例

睦鸿明

《克制性司法》之源流及现实防范

褚红军

司法判决功能论



D925.04-55  
2008/  
2012.5

阅 览

2012年 第五辑 (总第五十四辑)

T R I A L

审判研究

S T U D Y

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

审判研究. 2012年. 第5辑:总第54辑 / 《审判研究》编辑委员会编. —北京:法律出版社, 2013. 2

ISBN 978-7-5118-4545-0

I. ①审… II. ①审… III. ①审判—研究—中国  
IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 019201 号

©法律出版社·中国

责任编辑/李群周洋

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/720毫米×960毫米 1/16

印张/15.75 字数/256千

版本/2013年1月第1版

印次/2013年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4545-0

定价:20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 《审判研究》编辑委员会

主 任：公丕祥

副主任：周继业

委 员：（按姓名笔画为序）

|     |     |     |     |
|-----|-----|-----|-----|
| 刁海峰 | 马 荣 | 马汝庆 | 王世华 |
| 叶兆伟 | 刘亚平 | 刘亚军 | 刘媛珍 |
| 汤小夫 | 苏学增 | 李玉生 | 李后龙 |
| 时永才 | 吴立香 | 何 方 | 宋 健 |
| 张 屹 | 张婷婷 | 陆鸣苏 | 陈荣庆 |
| 茅仲华 | 周茸萌 | 屈建国 | 胡道才 |
| 俞灌南 | 贺强兴 | 夏正芳 | 钱 斌 |
| 徐 军 | 徐清宇 | 唐伯荣 | 蒋惠琴 |
| 谢国伟 | 褚红军 | 蔡绍刚 | 熊 毅 |
| 薛剑祥 |     |     |     |

主 编： 马 荣

副 主 编： 孙 轍 沈明磊 魏 明

编辑部主任： 孙 轍（兼）

副 主 任： 魏 明

执 行 编 辑： 魏 明

**专家论坛**

- 1 范 健 / 法治社会中的商事审判独立探讨  
——兼论中国法院创设商事审判庭的意义
- 9 龚向和 莫 静 / 论司法的人权保障义务  
——以行政诉讼受案范围为视角
- 19 胡玉鸿 / 论司法审判中法律适用的个别化
- 51 黄学贤 / 行政首长出庭应诉的机理分析与机制构建
- 75 施建辉 / 民法层面民事判决检讨三例
- 95 睦鸿明 / “克制性司法”之源流及现实防范

**司法在国家治理和社会管理中的作用**

- 106 褚红军 / 司法判决功能论
- 122 薛剑祥 / 能动司法的科学践行:巡回审判的价值、源流与运行  
——以连云港法院的审判实践为研究进路
- 134 冯 毅 邢晔源 / 论法治在社会治理中的双重价值
- 143 邓建云 / 论基层人民法院在法治社会治理中的功能  
——以基层人民法院外部动力结构与认同为视角
- 154 吴雪林 / 从民意的司法回应该法治的社会管理作用
- 160 陈建志 / 法院在社会矛盾非诉讼化解机制中的角色定位  
——基于诉前调解工作的实证分析

**人民法院审判经验的传承与发展**

- 168 茅仲华 / 开拓与创新:人民法庭监督指导工作新模式探析
- 180 宋 健 / 关于规范与统一知识产权刑事案件办理程序的思考  
与实践
- 192 韩文彦 / 纠纷解决目标下民事再审审查调解机制探析  
——以江苏法院民事再审审查条线实践探索为视野

# 目 录

2012 年第 5 辑(总第 54 辑) Trial Study

|                                                          |     |
|----------------------------------------------------------|-----|
| 预防性行政协调的法治建构<br>/ 王立新 周 游                                | 202 |
| 《刑法修正案(八)》视角下社区矫正制度微观考察<br>——以某市社区矫正工作实践为样本<br>/ 冯连庆 罗希夷 | 214 |
| 源于实践 服务实践<br>——从总结审判经验的方法与体会谈传承与发展<br>/ 陆 媛              | 227 |
| 审判经验的转化与推广工作机制研究<br>——以江苏法院总结审判经验工作为蓝本<br>/ 赵春秀          | 236 |

编者按:2012年11月22日至23日,江苏省高级人民法院在南京举办了建院60周年理论研讨会暨江苏省法学会审判理论研究会2012年年会。江苏省人大常委会常务副主任、党组副书记、省法学会会长林祥国,中国审判理论研究会秘书长、最高人民法院中国应用法学研究所所长孙佑海出席并讲话。省高级人民法院院长公丕祥作了题为《试论司法在国家治理和社会管理中的作用》的主旨发言。来自江苏各中级法院院长、省法院各庭室负责人、部分基层法院院长以及高校的知名专家学者等150多人参加了会议。省高级法院党组副书记、副院长周继业主持会议,省高级法院副院长李玉生作会议总结。会议共收到专家学者的省内各地法官提交的论文112篇。主旨发言后,研讨分别围绕司法在国家治理和社会管理中的作用、人民法院审判经验的传承与发展两个主题展开。与会代表结合提交的论文,联系理论和实际进行了深入广泛的交流研讨,本辑特别选择了部分论文结集刊发。

## 专家论坛

### 法治社会中的商事审判独立探讨

#### ——兼论中国法院创设商事审判庭的意义

范 健\*

随着商事交易的发达和商事纠纷的日益增多,我国商事立法不断完善。但是,无论理论上还是实务中,商法的独立性和商事审判的独立性还没有得到普遍认可,许多人仍然将商法视为民法的一个组成部分,商事审判也无法跳出传统民

\* 南京大学法学院教授、博士生导师。南京大学法学院研究生周亮、王有惠协助收集、整理了本文资料。

事审判理念的束缚。然而在法治社会中,商事活动的专业分工和商事法律的特殊理念都需要一个独立的商法立法体系和诉讼保障体系予以支撑,从而适应市场经济迅猛发展、社会分工日益精细、交易手段和行为类型更加纷繁复杂的客观要求。

## 一、商事审判独立性的理论基础:商法独立性和审判独立性

商事审判“讲求效益和追求交易安全性、迅捷性及可靠性”;商事审判的理念“要求尊重商人和商事交易的特殊性,尊重商人自治,促进交易”。<sup>〔1〕</sup>商事审判的独立性是商法独立性和审判独立性的必然要求与制度保障。

### (一) 商法独立性要求商事审判独立

商法独立性是指商法作为一种规范体系与其他法律的有效区分,以及在可区分性基础上的独特性和不可代替性。<sup>〔2〕</sup>商法较之其他法律,特别是民法有着其自身的独立性,这种独立性首先表现为商事行为区别于一般民事行为:民事行为的对象具有直接性、单一性、明确性;商事行为的对象则具有间接性、复杂性和模糊性。民事行为的目的一般是为满足自身消费需求,因而大多只是一对一的简单、偶发性的交易;商事行为则是以营利为目的,通常表现为批量交易、系列交易、重复交易和集团交易。民事行为一般表现为现货交易;商事行为既有现货交易,又有期货、期权以及金融衍生品等多种方式交易。此外,民事行为强调个人权利和自由,通过对弱者保护和社会和谐的理念,实现社会公平;商事行为则因主体是经济人而更加关注行为的营利性,强调行为的竞争性、风险性和理性。<sup>〔3〕</sup>基于上述差异,民法是基于主体平等和意思自治而调整整个市民社会各种社会关系的法律制度,其规范内容具有抽象性、系统性和伦理性特征;而商法是市场经济的法律表现,是对构成市民社会基础的市场经济这样一种升级了的商品经济中基于营利而建立的特定社会关系的法律调整,其规范内容具有复杂性、具体性和技术性特征。<sup>〔4〕</sup>因此,商法具有自身独立的法律规范体系。由于实体法部门的发展总是引起程序法及审判制度的相应调整,当面对不同法律属性和诉讼要求的冲突时,自然不可能采取统一的纠纷解决机制,因此商法的独立性势必要

〔1〕 王保树:“商事审判的理念与思维”,载《山东审判》2010年第2期。

〔2〕 蒋励君:“论我国商法的独立性——实质商法的相对独立”,载《学习与实践》2008年第4期。

〔3〕 参见余冬爱:“民商区分原则下的商事审判理念探析”,载《人民司法》2011年第3期。

〔4〕 参见赵万一:“商法的独立性与商事审判的独立化”,载《法律科学》2012年第1期。

求一个独立的审判制度。

## (二) 裁判理念不同吁求商事审判独立

当今世界,不少国家都设有商事法院和商事法庭,或者在法院之外设立专门审理商事案件的仲裁机构,并不同程度规定了审理商事案件的独特程序、方法和原则,且商事案件审理的法官和仲裁员们在长期实践中已经形成了成熟的商事裁判理念,这些说明商事审判和一般的民事审判有很大的不同。商事裁判的独特理念主要体现在:确立商事审判对效益与交易安全的价值追求;确立商事审判在适用法律程序上的特殊要求观念;<sup>[5]</sup>法官采取积极慎重的原则,在充分尊重当事人意思自治的基础上,对商业领域的一些特殊做法进行认可(如格式条款),避免法官以传统民事裁判理念取代商业判断。

独立的商事审判有利于我们克服长期以来将商事纠纷和民事纠纷等同处理,的片面做法,有利于更好地体现商法的独立性和商事行为的特殊性,确定新型司法理念,通过商事裁判这个通道,保护市场交易的快捷安全,保障市场经济有序进行,推动商事交易行为的积极创新,促进社会法治进步。

## 二、商事审判独立性的历史与现状:从商法和民法不同路径探寻

历史上,早期的商法来源于商人在商事活动中形成的习惯法,其诉讼程序也是商人处理自己事务的程序,因而程序关注的不仅是实现商人最终的特殊利益,而且关注攸关商人切身利益实现的商事纠纷解决时效,关注纠纷能够及时、有效地处理;同时,在长期受宗教观念洗礼的社会中,商人的交易行为、思维理念及行业语言也并非世俗社会能够充分理解。由此,当时的世俗司法体系(例如民法)根本不能提供商人所需要的司法救济。商事法院的创设和商事诉讼程序的形成也正是基于这种维护商事活动正常进行的初衷。回顾历史,我们更加清晰地看到,商事审判特殊制度无论是从设立之初、抑或是发展到现今,都与商事行为这一独特的社会活动和日常经济生活密切相关。

反观我国现行商事审判,商事纠纷管辖仍然属于大民事审判格局,商事案件审理更是运用民法的普通思维,这种传统格局严重忽略了商事审判的独立性和特殊性,其审判结果有悖于市场经济的本质和精神。法院处理商事纠纷时,由于

[5] 于好、张江涛:“用‘商事思维’指导审判”,载《人民法院报》2008年9月25日。

民法基本意识根深蒂固而欠缺商法意识和精神,法官往往无视商事纠纷客观上的特殊性,甚至缺乏专业的商法知识,简单运用传统的民事纠纷思维来解决实际问题。例如有的法院以“公平”、“等价有偿”等传统民法的原则为判决理由,对商事合同中双方自愿约定的惩罚性赔偿不予支持,<sup>[6]</sup>这种例子屡见不鲜,法官经常以社会公平替代经济公平,这种看似体现社会公平的司法判断,实际上根本否定了商业预期,破坏了商业规律和程序。<sup>[7]</sup>

究其原因,我们看到,我国现代意义的商法都是在1992年确立市场经济体制后颁布的。而现行的1991年《民事诉讼法》是在计划经济时期制定的,它主要不是为了解决商人之间的商业纠纷,而是以简单的经济关系和社会结构为基础,以计划经济体制下政府干预、保护或取代个体权利与责任为背景,以满足无产者(主要是债务人)基本生存权利为主要价值取向,以解决简单的民事纠纷为基本功能。因此可以将其定位于“民事型”主导的诉讼程序。<sup>[8]</sup>客观上,二者之间的理念差异致使我国现行民事诉讼制度成为现代商法实施的无形障碍。

#### (一) 商事合同——从合同制定到合同履行角度

合同制定时,如果当事人对合同内容认识的内心意思与外部表示不一致,该如何判断,实践中存在两种做法——意思主义和表示主义。意思主义探求当事人内心真实意思,当内心意思与外部表示不一致时,法院优先考虑当事人的真实意思;表示主义判断当事人意思时优先考虑当事人的外部表示,除非当事人能够证明外部表示不符合真实意思。

法院该按照意思主义还是表示主义判断合同内容,民事合同与商事合同应区别对待。表示主义更多地适用于商事案件,意思主义更多地适用于普通民事案件。审理商事案件时,如果法官运用表示主义,则可以形成朴素的判断:既然作出承诺,就不能像没有作出承诺那样对待,不再需要去探求表意人内心真实意思。在理论上,这种朴素判断体现了承诺是信赖基础的法理观念,商业承诺本身就是某种利益或者对价。<sup>[9]</sup>与民事合同相比,商事合同很多时候是依商业习惯制定的,双方明确将各自追求的利益体现在合同中,简单而且直接,法院没有必要像对待民事合同那样关注合同背后当事人的真实意思,因为当事人的真实意

[6] 案号为河南省开封市中级人民法院(2007)汴民初字第46号。

[7] 叶林:“商法理念与商事审判”,载《法律适用》2007年第9期。

[8] 参见江伟:《民事诉讼法专论》,中国人民大学出版社2005年版,第359页。

[9] 前引[7],叶林文。

思就是追求利益,至于更深层次的考虑则已经超出了法院管辖的范围。此外,商事纠纷追求的就是效率,民事纠纷繁杂的举证与质证程序也是商人们害怕将纠纷诉至法院的重要原因之一。所以,法院对于商事合同案件需要采用与民事合同案件不同的表示主义原则。

在大民事审判格局下,审判机关常常不自觉地代替商人作出商业判断。判断合同约定是否公平,在决定承担违约责任上,法官经常把商人当成一个普通民事主体对待,如违约金的约定,《合同法》第114条第2款、《合同法司法解释(二)》第19条规定,违约金超过损失的30%的,法院可以认定为违约金过高,从而将其降低到30%以内,这就使得当事人之间基于自身风险考虑而自愿设立的违约金条款往往被不当干预。有的法官认为违约金约定太高就显失公平。如果是民事合同,违约金显然不能约定过高,否则就有失公平。但是商人之间违约金是否约定过高应该由他们自己判断,有些时候商人出于经济利益的考虑,约定高违约金并不违反商业习惯,也不违背双方的真实意思,更不违反商人对商业利益的追求与实现,有时更利于促成合同的履行,法院靠直观感觉无法发现背后的商业意图。需要看到的是,商事与民事合同纠纷还存在其他差异,比如在仍有可能实际履行时的违约救济措施主要是赔偿损失还是实际履行,商事裁判偏向于支持赔偿损失的主张,而民事裁判更偏向采取实际履行的救济措施。因此,针对我国商事审判现状,独立的商事审判理念和思维显得尤为重要。

## (二) 商事侵权——从商事侵权的主体和客体特殊性角度

与传统民事侵权相比,商事侵权在界定上应该突出“主体”和“客体”的独特性。商事侵权的主体往往是具有营利性的,不仅包括一般商人,还包括具有营利性的非商人。从经济学角度看,民事主体是规避风险的,而商事主体是风险中性的,也就是说,商事主体更倾向于冒险获取营利。例如商事侵权中,商事主体即使预见到了侵害发生的可能性,但是经过计算,把预期的赔偿成本计入后发现仍然有利可图,就很有可能选择继续侵权。因而法院在处理这类案件时,需要采取与传统民事侵权不同的责任机制。商事侵权的客体则不仅仅局限于有形的财产损失,更多地体现为商业机会、商业关系等无形的经济损失。这种无形的损害可能是通过侵害知识产权、商业秘密等法律明确保护的权益造成的,也有可能是通过引诱违约、破坏商业关系等方式对具有关联性的法益进行侵害造成的。正因为商事侵权的特殊性,才需要独立的商事审判制度来进一步有效地遏制商事侵权行为。

商事侵权行为的遏制需要商事审判制度独特的审判理念。首先,商事侵权一般发生在商业活动中,而商业活动注重在安全的交易中追求利润,因此需要通过法律的适用来维护交易安全。其次,商事领域中有特殊的交易习惯和商业目的,需要将尊重商业活动的规律作为商事审判理念。最后,缔约过失责任和一般合同责任无法涵盖所有妨害商事交易的侵害,只有在商事审判理念的指导下,充分考虑到商人减少交易障碍的制度需求,才能有效地降低商事侵权中的交易成本(包括搜寻成本、谈判成本等),促进交易。

### 三、商事审判独立性困境的化解

#### (一) 商事审判独立性理念的树立与具体裁判规则设定

首先,要尊重商人和商事交易的特殊性。商人和商事交易的特点就是以营业的形式从事商事交易,具有非常明显的集团性、反复性,并因此导致商人默示产生商业义务等。商事审判尊重商事交易的特点,就是要特别注意营业中发生的商事行为与营业外发生的行为的不同:注意发现和适用商业惯例。<sup>[10]</sup>

其次,尽可能促进交易安全和迅捷。商事活动与传统民法相比,更注重保护交易安全和交易迅捷,因此商事裁判活动中要依法认可合法正当的交易行为。这里要正确区分强制性规范和任意性规范。对于强制性规范,又要区分为效力规范和管理规范,如果违反了效力规范,则该交易无效,如果某规定仅以某主体履行某种义务为内容,则违反该规定不导致无效后果,而仅仅是违反义务者承担某种责任。此外还要通过公示主义、外观主义等判断标准,确保交易活动的安全,从而缓和交易效率和交易安全之间的矛盾。

再次,树立商法优先适用和尊重商事交易习惯的理念。商事审判中应当坚持商法规范优于民法规范,这符合特别法优于普通法的法律适用原则。此外由于商事活动追求迅捷、大量及标准化,对商事交易习惯有高度的依赖,因此商事审判需要尊重商事交易习惯。

最后,重视规章的参照适用与技术性规范的合理运用。很多时候,商事裁判判决无法执行。究其原因,是因为法院并没有参考行政规章办案,简单地以行政规章不能作为商事判决的依据为由否定其适用价值。而很多时候,行政规章对于商事活动有着重要作用,在目前我国完善的法律体系并未完全形成的情况下,

[10] 前引[1],王保树文。

行政规章甚至可以说起着法律规范的作用。因此需要尊重并考虑有关规定,避免判决与行政规章发生冲突导致判决不能执行,最后成为“一纸空文”。此外,商事活动为了实现自身的目的,如交易简便迅捷、交易安全等,必然带有独特的技术规范,如表示主义、公示主义等,与传统民法理念有很大的差别,在裁判过程中要注意这些技术性规范背后的精神,实行相适应的裁判规则。

## (二) 法院创设商事审判庭

目前,根据最高人民法院的管辖分工规定,民二庭以审理公司、保险、证券、期货、票据、破产、担保纠纷和企业之间的合同纠纷为主,这些纠纷都涉及了商法的调整领域。换言之,民二庭是定位于商事审判,可见法院对因经济不断发展而导致的越来越多商事纠纷出现这一情况的重视,和法院对商法审判理念与民法审判理念明显差异而需要区别对待审理的认可。但是这种区分还不够彻底,民二庭仍然需要审理一些民事纠纷,在民法观念根深蒂固、人们又忽视商法特性的情况下,这种分工仍然极易造成混淆,将传统民事审判习惯自然而然地带入商事审判过程中,不利于商事纠纷的解决。因此,法院创设商事审判庭势在必行。

## 四、中国法院创设商事审判庭的意义

司法审判是构建于经济基础之上的上层建筑,也要遵循市场经济的规则,不能背离市场经济的要求。商事审判庭能积极了解市场经济的司法需求,牢牢掌握服务经济发展的主动权,确保商事审判始终坚持交易安全与商事效率并重、合同自由与合同正义兼顾、尊重商事交易规则和习惯的意识,使得司法结果既起到定分止争的作用,也符合商法促进经济发展的立法目的。

由于中国市场经济发展时间不长,约束机制和法律规则在许多领域均处于空白状态,商事审判庭可以通过审判活动,形成大量的商事规则,弥补制定法的不足;同时也能达到执行国家经济政策的目的。

此外,商事审判庭能够尊重商事审判特性,树立商事裁判理念,遵循商事活动的客观规律,通过专业的审判活动,适用法律处理诉讼案件,从而促进社会管理;通过对新类型案件和典型案件的宣传,将法律精神辐射到商事活动中,最大限度扩大个案判决的导向作用,引导法律的价值取向,有利于对商事关系进行规范和调整,实现司法参与社会生活,特别是商事经济生活管理的职能。

商事审判是一个专业性较强的审判活动,需要有一批熟悉商事交易行为习惯和具有商事领域专业知识的审判人员。建立独立的商事审判庭,有助于商事

法官的培养。当然还可以借鉴法国等一些设有商事法院的国家商事法官选任方法和各国商事仲裁庭仲裁员选任方法:从专业人员中选任兼职商事法官。

综上,对中国来说,设立独立的商事审判庭不仅是适应社会主义市场经济持续发展的客观需要,是保障社会经济活动方式创新的需要,也是法治社会服务大局的必然要求,更是当代法治价值理念的科学体现。

## 论司法的人权保障义务

### ——以行政诉讼受案范围为视角

龚向和 莫 静\*

#### 一、引言

整个法治时代的进程已见证,人权保障是一项普世性、共通性、终极性的行为目标与价值诉求。在我国,国家尊重和保障人权的条款不仅纳入了宪法,而且在实体法和诉讼法中都对此给予了充分的肯定。以《行政诉讼法》为例,保护公民、法人和其他组织的合法权益这一立法目的就贯穿整部法律之中。然而,在审判实践中,人权保障尤其是基本权利的保障是否真正得到落实却存在着多方质疑。以下三个有代表性的案例足以表明,人民法院在行政诉讼的立案受理阶段还存在着一些亟待解决的人权保障问题。

#### 案例一:女教授起诉挑战“退休线”因不属受理范围被驳回

年满55岁的大学教授史某接到学校的退休通知后,认为根据1990年人事部《关于高级专家退(离)休有关问题的通知》(以下简称《人事部通知》)规定,高级职称的女性如本人自愿,可到60周岁退休,遂将所在的大学起诉。2010年4月29日下午,石景山法院一审裁定,因此案的人事争议不属受理范围而驳回其起诉。<sup>[1]</sup>

实践中许多与此类似的案件,都因“内部行政行为”不属于行政诉讼受案范

\* 龚向和,东南大学法学院副院长、教授、博士生导师;莫静,东南大学法学院硕士研究生。

[1] 参见“女教授起诉挑战55岁退休线”,载《京华时报》2010年4月30日。

围而被拦截在法院门外。然而,该案原告主张的是作为基本权利的工作权受到了所在单位的侵害,“内部行政行为”能否否定其基本权利的效力吗?或者说,司法机关是否负有义务以及何种程度的义务来保障公民工作权呢?

### 案例二:“中国肺结核歧视首案”终审维持原判

李明(化名)来自湖北农村家庭。2011年4月,李明在接受中科院广州地球化学研究所(以下简称地化所)研究生复试体检中查出疑似肺结核。李明最终未被录取。李明认定此举涉嫌歧视,向广州市天河区人民法院递交起诉状,诉请法院判令广州地化所不予录取的行为违法。2011年10月9日,广州市天河区人民法院一审裁定广州地化所不予录取李明的行为不是具体行政行为,不属于行政诉讼的受案范围。李明随即向广州市中级人民法院提起上诉。2011年11月29日二审公开开庭审理了本案,广州中院审理后认定,经过复试、体检等程序,地化所作出不录取李明为研究生的决定,是地化所综合考量李明的考试成绩、业务素质以及身心健康状况等多种因素而作出的,属于行使教育机构依《教育法》享有的自主招生的权利;该决定不在行政诉讼的受案范围,原审裁定驳回李明的起诉并无不当。法院据此驳回了李明的上诉请求,维持原判。<sup>[2]</sup>

本案中法院意识到了高校根据《教育法》而定的自主招生权,却忽视了考生依《宪法》而生的受教育机会平等权。行政诉讼作为私权利与公权力的平衡器,是否可以对两者间的合理界限作一个有效的划定,而不是“退避三舍”呢?

### 案例三:75名尘肺矿工告卫生局被法院口头通知不予受理

2011年10月25日,备受关注的“乐山75名尘肺病矿工状告甘洛县卫生局不作为”一事在沉寂14天后,代表陈某和律师刘某终于等来了甘洛县立案庭夏庭长口头通知:不予受理此案,并且不会出具不予受理裁定书。从电话录音中得知,该法院认为该案不在人民法院受理范围,依据是《行政诉讼法》第11条第5项的规定。甘洛县人民法院认为起诉方并未走申请行政机关先行处理这个前提程序,故不予受理。而起诉方及律师则坚持认为,本案并不属于《行政诉讼法》规定的不予受理事项,且据该法第11条第8项的规定,即甘洛县卫生局作为职业病防治行政监管单位,未依法履行职业病防治的监督管理职责,所以应当受理。<sup>[3]</sup>

[2] 参见“身患肺结核,考研遭拒录”,载《信息时报》2011年6月8日。

[3] “75名尘肺矿工告卫生局被法院口头通知不予受理”,载 [http://news.xinhuanet.com/legal/2011-10/27/c\\_122204018.htm](http://news.xinhuanet.com/legal/2011-10/27/c_122204018.htm), 2012年10月20日访问。