

指导性行政案例研究

李瑰华著

西北政法大學學術文庫

法律出版社



指导性行政案例研究

李瑰华 著



西北政法大学学术文库

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

指导性行政案例研究 / 李瑰华著. —北京:法律出版社, 2012. 9

(西北政法大学学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4075 - 2

I. ①指… II. ①李… III. ①行政法—案例—研究—中国 IV. ①D922.110.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 232337 号

西北政法大学
学术文库

指导性行政案例研究

李瑰华 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012年11月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 永恒印刷有限公司

印张 7.25 字数 183千

印次 2012年11月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4075 - 2

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总序：真研究实在的问题

《西北政法大学学术文库》是西北政法大学在本校教师的研究成果中遴选出版的一套学术丛书，希望它能代表西北政法大学的学术导向、学术风格和学术水平。

西北政法大学来源于中共中央 1937 年在延安创办的第一所干部学校——陕北公学。陕北公学生于战火，旨在救亡。毛泽东就在亲自讲学时鼓励学生：因为有陕公，中国不会亡。1949 年，由陕北公学等学校合并而成的延安大学奉命南迁西安，成立西北人民革命大学，是为了给西北地区新成立的各级人民政权培养干部，它的办学风格自然与本来意义上的大学大异其趣。再后来院校合并，西北大学法律系并入，形成法学教育的“四院四系”或“五院四系”，“文革”中停办。“文革”后恢复，主管由最高人民法院变为司法部，后变为陕西省；校名由西安政法干校、中央政法干校西北分校、西安政法学院、西北政法学院，最后更名为西北政法大学。学校坎坷磨难，师生筚路蓝缕，总算成就了一个全国法学人才重

要培养基地和法学重镇的地位,同时形成了法学特色鲜明,哲学、经济学、管理、新闻、公安、外语等多学科协调发展的格局。

大学的根本宗旨是培养高水平人才;围绕这一根本宗旨,教学和科研是学校的两项中心任务。由于十万校友在全国各行各业,特别是法律行业的杰出表现,西北政法大学对自己的教学水平从来都相当自信。近年来,学校更是旗帜鲜明地反对教育行政化,提倡回归大学本位,坚持加强实践教学、服务社会、开放办学的方针,教育教学质量得到了进一步提高。全国各大法学院都有个别教师挂职司法部门实践的经验,但我们已将法科教授的挂职作了分批次、普遍化的安排;我们在全中国首创了所有法科青年教师担任法官助理一年、法科研究生担任见习法官、检察官助理半年的实践教学模式;多年来,我们都把法庭辩论、模拟法庭教学正式纳入课程体系,等等。一系列的教学改革,使教师的教学能力、学生的实践能力都得到了明显提升。

科学研究也是大学的重要职责之一。经过几代西北政法大学学人的努力,现已形成了在价值哲学、陕甘宁边区法制史、死刑问题、法学教育研究等领域的一批特色研究成果。但毋庸讳言,在科研方面,由于历史的原因,人文类学科比之理工类学科,单科性大学比之综合性大学,还是有一定距离的。近年来,西北政法大学采取一系列改革措施,大力引进高水平人才,激励教师申报承担各级研究课题,取得了阶段性的成果。全校已经获得博士学位和正在攻读博士学位的教师已达到 170 多人,而且分别来自英、法、德、美、日、韩等国外著名大学和国内名校,学缘结构显著改善。近五年承担国家社科基金项目 42 项,名列陕西高校前茅。为了使教师已取得的高水平研究成果更好地服务社会并鼓励教师取得更多更好的研究成果,西北政法大学决定出版这套学术丛书。

最近有外国学者发表言论,说中国的学者出书是最大规模的废纸制造业。言者无罪,闻者足戒,我们应当提高警惕。出书者成为废纸制造者,不外乎两个原因:一是研究了伪问题,而不是实在的问题。娱乐记者

可以连篇累牍地讨论名角情变、名媛怀孕,但自称并被称为“学者”的人不能研究这样的伪问题。二是写了实在的问题,但没有真研究。真正的研究要大量搜集资料、广泛调查事实、深入思考道理,而不能东拼西凑、东拉西扯,让读者不知所云。如前所述,西北政法大学的师生一直很实在,出书不太多,其中制造废纸的数量可能也有限。但现在看来,能写书的学者多了,学校又狠抓科研工作,质量问题自然要引起关注。

所以,本丛书的编辑者希望、也会督促丛书的作者们:真研究实在的问题。

贾 宇

于古都长安

二〇〇九年二月八日

目 录

引 论/1

第一节 研究背景——兼论研究对象的确立/1

一、向司法时代转变的趋势/1

二、法学研究范式的转型/3

三、行政法的自身困境/5

四、比较法视域下的理论发问/8

第二节 研究方法/11

一、比较分析的方法/12

二、历史分析的方法/13

三、实证分析的方法/14

四、价值分析的方法/15

第三节 研究现状/16

一、指导性行政案例研究现状/16

二、指导性案例、案例指导研究现状/19

三、判例、行政判例研究现状/24

第四节 研究架构/29

第一章 指导性行政案例的概念、范围及价值/32

第一节 指导性行政案例的概念/32

- 一、指导性案例的概念/33
- 二、指导性案例与判例/41
- 三、指导性行政案例的概念/45
- 四、指导性行政案例与行政判例/47

第二节 指导性行政案例的范围/48

- 一、指导性案例的范围/49
- 二、与判例范围的比较/51
- 三、指导性行政案例的范围/54

第三节 指导性行政案例的价值/56

- 一、指导性案例的价值/57
- 二、与判例价值的比较/59
- 三、指导性行政案例的价值/62

本章小结/63

第二章 指导性行政案例的创制与效力/65

第一节 指导性行政案例的创制/65

- 一、指导性行政案例的创制/66
- 二、与判例创制的比较/74

第二节 指导性行政案例的效力/77

- 一、学界有关指导性案例效力的争论/77
- 二、对学界争论的评析/80
- 三、重新认识指导性案例的效力/85
- 四、指导性行政案例的效力/92

本章小结/93

第三章 大陆法系行政判例考察/94

第一节 法国/96

一、判例保障了法典的稳定性和适应性/96

二、作为行政法主要渊源的行政判例/98

第二节 德国/101

一、判例成为法官释法的基本形式/101

二、确立习惯、行政法基本原则司法效力的行政判例/104

第三节 日本/107

一、混合道路下的判例和裁判例/107

二、成文法中心主义与行政判例/109

第四节 我国台湾地区/111

一、判例制度与司法裁判参考/111

二、不同拘束力的行政判例与行政裁判/113

本章小结/116

第四章 指导性行政案例运行机制的历史追溯/118

第一节 1932—1950年/119

一、革命根据地时期/119

二、陕甘宁边区时期/121

第二节 1950—1978年/124

一、国民党法统的废除/124

二、批复的大量出现/125

三、案例的系统总结/125

第三节 1978年至今/127

一、最高人民法院的实践/127

二、地方各级人民法院的实践/130

本章小结/135

第五章 指导性行政案例法律地位的实证分析/137

第一节 法律适用与指导性行政案例/140

一、法律适用和法官素质/140

二、旨在指导法律适用的指导性行政案例/142

第二节 准法律解释与指导性行政案例/150

一、法律解释和解释法律/150

二、旨在准法律解释的指导性行政案例/153

第三节 准法律创制与指导性行政案例/161

一、法律创制与规则创制/161

二、旨在准法律创制的指导性行政案例/163

本章小结/169

第六章 指导性行政案例的问题与出路/172

第一节 存在的问题/173

一、指导性行政案例的范围不清/173

二、指导性行政案例的说服力有限/176

三、准法律解释和准法律创制的功能实现缺乏制度保障/177

四、指导性行政案例的发展相对不足/179

第二节 问题根由分析/179

一、混同了一般案例、指导性案例、判例的概念与功能/180

二、多元化案例创制格局影响了案例指导实效的发挥/181

三、现行司法解释体制无法满足转型社会需求/183

四、对所要指导的主要对象缺乏定位/186

五、行政法治建设水平相对较低/187

第三节 相关因素考量/188

一、成文法体系与质量日益完备和提升/188

二、法官专业素质有所改善/189

三、现行案件管辖和各级人民法院的职能定位/190

四、有关审级制度的功能和价值/191

五、现行法律解释体制及其弊端/192

第四节 指导性行政案例的出路/194

一、案例指导单轨制向案例指导与判例援用双轨制转变/194

二、实行“二元案例指导”和“一元判例援用”模式/196

三、逐步实现司法解释的判例化/199

四、建立制定法依赖型、强制性判例为主导的判例制度/201

五、重视行政判例和指导性行政案例的创制/202

本章小结/203

全书结语/205

参考文献/207

后 记/218

引 论

第一节 研究背景——兼论研究对象的确立

一、向司法时代转变的趋势

在发展民主政治、依法治国、建设法治国家的方针指导下,我国的立法工作取得了举世瞩目的成就。“据统计,从1979年到2001年5月,中国除颁布了1982年宪法和3个宪法修正案,全国人民代表大会及其常务委员会制定了390多个法律和有关法律问题的决定,国务院制定了900多个行政法规,各省、自治区、直辖市和其他享有地方立法权的人大及其常委会制定或者批准了7000多个地方性法规,国务院各部门和地方人民政府根据法定职权制定了50000多个行政规章。”〔1〕2008年2月,我国政府在题为“中国的法治建设”白皮书中指出:“以宪法为核

〔1〕 李林:“全球化时代的中国立法发展”,载《法治论丛》2002年9月第17卷第5期。

心的中国特色社会主义法律体系基本形成。在现行宪法基础上,制定并完善了一大批法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例,法律体系日趋完备,国家经济、政治、文化和社会生活的各个方面基本实现了有法可依。”按照党的十六大所确定的立法目标,2010年我国全面建成社会主义法律体系。

但徒法不得以自行,“有法可依”与实现法治仍然存在相当长的距离。事实也表明,虽然我国当前已经形成了较为完善的制定法体系,但人们对法律甚至是法治建设的满意度并不是很高。^[1]“‘无法可依’已经成为历史,‘执法不公’是中国法制面临的严峻现实,中国法制业已跨入了新的发展时期。法制建设的重点已经实现了由立法主导向司法主导的转变。”^[2]“而且,随着近年来立法步伐的加快,我国社会主义法律体系不断健全,即将进入一个‘后立法时代’。也就是说,中国未来的立法工作面临的将主要不是新法的制定,而是大量法律、法规的废、改……才能真正的活化法律,保持国家法治在源头上‘流水不腐’。”^[3]显然,学者眼中所谓的“后立法时代”之主要任务是法律要接受实践的检验并及时得以修正,即眼下法治建设的重点不再是立法工作,而是法律实践工作。法律、法规适不适当以及如何修改只有通过法律实践活动才能得以表现和反映。在立法时代,上述检验过程也同样存在,但矫正的力量主要依赖于立法机关大规模的立法行动来推动。而在“后立法时代”,矫正的力量则主要来源于司法机关的司法活动。由此,在我国,西方司法能动主义理论逐

[1] 据媒体报道,2009年3月13日闭幕的十一届全国人大二次会议,以2172票赞成,519票反对,192票弃权通过了最高人民法院工作报告,以2210票赞成,505票反对,162票弃权通过了最高人民检察院工作报告。最高法、最高检的通过率分别为75.3%、76.8%,最高法、最高检的非赞成票均在700张左右,不仅比去年有所增加,而且在诸多工作报告中分别居第一二位。非赞成票反映出公众对法治建设的满意度有待提高。满意度低不仅与司法腐败有关,与法律制度实施状况也有很大关系。

[2] 汪世荣:《判例与法律发展——中国司法改革研究》,法律出版社2006年版,序言第3页。

[3] 傅达林:“关注‘后立法时代’的法规检修”,载《法治与社会》2007年第9期。

渐受到越来越多法律人的关注。而且,司法本身与法治具有天然的联系。正如拉德布鲁赫所言:司法使法律降临人间。相对而言,制定法的宏大叙事似乎并不能真正有效地解决我国法治建设进程中出现的种种现实问题。法律要想实现正义、促进社会公正,从而最终推动社会进步,法治建设必须要向纵深发展,这也是近年来,司法改革和司法公正话题备受实务部门和理论界高度关注的时代语境。“法学是一门具有高度实践性的学科,它并不只是一些普遍正确的命题所构成,而且需要大量的‘实践理性’,需要许多难以言说难以交流的知识。如果我们将法治的形成仅仅寄托于法学,而将法学的发展仅仅寄托于那种可以言说、表述的法律理论或原则的发展,那么法治必定难以形成,同时法学的发展也必定是畸形的。”〔1〕可以看出,我国法治实践的重点正在从以立法为中心转向以司法为中心,法治建设有逐步从立法时代向司法时代转变的趋势。

二、法学研究范式〔2〕的转型

在我国,伴随着上述立法时代向司法时代过渡和转变的趋势,法学研究范式也发生了相应的转型,法学研究范式正在从立法中心主义逐渐转换为司法中心主义。“事实上,随着立法时代的终结,法律知识就会凝固在教科书中而僵化,法律知识的增长点就会从立法转向司法。因此,在司法改革的时代里,首先突出的就是司法的知识,就是法官、律师等对法律

〔1〕 朱苏力:“知识的分类与法治”,载《读书》1998年第3期。

〔2〕 “范式”(Paradigm)这一概念最早被美国科学哲学家托马斯·库恩用于批判逻辑实证主义。库恩认为,科学界是由一个流行的范式所控制的,那个范式代表科学界的世界观,它指导和决定问题、数据和理论的选择,直到为另一个范式所取代。库恩意义上的“范式”,主要是指特定的“模型”,它包括共有的世界观、基本理论、范例、方法等,它实际上是共同体从事科学活动的共有信念和价值标准。我国学者张文显认为,范式是包括规律、理论、标准、方法等在内的整套信念,是某一学科领域的世界观,它决定某一时期的科学家观察世界、研究世界的方式。苏力教授认为:“所谓范式,大致可以说是指获得了一批坚定拥护者‘学术共同体’,同时又为某个领域提供了比较稳定且有待解决的一组核心问题、解决问题的基本进路和共享规则的研究成果。”(转引自宋功德:“公法研究范式的构造、确立及其变迁”,载《法学论坛》2007年第4期。)

的知识。”〔1〕

立法中心主义研究范式是站在立法者的立场,从规范形成的角度来研究法律,其研究法律的直接目的是为了完善立法。陈金钊教授认为,20世纪下半叶中国法学主流侧重于立法中心主义研究范式的历史背景在于当时过分强调意识形态中的阶级斗争观念和偏重整体主义的方法论。〔2〕喻中教授认为立法中心主义研究范式缘于国家主义的影响,并且把国家主义分成国家意志的至上性、整体性的强调、国家利益的至上性三个层次对立法中心主义研究范式进行了剖析和反思。〔3〕在西方法律移植的时代语境下,立法中心主义研究范式的主要缺陷和不足在于容易造成理论与实践相脱节。一方面是我国法学界不厌其烦地宣称法学是一门应用性极强的学科,另一方面多数学者又似乎是心甘情愿地当“书斋里的法学家”。正如周少华教授所批评的那样,“虽然,中国法治进步的丰碑上不能不镌刻法学家们的历史功绩,但是法学研究‘脱离实践’的抱怨声在法律实务界似乎从来没有停止过……一种‘想象的法学’带来了我们这个时代法学的繁荣。”〔4〕据此,立法中心主义研究范式向司法中心主义研究范式逐渐转变似乎成为法学界整体反省后的不二选择,甚至在法学教学改革方面,也表现出这种强劲势头。〔5〕

相反,司法中心主义研究范式是站在司法者的立场上,从法律运用的角度来研究法律,注重社会事实在法律中的作用,其研究法律的直接目的

〔1〕 强世功:《法律人的城邦》,上海三联书店2003年版,第99页。

〔2〕 陈金钊:“法学的特点与研究的转向”,载《求是学刊》2003年第2期。

〔3〕 喻中:“从立法中心主义转向司法中心主义”,载《法商研究》2008年第1期。

〔4〕 周少华:“书斋里的法学家”,载《华东政法学院学报》2008年第3期。

〔5〕 据新华网报道:2008年9月26日,作为我国法学人才重要培养基地的西北政法大学与西安市中级人民法院正式签署协议,在西安市中级人民法院设立法科研究生实训基地,合作开展法科研究生实务训练计划。西北政法大学首批200名法科研究生被任命为见习法官助理,进入西安市中级人民法院和各基层法院,开始为期半年的司法实践。司法实训成为西北政法大学研究生教学的重要组成部分。载 http://news.xinhuanet.com/newscenter/2008-09/27/content_10119186.htm。

是为解决法律问题和事实纠纷寻求方法或答案。“法学研究的立法中心主义立场向司法中心的转移,不仅意味着研究者立场的转向,从研究的内容来看,研究者应关注法官的活动;关注成文法向判决转换的过程与方法。重点研究的是‘依据法律的思考’,而不是‘关于法律的思考’,注意分析在个案中正义与法律、法律与社会、法官与法律、正义与社会的关系等等。”〔1〕这不能不说是我国法治建设从法律移植向本土化发展的必然趋势和结果。德沃金所叙述的“法院是法律帝国的首都,法官是帝国的王侯”之图景,不仅为法官群体所向往,而且也作为法学研究者所艳羡。司法中心主义研究范式势必会有力推进我国法学研究进一步做到理论联系实际,有效地消除理论界和实务界之间长期存在的某种隔阂,进一步增强法学研究内容的确定性和研究结论的可靠性。其中的一个重要表现是:法学界对待案例的态度开始从重视案例教学到重视案例研究的阶段性转变,正如台湾著名学者王泽鉴先生所言:“判例研究是法律学者参与法律形成及成长的权利与义务,其目的在于从法学方法论的立场去阐释、检验法律的解释适用,发现涵盖于个案的法律原则,综合整理个别案例组成体系,并探究在社会生活中实践之活的法律,以促进法律的进步和发展。”〔2〕

三、行政法的自身困境

对于行政法发展及其研究范式而言,上述立法时代向司法时代、立法中心主义研究范式向司法中心主义研究范式逐渐转变的判断和命题同样

〔1〕 陈金钊:“法学的特点与研究的转向”,载《求是学刊》2003年第2期。

〔2〕 转引自贺海仁:“判例研究:方法与法律思维创新”,载《判例与研究》2003年第1期。

存在与成立。^[1]这种认识不仅源于法与行政法、法学与行政法学之间逻辑上的整体与部分的关系,而且也能为社会事实所佐证。“1979年至今我国立法工作成就斐然。20年间全国人民代表大会及其常务委员会制定的现行有效的法律共计185件,其中选举、组织法和特区基本法共计19件;国防、军事、外交方面12件;刑事方面3件;民事方面8件;行政方面143件,占总数的77.3%,比重最大。”^[2]和其他部门法相比,我国行政立法工作表现得尤为突出,《行政诉讼法》、《行政复议法》、《国家赔偿法》、《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政强制法》等一系列重要的行政法律法规得以制定和修改,行政程序法也正在紧锣密鼓的制定过程中,行政法律规范体系日益健全和完善。无疑,这种大规模的行政立法活动会整体上推进我国行政法制水平,使我国政府的公共行政活动和相关纠纷解决基本实现了有法可依。但同时行政法律制度不能很好地适应和满足社会实践需求的问题也愈发显现出来,从某种程度上来说,这是规范理性对规范对象

[1] 行政法学研究范式转变的呼声一直不断。何海波教授撰写的“中国行政法学研究范式的变迁”一文对行政法学研究范式进行了综述式研究,文章提出了类似的观点,何海波教授认为:中国行政法学研究范式经历了“政法法学”、“立法法学”和“社科法学”三种类型,“政法法学”是为健全行政法制、加强行政法鼓与呼,“立法法学”的特点是“无法立法,有法修法”,并指出在近20年的时间里,立法法学主宰了行政法学研究。那些拟议中的立法是学界领袖们挥手指向的攻克目标。对众多的学者来说,它们成为预先设定的研究重点,甚至成为行政法学研究的全部天地。它们吸引了行政法法学界巨大的智力和精力投资。文章尝试用“社科法学”来概括行政法学研究某些新的趋势。认为在传统的行政法体系之外,行政法学开辟出新的问题领域,尝试实证研究、价值衡量等新的方法,并为自身注入了经济学、社会学、政治学、哲学等多学科的知识。“社科法学”在这里是一个比较开放的概念。相对于前面所述的政法法学和立法法学而言,它们代表了行政法学研究问题的转向、方法的转向和知识的转向。(参见中国民商法律网,<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=32936>。)

[2] 王宝明:“中国行政立法评述”,载《国家行政学院学报》2000年第4期。