

总第14集

【专稿】

论庭审制度的改革 / 江必新

【行政诉讼理论】

行政保护职责的司法审查 / 刘德敏

【行政审判实务探讨】

行政许可法实施对行政审判的影响 / 侯丹华

【疑难案例评析】

袁志梅诉江苏省淮安市淮阴区房管局房屋行政登记案评析 / 包文斌 岳仁申

【调查与研究】

对江西省城镇房屋拆迁行政案件审执情况的统计分析 / 尹鲁先 刘邦琰 陈建平 徐英荣

【他山之石】

瑞士、法国行政诉讼制度概要及对我国行政诉讼制度的启迪 / 蔡小雪 凡夫

行政执法与行政审判

Administrative Regulation and Judicial Review

中华人民共和国最高人民法院
行政审判庭 / 编

2005年第2集 • 总第14集

行政执法与行政审判

Administrative Regulation and Judicial Review

中华人民共和国最高人民法院
行政审判庭 / 编

主 编：奚晓明

编 委：赵大光 周红耕 蔡小雪

杨临萍 甘 文

执行编辑：梁凤云



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政执法与行政审判. 2005 年. 第 2 辑: 总第 14 集/
最高人民法院行政审判庭编. —北京: 法律出版社,
2005. 6

ISBN 7 - 5036 - 5636 - 0

I. 行... II. 最... III. ①行政执法—中国—参考
资料②行政诉讼—审判—中国—参考资料 IV. D925.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 051589 号

©法律出版社·中国

责任编辑/杨 扬 喻永会

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/13.25 字数/241 千

版本/2005 年 6 月第 1 版

印次/2005 年 6 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

苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7 - 5036 - 5636 - 0/D · 5353 定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

行政执法与行政审判(总第14集)目录

●【专稿】

- 001 论庭审制度的改革 江必新

●【行政诉讼理论】

- 009 规则创制与原则、方法的选择 甘 文
022 行政诉讼法律关系理论与问题研究 梁凤云
036 行政保护职责的司法审查 刘德敏

●【行政审判实务探讨】

- 045 土地确权案件审理中的若干问题 郭修江
058 民事诉讼能否审查具体行政行为 王 达
063 行政许可法实施对行政审判的影响 侯丹华
081 论履行法定职责判决的改革与完善 刘井玉

●【争鸣】

- 090 规划许可行政案件的审查标准及审查方式 倪建新

●【疑难案例评析】

- 097 福建七匹狼集团有限公司不服商标争议裁决诉商评委行政
诉讼纠纷案法律问题评析
——商标的在先使用权利及相关问题研究 辛尚民
112 上海再胜源干细胞工程有限公司不服上海市卫生局行政
强制决定上诉案评析 周 华
117 袁志梅诉江苏省淮安市淮阴区房管局房屋行政登记案评析
..... 包文斌 岳仁申
121 侯卿诉徐州市司法局司法行政处罚案评析 祁贵明

●【调查与研究】

- 127 关于审理房屋登记行政案件的调查报告
..... 内蒙古自治区高级人民法院行政审判庭
134 对江西省城镇房屋拆迁行政案件审执情况的统计分析
..... 尹鲁先 刘邦琰 陈建平 徐英荣

- 144 关于对行政诉讼法实施以来淄博市上诉行政案件发回
重审、改判情况的调研报告 王淑玲 徐连宏
- 【新法简介】
- 154 全国人大常委会《关于司法鉴定管理问题的决定》简介
..... 黄 永
- 【他山之石】
- 158 瑞士、法国行政诉讼制度概要及对完善我国行政诉讼
制度的启迪 蔡小雪 凡 夫
- 【裁判文书选登】
- 174 钟圣才诉上海市地方税务局闸北分局行政奖励行
为上诉案
——上海市闸北区人民法院行政判决书(2004)闸
行初字第 37 号
- 【行政审判资料】
- 186《行政执法与行政审判》总第 1 集——总第 13 集目录总汇

【专稿】

论庭审制度的改革

◆江必新

庭审制度改革过去通常称审判方式改革,在民事审判领域和刑事审判领域已开展多年。行政审判方式改革也已进行多年,但迄今为止,最高法院关于庭审制度改革、庭审程序规则还没有正式发布^①。本文试就庭审制度改革的主要任务、内容与宗旨作如下探讨:

一、全面贯彻合法性审查原则,以增强庭审的针对性

行政诉讼法第五条规定,人民法院审理行政案件对具体行政行为是否合法进行审查。这条规定明确了行政诉讼庭审的基本任务以及庭审重心就是要解决被诉具体行政行为的合法性问题。行政审判中的合法性审查是对被诉具体行政行为是否合法进行审查,这是行政诉讼与民事、刑事诉讼的一个重要区别点。它包括以下基本内容:

(一) 审理的核心内容是原告行为的合法性还是被告行为的合法性

在一些行政处罚案件中,不可避免地涉及原告行为的合法性问题,行政处罚行为是行政管理相对人违反了行政法上的义务而行政机关给予制裁的行为。要审查行政处罚行为的合法性,通常要涉及被处罚人行为的合法性问题。但是行政审判的目的不是要确定原告一方的行为是否合法。因为原告的行为合法与否只是被告行为是否合法一个很小的构成要素;原告行为违法不等于被告行为合法,反过来也一样,原告行为合法也不代表被告行为一定是违法的;即使原告行为不违法,被告行为也可能是合法的;原告行为的合法性与被告一方行为的合法性有一定关联性,但没有必然的联系。另外,考察被告行为的合法性,通常要进行多方面的审查,包括是否超越职权的审查,是否违反法定程序的审查,是否适用法律错误的审查等等。原告是否实施违法行为只是其中的一个内容,也就是是否有足够的事实根据。所以仅以原告行为是否违法为庭审重心,就不能实现对被诉具体行政行为是否合法的全面审查。因此,行政诉讼庭审的重心不能放在原告的行为是否合法上,而

①主要原因是:行政审判制度是个新的制度,还处在初创阶段,实践还不充分,如果过早地搞一个庭审规则,可能会跟不上发展需要;不成熟的规定发下去可能会束缚广大行政审判人员的首创精神,影响行政审判方式改革的进一步深化。

应放在被告的行为是否合法上。此外,以被告行为为重心的合法性审查包含了对原告行为是否合法的审查。以行政处罚案件为例,被告是否满足了对原告处罚的法定条件本身就包含了原告是否实施了违法行为的要件。从以上几点可知,法院审理行政案件必须以被告的行为为审查重心。但是,那种认为行政审判就只是审被告,而不审原告的认识也是不对的。

在庭审中,如何实现以审查被诉行政行为为重心?一是开庭时要把庭审重心摆出来,亮出“靶子”。诉讼一开始,法庭应先简单询问原告为什么向本庭提起诉讼,原告一般会提出对被告的行政行为不服,然后法庭就要询问被告,是否作出这个行政行为,审查具体行政行为是什么内容,这样就把“靶子”即审查的重心亮出来了。二是庭审的内容应主要围绕被诉行政行为的合法性来安排。例如,对于被告已经作出的行政行为,应根据行政诉讼法第五十四条规定的几个撤销理由来安排,即按照被诉行为是否有这些可撤销的理由安排庭审结构。如果一开庭就询问原告是否实施了违法行为,那庭审重心就转到原告行为是否合法上去了。三是在审理被诉行政行为,特别是行政机关已作出的行政行为时,要注意始终把被告置于正方的位置,将原告置于反方的位置,就如同辩论赛上的正方、反方的地位一样。正方要立论、论证,反方要予以反驳;在每一轮程序中由被告先发言,原告反驳;被告先出示证据,原告提出反证,然后双方质证。辩论时由被告陈述理由,原告予以反驳。只要把握以上三点,就能把庭审重心放到审查被告行政行为上来。

(二) 审理的客体是行政行为的合法性,还是行政争议

以行政争议为审理对象和以行政行为为审理对象是两个不同的概念。为什么呢?因为如以行政争议为审查对象,法院就必须对当事人之间即行政主体和行政管理相对人之间的是非曲直作出最终裁判,对双方的权利义务关系作出明确划分。以行政处罚案件为例,如以审查行政行为合法性为诉讼标的的话,在很大程度上司法审查实质上是一种否定性的审查,违法的就撤销,合法的就维持;如以行政争议为审查标的,就意味着法院不仅要判断行政行为是否合法,还要判断原告行为是否合法,是否应受到处罚,受多大处罚。这是两者的区别所在。在目前情况下,至少对行政机关已经作出的具体行政行为这类案件,不能以行政争议为诉讼标的。有的行政审判人员,在判决的“本院认为”部分明确指出原告是否实施违法行为,应受到多重处罚,实际上是诉讼标的发生错位,即审理的实际上是行政争议,而不是行政行为的合法性。当然,随着行政诉讼受案范围不断扩大,如行政合同案件,标的是合同双方当事人的权利义务关系,这就不仅仅是行政行为合法性的问题,在此种情况下,仅评价行政行为的合法性是不够的,还要评价当事人之间的权利义务关系。

审理的对象是否包括抽象行政行为。根据行政诉讼法第五条的规定,原则上不能对抽象行政行为是否合法进行审查。学术界对此已提出质疑,要求立法将抽象行政行为纳入司法审查。具体行政行为是否合法与抽象行政行为是否合法存在着一定的关联性:一方面,有些违法的具体行政行为是根据违法的抽象行政行为作出来的,如不解决抽象行政行为的合法性问题,原告的权利在事实上就得不到救济;另一方面,人民法院审理行政案件以法律、法规为依据,参照规章,意味着法律赋予法院对规章的选择适用权,根据“举重以明轻”这个类推原理,可以认为对规章以下的规范性文件同样可以参照这个规定。人民法院对抽象行政行为没有司法审查权,但有选择适用权。在行政审判中要取得好的社会效果,就要充分重视选择适用权的适用。但要注意以下几点:一是对所有的规范性文件人民法院都要主动地审查与更高层次的规范是否一致,是否超越了它的权限范围,在程序上是否符合立法法的有关规定;二是如果当事人对规章或规范性文件的合法性提出异议,人民法院在庭审中也要主持辩论,对争议较大的,应送有权机关进行解释或确认,对规章尤其要慎重;三是在裁决时要注意司法审查权与选择适用权的区别,对违法的抽象行政行为,既不能直接宣布无效,更不能直接撤销抽象行政行为,而只能表述为不宜适用。

二、全面吸收和发展正当程序原则,确保庭审的公正性

怎样保证裁判的公正性?实体公正需要程序公正作保障。但程序公正与复杂程序不具有必然联系,程序必须是对实现程序公正和实体公正有价值的程序,否则就没有意义。庭审的公正性与庭审时间的长短和庭审程序的复杂性并不一定成正比。繁杂的诉讼程序并不一定产出公正的裁判,过往的庭审程序虽然比较复杂,审理时间也比较长,但并没有提供程序公正和实体公正的保障。因此有必要用正当程序规则来改造庭审程序。

要用正当程序改造我们的诉讼程序,首先必须弄清哪些程序属于正当程序,正当程序具有哪些基本规则。我们认为,正当程序应当包括以下内容:

1. 任何人都不能成为自己案件的裁决者,或者说,审理案件的法院和法官与该案件没有利害关系。如果有利害关系,就应当回避。
2. 必须使诉讼过程保持高度的透明。要保持诉讼过程的高度透明,一方面必须赋予当事人以充分的了解权,所谓了解权指及时收到通知、明了行为或事件的结果、在合理的时间内收到对方当事人的提供的证据清单、所有的裁判都要说明理由等;另一方面必须实行公开审理制度,即除法律规定可以不公开审理的情形以外,案件的审理必须对社会公开。

3. 如果法院要作出影响当事人权利义务的判决或裁定,就必须赋予当事人以充分的表达权。表达权是指可以在法庭上表达意见、包括质证、反驳、辩论、提出异议、表示反对和抗议等。这两种权利必须得到充分尊重。当然,这两种权利都应当受到一定程度的限制,如在行使表达权时,表达的内容应当与案件有实质联系,并且应在不重复的前提下进行,不能辱骂恐吓对方当事人;在行使了解权时也要受到保护国家秘密、商业秘密和个人隐私的限制。

4. 应当确保双方当事人在诉讼中的地位、机会平等。法院和法官不得歧视任何一方当事人;不得纵容更不得暗示一方当事人妨碍另一方当事人依法行使诉讼权利;在一方当事人明显处于弱势的时候,法官应当行使释明权或依法给予救助,以确保双方当事人在事实上的平等。

5. 法院所作的实体裁判必须以庭审记录为基础。即法院的判决和裁定应当以庭审认定的证据为基础,以防止判决和审理过程脱节。

总之,裁判主体的中立性、诉讼过程的公开性、陈述表达的充分性、当事人双方的对等性以及裁判依据的客观性是正当程序的核心,也是庭审程序改革的主要价值取向。

三、根据不同的诉讼类型设置不同的庭审结构,增强庭审的科学性

诉讼的类型化是指人民法院在审理行政案件时,根据诉讼的不同种类来确定所受理的案件审理的方式以及裁决的方式。由于在制定行政诉讼法时,法院受理行政诉讼案件的范围比较狭窄,绝大多数案件都是行政处罚案件,因而大多数都属于撤销之诉,因此行政诉讼法没有注意诉讼的类型化问题。随着行政诉讼受案范围的不断扩展,被诉行政行为的类型不断增多,仅以一种模式来审理所有的行政案件已显得捉襟见肘。历史上英国采取申请国王颁发特权令状的形式审理行政案件,并以形式多样的令状应对不同的诉讼类型。德国将诉讼类型划分为撤销之诉、确认之诉、继续确认之诉、课以义务之诉、一般给付之诉等。法国则分为撤销之诉、完全管辖权之诉二种。英美法系国家的诉讼类型则以法院发出令状的不同性质划分,如禁止令诉讼等。日本的行政案件诉讼包括抗告诉讼、当事人诉讼、民众诉讼、机关诉讼等类型,抗告诉讼又分取消处分之诉、取消裁决之诉、确认无效等之诉、确认不作为违法之诉。在现有的诉讼模式中,除极少数国家未进行类型化以外,绝大多数国家都对行政诉讼进行了类型化处理。

在我国,至少要设定以下几种诉讼类型:1. 撤销之诉,指行政行为相对人要求法院撤销被诉行政行为的诉讼。2. 确认之诉,指请求法院确认被诉行政行为违法,确认某一法律事实是否存在,或者确认行政合同是否有效等的诉讼。3. 变更之诉,指要求法院变更被告的行政行为或行政法律关系的诉讼。4. 给付之诉,包括(1)要求法院判令行政机

关有所作为的诉讼,称为一般的给付之诉;(2)要求法院判令行政机关为某种特定的行为之诉。5. 阻止之诉(名称还可再研究),指行政管理相对人要求法院判令行政机关中止正在或即将实施的行政行为的诉讼。加入WTO后可能出现这种诉讼,在反补贴、反倾销时,政府可能进行调查,调查启动要有一定的条件,如外商要求法院阻止政府的调查行为。这是一种新的诉讼类型。6. 行政赔偿之诉。国外归之于给付之诉,根据我国既定法律制度,只能独立出来。这六种类型的诉讼在立案条件^②、审理方式、裁判方式^③等方面都必须区别对待,设定不同的制度。

在审理方式上之所以要设置不同的庭审结构,主要是因为不同的诉讼类型所要完成的任务不同,庭审所要解决的问题不同,当事人所处的地位也不同。例如,审理撤销之诉就必须先亮出被诉的行政行为,被告永远处于正方位置;变更之诉审理的内容必须集中在行政处罚是否显失公正上,或者行政合同是否符合变更的条件上;确认之诉核心是解决行为或合同时候合法或时候有效的问题;给付之诉的被告往往没有实施任何行为,庭审必须先确定不作为时候存在,再确定被告是否应当有所作为或应当有何种作为;阻止之诉首先必须弄清被告是否正在实施或者即将实施某种行为,继而查清是否具备阻止的条件;在赔偿之诉中,庭审要解决的主要问题是是否造成损害,有多大损害,损害与被告是否有因果关系,赔偿的标准等。一般说来,凡诉讼客体为被告已经作出的行政行为的,被告应处于正方位置,而其他诉讼则应由原告处于正方位置。处于正方位置的,应当就其实体主张承担举证责任,并有义务先行陈述、举证和发表辩论意见。

四、提高庭审效率,以增强庭审的快捷性

提高庭审的效率,实现诉讼成本的低廉化,是庭审改革的一个重要的价值目标。要实现这一目标,需要对庭审制度作如下调整:

1. 增加简易程序,实行有限制的法官独任制度。有些案件(如治安案件)并不复杂,可以适用简易程序,没有必要实行合议制。随着法官与法官助理的分类管理体制的推行,法官人数少了,如不建立法官独任审判制度,势必降低诉讼效率。

2. 根据正当程序规则,对诉讼程序进行删繁就简。即删掉对公正的实现没有价值的程序或者将有些程序放在庭审之外,由法官助理或书记员实施。有些庭审,只是询问当事人的基本情况就用了四十分钟,而这些问题在庭审前由书记员核实,庭审时询问双方当事人有无异议即可。

3. 设定合理的法定期间,以尽量缩短诉讼周期。一方面,为了缩短诉讼周期,法定期间应当设定得更加合理;另一方面,即使设定了法

②如在起诉条件的设定方面,撤销之诉必须有一个行政决定的存在,且行政行为必须生效;给付之诉立案的前提条件之一是相对人向行政机关提出了请求,且行政主体没有实施所请求的行为;变更之诉的诉讼客体必须是行政处罚行为或者是行政合同,如是行政处罚行为则其诉讼主张应是该行政处罚显失公正;阻止之诉必须是行政机关正在实施或者即将实施某种行为;确认之诉的客体必须是无效行为或者是事实行为。

③不同类型的诉讼的裁判方式也是不一样的,如撤销之诉适用撤销判决,变更之诉适用变更判决,阻止之诉适用禁止性判决等。

定期间,在当事人取得合意或当事人没有异议的情况下,法定期间可以缩短。此外,法院审判人员在指定期间时,也应当尽可能合理。

4. 增加协调和调解机制,使争议得以尽早结束。我国行政诉讼法规定,法院审理行政案件不适用调解。这在起草行政诉讼法时具有一定的合理性,因为当时的行政案件多为行政处罚案件,没有多少调解余地 and 变通措施,且在当时背景下,当事人在实体法上不平等,调解时行政机关通常处于优势地位,实行调解结案不利于保护行政相对人的合法权益。现在的情况已发生了很大变化:被诉行政行为的种类越来越多,相当一些行政行为存在较多的自由裁量空间,这就为调解制度的引入奠定了基础;随着诉讼制度的不断完善,当事人法律意识也在不断提高,当事人诉讼地位的平等基本上可以得到保障,调解机制的引入不会带来太多的负面效应;调解可以在法院的主持下进行,即使是案外和解,法院也可以行使一定的审查权,便于防止行政机关滥用协调机制;加入WTO以后,行政纠纷国际化的情况会越来越多,也需要建立协调机制来面对加入WTO以后的形势。基于以上理由,我国行政诉讼法应当建立调解制度,并承认调解结案的合法性。法官在庭审中也可以公开进行调解。当然,要注意保护行政相对人的合法权益,不得牺牲国家利益、公共利益和他人利益。

5. 妥善处理行政诉讼和行政赔偿诉讼的关系,引入中间判决和一部判决的制度。我国行政诉讼法规定,行政相对人在提起行政诉讼的同时,可以一并提出行政赔偿诉讼。这是我国行政诉讼法的一个创举,其他国家没有这种规定。在国外,赔偿诉讼和行政诉讼原则上分开进行,甚至行政诉讼被视为公法诉讼,赔偿诉讼被视为属于普通法院管辖的私法诉讼^④。这种划分的合理性在于:赔偿诉讼必须以行政诉讼的终结为前提,一并提起是以一个不确定的前提来进行审判,这在理论上有矛盾的一面。在诉讼中,被告往往不承认被诉行政行为违法,根本不承认赔偿,所以很少就赔多少等问题进行陈述和辩论。法院判决也往往遗漏行政相对人的赔偿请求。我们认为,在行政相对人一并提起行政诉讼的情况下,应当建立中间判决或一部判决制度,即法院可先就被诉行政行为或不作为的合法性进行判决,然后对行政相对人的赔偿请求进行判决。

五、完善庭前准备程序,以增强庭审的实效性

庭前的准备程序,不仅与庭审的公正和效率具有重要的关联性,而且影响庭审结构的安排。因此,进行庭审制度改革,必须考虑庭前准备程序的安排。

(一)关于庭前准备程序的称谓

关于庭前准备程序,有的叫“庭前证据交换”;有的称“庭前预备会

④如德国,行政诉讼属行政法院管辖,赔偿诉讼属普通法院管辖。

议”；有的名之为“庭前预备程序”。我们主张称“庭前准备程序”，因为“庭前证据交换”只讲了庭前准备程序中的一个内容，有以偏概全之嫌；庭前预备会议不是规范的法律语言；“庭前预备程序”容易与开庭预备相混淆。

（二）庭前准备程序的必要性和适用范围

庭前准备程序之所以必要，主要是基于以下几点考虑：

1. 通过庭前准备程序可以明确争议焦点、审理的范围和重点，可以把不需要审理的问题排除在庭审之外，以节省诉讼资源；
2. 通过此程序，双方当事人可以充分了解对方提供的证据和诉讼理由，有利于增加诉讼的透明度，使当事人得益于有效地进行攻击和防卫；
3. 有利于当事人辨别自己诉讼主张的正确性，从而为案件的和解提供机会；
4. 可以使法官对审理的问题心中有数，从而提高庭审效率。

当然，庭前准备程序并不是对每个案件都是必要的，也不一定要与庭审分开。一般说来，下列情形一般不适用庭前准备程序：（1）没有事实争议的；（2）虽然有事实争议，但当事人双方已向法院提供了全部证据。

（三）庭前准备程序需要解决的问题

庭前准备程序至少应当解决以下问题：（1）确定没有争议的事实和法律问题；（2）确定争议事实和焦点；（3）确定需要传唤的证人，确定证人名单，以及将要提供的证据；（4）确定哪些证据需要鉴定、现场勘验或应由法院调取；（5）确定案件审理的主要阶段；（6）告知当事人可以或应当陈述的内容以及行使的权利、履行的义务；（7）约定送达或传唤方式；（8）决定是否采取保全措施；等等。对上述内容应当进行口头或书面裁定或决定，进行口头裁定的，应当记入笔录^⑤。庭前准备程序中的“证据交换”，有人叫“证据开示”，这些说法都不尽准确，我们倾向于用“证据披露”来概括^⑥。证据披露不是证据互换，而是双方提供证据清单，当事人要求复制的可以复制。

（四）必须明确庭前准备程序的法律效果

目前由于行政诉讼法没有规定，法庭的有些规定对当事人的约束力不强。因此，要通过立法明确庭前准备程序的法律效果：（1）凡属没有在庭前准备程序中开列的证人，开庭时原则上不得申请传唤；（2）凡属没有在庭前准备程序中提交的证据，原则上不得在法庭上提交；（3）在庭前准备程序中确定的审理内容和争议焦点，不得随意变更等等。

⑤在相当一些国家，对这些裁定或决定，当事人有权提起抗告，我国也应完善这方面的程序制度，要允许当事人提出合理的异议。

⑥“披露”一词英文是“discovery”，中文意思是披露、揭露等。

六、进一步规范庭审秩序,以强化庭审的中立性

在以往的庭审程序中,由于过分强调法官的职权主义,维护庭审秩序的责任全部由法官承担,并主要通过法官的主动干预来维持庭审秩序。这种作法常常使法官与一方当事人处于对立的立场,损害了法官的中立性。缓解这种紧张关系的一个可供选择的办法是设立当事人及其代理人的反对和抗议制度。

所谓反对和抗议制度,是指一方当事人或代理人违反庭审规则、证据规则或庭审秩序,另一方当事人可以依法表示反对或提出抗议,主持庭审的法官居间对反对意见或抗议进行裁断的制度。这种制度具有如下优点:使一方当事人得于及时阻止对方当事人违反庭审规则、证据规则或庭审秩序的行为;法官处于居间裁决的地位,有利于维护法官的中立性;可以有效地避免法官与当事人及其代理人之间的正面冲突。

反对和抗议制度应当包括如下内容:反对和抗议的时机和条件、反对和抗议的方式、法官对反对和抗议的裁决方式和形式、裁决的法律效力等。

(作者单位:湖南省高级人民法院)

【行政诉讼理论】

规则创制与原则、方法的选择

◆甘文

从世界各国的情况看,最高法院通常是一个非常重要的创制法律规则的机构。在承认判例具有法律效力的国家,判例本身就包含着很多法律规则。事实上,现在已经很难纯粹以传统标准来界定哪些国家属于判例法国家,哪些国家属于制定法国家,例如,在美国的公法领域有大量的成文立法,如行政程序法、阳光下的政府法、司法审查法等,尽管这些立法不会直接改变美国联邦最高法院大量判例的法律效力;而在传统的成文法国家如法国,行政法的很多原则产生于判例,判例始终是法国行政法最重要的法律渊源^①。

在创制法律规则并作为国家重要的法律渊源方面,中国最高法院的作用也不例外。中国最高法院主要通过两种方式创制规则:一是作出具有判例效果的裁判;二是制定司法解释。按传统理论和目前的法律框架,中国是一个不承认判例法的国家。但事实上,最高法院很多裁判都具有判例的效果,特别是登载在最高法院公报上的案例,通常是获得最高法院认可并被认为是重要参照价值的案例及裁判,各级法院在遇到类似案件的时候,一般会按此裁判。当然,最高法院的裁判或者公报上刊登的案例,只能说是具有判例效果,而不能认为是判例本身。但如果下级法院违反这些裁判确立的规则,被上级法院推翻的可能性是很大的。中国最高法院拥有为其他国家最高法院所羡慕的以制定条文的形式行使的司法解释权。这种权力的运作机制的存在,最重要的现实基础在于:中国最高法院没有创立判例的权力,却有通过裁判创制规则的必要。立法是永远不能穷尽所有情形的,所有法律一经公布,就已经滞后于现实。最高法院制定司法解释,其实是在收集大量具有判例价值的裁判,以条文的方式表现出来,并以司法解释的方式发布,从而达到弥补立法漏洞的效果。通常情况下,最高法院司法解释每一个条文的背后,总有一个或者几个真实的案例和裁判支撑着。当然,司法解释本身一出台,也便滞后了。这便是中国司法解释这种特殊形式天生的缺陷。但我们不能因此而否定最高法院司法解释创制规则的价值及其对各级法院裁判案件所起的重要指导作用。

①在法国,“判例是行政法的重要渊源,行政法上的很多原则,在法律没有规定的情况下,由判例产生。即使在成文法有规定的时候,成文法的适用也由判例决定。而且成文法的规定限于某些方面问题,某类行政事项,行政法的总的原则由判例产生”。王名扬著:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第15~16页。

②笔者曾于2002年拜见美国联邦最高法院肯尼迪法官和布莱叶法官。据他们介绍,联邦最高法院每年收到上诉案件大约8000件,但最高法院只选择其中大约80件来审理,这些案件必须具有最高法院为之裁判的价值。而其他案件由各联邦上诉法院终审。因此,严格意义上讲,上诉至美国联邦最高法院是一种特权。绝大多数联邦法院的案件是二审终审,而不是有的学者所介绍的三审终审。

另外,最高法院对受理的上诉案件是没有选择权的,这在很大程度上限制了最高法院个案裁判的判例效果。也就是说,最高法院审理的某个上诉案件在法律上可能没有任何复杂性或者特殊意义,但鉴于案件争议的标的额很大,高级法院将其作为一审案件受理,如果当事人上诉了,最高法院只能将其作为二审案件受理。这些案件裁判法律意义与某个基层法院对类似小额案件的裁判效果是一样的。这是由目前很受批评的糟糕的受案标准所决定的。中国最高法院审理的案件与美国联邦最高法院审理的案件自然有天壤之别^②。由于个案裁判的指导和示范作用很有限,也使得中国最高法院要发挥其应有的功能离不开制定司法解释。

从上述的分析中,我们可以知道,中国最高法院制定司法解释创制规则的效果要远远大于其对个案作出的裁判。另外我们可以得出一个结论:最高法院司法解释的基础来源于个案裁判,其表现形式不是判例,却在一定程度上起着其他国家最高法院判例所具有的创制规则的作用。那么,最高法院是如何创制规则的呢?这是本文想要讨论的主要问题。

一、可选择的规则之间的冲突

大约有超过起草司法解释经历的法官,这种感受非常深刻:在司法解释这种政策性很强的法律规范面前,经常会在多个选择方案前瞻后顾、犹豫不决。对于最高法院的法官而言,确定司法解释的具体规范与作出一个具体判决很相似:必须要有所选择,即,总要选择一个方案而放弃其他方案。

笔者经常遇到各级法院法官针对某个很具体的条文提出这样的问题:为什么最高法院要作出这样的规定,而不是那样的规定?换个问题是,可以有很多种规定可选择,为什么最高法院作此选择?这是一个既抽象又具体的问题。就像每一位法官都可能经常问自己:为什么这个案件要这样判而不那样判?这类案件是否可以都这么判?

笔者认为,面对可选择规则之间的冲突,有的时候可以直接按照法律常识作出判断。笔者曾经通过举一个普通案例的方式,指出最高法院司法解释中的存在的问题。

“(关于)鉴定结论、现场笔录、勘验笔录、档案材料、经过公证或者登记的书证与其他书证、视听资料和证人证言的证明效力的区别。《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》(以下简称《行政证据》)第六十三条规定前者的证明效力一般要高于后者的证明效力。笔者认为,鉴定结论由专业人员和专业机构作出,其效力高于书证和证人证言,可以理解。现场笔录、勘验笔录是行政执法人员根据现场、物品的状况的记录,其可靠性也要高于书证和证人证言。经过公证的书

证、登记的书证、档案材料,由于有公权力的介入或者其他法律规范的依据,也可以认可其证明效力要高于其他书证。该项规定中,比较难以让人接受的是,鉴定结论、现场笔录、勘验笔录、档案材料的证明效力要高于视听资料的规定。视听资料作为证据的一种,其证明效果比较直接、明确,在诉讼实践中,法官在很多情况下宁愿认定视听资料所证明的事实,而否定其他证据。例如,在一起交通行政案件中,公安机关根据勘验笔录认定甲某在某路口违章驾车,撞伤另一辆车上的驾驶者乙某。于是对甲某处以罚款和拘留十五天的行政处罚。甲某不服,向法院提起诉讼。在诉讼过程中,甲某向法院提供了一份录像带。该录像带是案发路边上楼房里的一位居民在家中无意间拍摄的。录像带的内容显示,是乙某违章驾车撞上了甲某的车。在这个案件中,有两份矛盾的证据,一份是行政机关提供的勘验笔录,一份原告甲某提供的录像带。笔者认为,在被告提不出证据证明甲某提供伪造的录像带的情情况下,法院应当认定原告提供的证据能够证明案件事实,从而否定被诉具体行政行为的事实认定。因此,笔者认为,法官不能轻易适用《行政证据》第六十三条有关鉴定结论、现场笔录、勘验笔录、档案材料、经过公证或者登记的书证与视听资料之间的证明效力大小的规定。”^③

显然,最高法院司法解释确立的公权力介入的书面证据优于视听资料的规则,不能适用于绝大多数的案件。笔者的分析是,制定者所犯的错误源于过分强调了公权力介入而形成的证据的证明效力,而没有具体区分不同证据的不同证明效力。这可以认为是一个法律常识性的错误。要选择不同证据的效力何者优先的规则,是一个比较困难的问题。我们在作出选择之前,有必要作比较谨慎的分析,也可以用某种理论来解释可选择规则的冲突问题。

(根据《行政证据》第六十三条第一项的规定),国家机关所作的文书的证明效力一般要高于其他民间机构所作的文书的证明效力。如果我们深究为什么国家机关的公文文书的证明效力要高于私人机构的文书的证明效力,这个问题可能很难回答。有的学者认为,之所以要作此规定,理由主要有两点。一是国家机关制作的文书具有法定的权威性,在一定程度上体现了国家的意志。二是国家机关制作的文书比较规范,真实性更高。笔者认为,《行政证据》第一项确立的规则超出了英美法的最佳证据规则,两者之间适用的范围不同。英美法的最佳证据规则主要是用于书证的原件与复制件之间的关系。事实上,该条第一项规定的是以书证的权利性质或者权力性质为判断文书证明效力的标准。也就是说,公权力性质的文书比私权利性质文书的证明效力要高。这种规则的理论基础是公权力的法律地位高于私权利的法律地位。如果这个问题继续探讨下去,可能会涉及公法的基础理论问题。但是,有一点应当是比较明确的,随着现代民主政治和法治的发展,私权利的法律地位正在逐步趋向于与公权力具有平等的法律地位。在证据法领

③甘文著:《行政诉讼证据司法解释之评论》,中国法制出版社2003年版,第147页。

④甘文著:《行政诉讼证据司法解释之评论》,中国法制出版社2003年版,第145~146页。

⑤例如美国学者迈克尔·D.贝勒斯曾试图区分原则与规则的不同,他认为:“原则和规则可以区别开。一方面,规则是要么有效要么无效的方式适用的,如果它们适用于一种情况,就限定它的价值。例如,要求一份不是死者亲笔所写的遗嘱需有两个证人的法律就是一个规则,假如,一份遗嘱只有一个证人,它就是无效的。相反,当原则适用的时候,它们并不必然限定一种估价。可能有这样一个原则:人们可以根据自己的意愿以‘遗赠’(遗嘱)的方法自由地处分他们的财产,但这并不必然随之要求一个自由订立的遗嘱应当受到保障,因为一个相对的原则(如一个人应当为未成年子女作出适当安排)也将适用。另一方面,因为原则不是以要么有效要么无效的方式适用,并且原则可能

域,公文的证明效力优势也应当逐步缩减。因此,第一项规定是否应当在行政诉讼中得到普遍运用,是一个值得研究的问题。关于公权力和私权利的法律地位问题,英美法国家教学案例中经常要举的特殊例子是鸣喇叭的案例。例如,根据某市地方性法规的规定,某一地段禁止鸣喇叭。一个警察在路口执勤,发现一辆行驶的小车鸣喇叭,于是对该车驾驶者处以罚款的处罚。该驾驶者不服,向法院提起诉讼。由于该案件发生时,这一路段没有其他车辆和行人,只有驾驶者和警察两人。警察认定该驾驶者鸣了喇叭,而该驾驶者表示自己当时没有鸣喇叭。这时需要法院作出一个选择。警察的证言是否足以证明原告有违法行为呢?基于维护公共交通秩序的需要和对公权力的充分尊重,行政法上的通行观点是,在这种情况下,法院应当支持警察的判断,即使这种裁判的错误概率非常高。这个例子尽管不是一个有关公文证明效力的案例,但对我们有所启示。^④

关于最高法院这一司法解释确立的规则,我们很难说这一规则本身就是最佳的选择。但基于行政法理论的通说,或者更确切的说,这是基于目前法治的现实——公权力往往优先于私权利,而得出的结论。在现代行政和现代法治社会,公权力优于私权利并不能成为一个普适的原则来支持这一规则。但这不影响这一规则本身可以被解释得通。

在有些情况下,我们面对可选择的规则之间冲突时,无法依据法律常识或者某种理论直接作出判断。相反,从规则本身看,可选择的规则都是合乎法律要求或者某种理论的。因此,进一步需要讨论的问题是:有时我们需要考察这些可选择的规则背后是否还有一个支持它的原则;在判断这些规则没有超越支持它的原则的基础上,再进行一定的比较。

二、同一原则支持下的规则之间的冲突

中国的司法解释规范可以分为原则性规范和规则性规范。尽管关于何为规则、何为原则有一些学理的解释^⑤,但我不同意可以将两者截然分开的说法。在有的时候,两者可以互换角色。比起法律规则来,法律原则更具有一般或基础的规范性,它可能以规范的形式存在,也可能作为规范所体现的法律精神而存在。例如,“对具体行政行为的合法性进行审查”,是行政诉讼法规定的行政诉讼领域中一个原则;而“维护诉讼程序的公平、公正”,则是各类诉讼法律规范所体现的诉讼程序的原则。法律的规则,一般只能以具体规范的形式存在于法律、法规、司法解释以及判例中。在最高法院制定的司法解释中,我们可以看出有些规范属于原则,但更多的规范属于规则。

对司法解释而言,在不直接违反法律具体规定的前提下,就同一事项有的时候可以设定几个甚至很多个规则。如果这些可选择的规则,