



公法案例评述

行政法判例研读 (II)

章剑生
——
黄锴 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

行政法判例研读（II）



公法案例评述

章剑生

黄锴

——主编

本成果系国家 2011 计划司法文明协同创新中心研究成果



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政法判例研读. II / 章剑生, 黄锴主编. -- 北京:
法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1159 - 7

I. ①行… II. ①章… ②黄… III. ①行政法—判例
—研究—中国 IV. ①D922.105

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 187384 号

行政法判例研读(II)
XINGZHENGFA PANLI YANDU(II)

章剑生 黄 锴 主编

责任编辑 王旭坤
文稿编辑 谭宇墨凡
装帧设计 鲍龙卉

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 张建伟

编辑统筹 社项目运营中心
开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 15.25
字数 225 千
版本 2018 年 1 月第 1 版
印次 2018 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

上海分公司/021-62071639/1636

西安分公司/029-85330678

深圳分公司/0755-83072995

重庆分公司/023-67453036

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1159 - 7

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

呈现在读者面前的这套“公法案例评述丛书”,围绕近年行政法精选案例评析、司法裁判中的宪法援引汇编、公法判例比较研究等工作,组织编写相应评析研读著作,为公法案例的评述、研究与教学积累经过深加工的素材。本丛书系国家“2011 计划”司法文明协同创新中心研究成果,该中心以由中国政法大学、吉林大学、武汉大学与浙江大学为主要参与单位,是全国首批 14 个“2011 计划”协同创新中心之一。

长久以来,我国公法上的各种理论,无论是基于本土思考的构建还是基于法律移植的借鉴,与司法实务的沟通均有待加强,在学界与实务界之间及一定意义上甚至形成了“割据”格局。事实上,检验公法理论能否适用于中国的关键点,并不在于理论本身的逻辑自治,而恰恰在于司法实务中能否真正借由这种理论的分析框架和论证过程有说服力地推导出判决结论。另一方面,司法实践本身,就是中国公法理论的重要源泉,法官透过案例所呈现出来的对成文法规范的许多理解的解释力,超过了一些既有理论的解释力,公法判例本身,这不仅是中国公法理论的素材渊源,而且饱含着司法文明的颗粒,承载着国家治理现代化的要素。

该丛书中五本著述的作者和分工的基本情况如下:章剑生教授与黄锺博士合作主编的《行政法判例选析》(I),主要选取 2016 年最高法院和地方各级法院裁判的典型案件进行评析;两位合作主编的《行政法判例研读》(I)与(II)两书则是在浙大之江校区每季一读 23 期“行政法判例研读会”的成果总汇;余军教授等合著的《判决中的宪法》则选取 773 个援用了宪法条款的司法判决为样本,揭示中国宪法司法适用的真实图景;郑春燕教授、Robert D. William 主编的《行政指导性案例中美研讨会文集》,是浙江大学公法与比较法研究中心与美国耶鲁大学法学院蔡中曾中国中心连续 6 年聚焦于行政指导性案例等话题研究合作的研讨会论文精选,展现中美行政审判的热点、难点,汇聚中美行政法学制度与理论的智慧。

本套丛书,一方面记载了我们近年来对公法案例的持续关注;另一方面也寄托了我们通过案例研究推动公法理论发展的企盼。

是为序。

“公法案例评述丛书”编辑委员会

2017年5月

目 录

“目的性限缩”在行政审判中的适用规则	黄 锴 / 1
内部行政程序的效力外化与司法审查	陈 秀 张方杰 / 15
论行政允诺范式的阿基米德支点	黄 琳 / 27
消极要件缺失时的规范适用	尹培培 / 39
行政允诺司法审查路径之反思	郭 兵 / 51
政府信息公开中“内部管理信息”的判定	梁 艺 / 65
作为行政法法源的司法解释	张 亮 / 83
政府信息“公开”与“保密”之界限研究	徐 建 / 97
高校学位授予行为司法审查进路研究	黄 琳 / 116
论行政程序裁量的司法审查标准	郭 兵 / 131
行政机关与第三人共同致害之责任分担	张 亮 / 143
行政规范性文件司法审查权的实效性考察	余 军 张 文 / 155
最高人民法院国家赔偿典型案例“示范指引”作用的意义	胡若溟 / 186
正当程序在行政复议第三人程序裁量的适用	刘雪鹂 / 202
不确定法律概念最终决定权的界定路径	徐大闯 / 217
后 记	/ 234

“目的性限缩”在行政审判中的适用规则^{*}

——基于最高人民法院指导案例 21 号所作的分析

黄 锴^{**}

摘 要:指导性案例的参照效力一直以来众说纷纭,指导案例 21 号带来了一种新的可能性,即裁判思路的“参照”。在该案中,法官面对适用既有规定可能带来不正义的情况,采用了目的性限缩的方法进行裁判。目的性限缩需要规则悖反作为适用的前提,规则悖反的处理与现代行政法之间并不存在抵触,在个案中认定规则悖反则需要以“不可容忍的程度”作为标准。同时,目的性限缩需要限缩技术作为依托,在对行政法规范的立法目的进行把握时尤其应当注意逆推法与体系性思考,在对构成要件进行类型化时则需紧密结合立法目的的内在层次。指导性案例 21 号在裁判思路上与学理上目的性限缩的适用规则相去甚远,仍需精细化、说理化。

关键词:指导性案例 目的性限缩 规则悖反 立法目的

一、指导性案例的另一种可能:裁判思路的“参照”

自 2010 年《最高人民法院关于案例指导工作的规定》出台以来,最高人民法院已先后发布五批、共计 26 个指导性案例,其中行政法案例 5 个。行政法学界对已发布的指导性案例给予了密切的关注和深入的研究,^①已有的成果均把研究的重心放到“裁判要点”之上,对实体问题梳理展开,寄希望指导性案例的“裁判要点”对下级法院的判决产生拘束力,发挥“同案同判”的效能。遗憾的

^{*} 本文已发表于《华东政法大学学报》2014 年第 6 期。

^{**} 黄锴,法学博士,浙江工业大学法学院讲师。

^① 截至 2014 年 3 月,笔者检索到的以指导案例 5 号和指导案例 6 号的研究已有将近 10 篇,遑论以此为素材的论述。

是,至今在行政审判实践当中指导性案例的这一作用未曾显现。部分学者开始思考:《最高人民法院关于案例指导工作的规定》所称的“参照”效力究竟为何?^①其实早在案例指导制度设立之前,时任最高人民法院副院长、“案例指导制度与司法统一研究”课题负责人苏泽林就公开撰文论证建立案例指导制度的初衷,其中将目前司法中存在的问题归结为两点:一是立法粗糙,司法解释仍然不能弥补立法的不足;二是法官职业素养和职业道德水平参差不齐,错误地行使自由裁量权,使得法律和司法解释得不到有效落实。^②可见,案例指导制度从建立初始就预设了双重目标,除了现下被广泛关注的实体规则的提供之外,另一重目标——裁判思路的授予却被学界一直忽略。^③笔者认为,案例指导制度并非强行地统一所有相同或相似案件的判决内容,而是为了统一判决所依赖的判决理由的形成方式、分析方法和法律思维模式,也只有在这个意义上,“参照”才具有实际价值。

笛卡儿曾说:“行动十分迂腐的人,只要始终循着正道前进,就可以比离开正道飞奔的人走在前面很多。”^④从指导性案例中提取的裁判思路的重要性在某种程度上将大于从中提取的实体问题解决方案:一方面,经过最高人民法院审查并发布的裁判思路可以为今后法官判决相似乃至不同的案件提供一种捷径;另一方面,经过分析修正的裁判思路可以对法律适用者的裁判过程进行事后审查,发现他们在思考过程中是否遗漏了重要的环节。基于以上分析,指导案例21号(内蒙古秋实房地产开发有限责任公司诉呼和浩特市人民防空办公室人防行政征收案)需要我们给予足够的重视和系统的解剖,因其涉及的“目的性限缩”^⑤方法的适用问题在当下规范制定主体纷乱、规范制定水平低下的行政法领域具有相当的普适性。下文将以该案为分析对象,重现法官在本案判决过程中的思考,继而从学理的角度对其进行解释和剖析,论述目的性限缩方法在行政

① 如陈兴良教授认为,指导性案例只是一种与司法解释相似规则载体而已,其与“判例”的功能有本质差别。陈兴良:《我国案例指导制度功能之考察》,载《法商研究》2012年第2期。秦宗文副教授认为,指导性案例所具备的是一种柔性的调控功能,法官在实践中可以选择用或者不用。秦宗文:《案例指导制度的特色、难题与前景》,载《法制与社会发展》2012年第1期。

② 苏泽林、李轩:《论司法统一与案例指导制度的完善》,载《中国司法》2009年第3期。

③ 在笔者的阅读范围内,仅有孙光宁老师就指导性案例中的法律推理作出研究。参见孙光宁:《法律推理在司法中的融贯运作——以最高人民法院发布的“指导案例6号”为分析对象》,载《法商研究》2013年第6期。

④ [法]笛卡儿:《谈谈方法》,王太庆译,商务印书馆2000年版,第8页。

⑤ 需要注意的是,目的性限缩(Teleologische Reduktion)又常常被翻译为“目的论限缩”,考虑到行文的统一性,本文均使用“目的性限缩”这一表述。

审判中运用的正当性及其规则,为法官今后在其他案件中遇到相似情形提供裁判思路。

二、指导案例 21 号之剖析

(一)案情概要

由于本案原告秋实房地产公司在呼和浩特市如意开发区新建的经济适用住房“秋实第一城”工程未同时修建战时可用于防空的地下室,2009年6月18日被告呼市人防办对秋实房地产公司作出《呼和浩特市人民防空办公室征收防空地下室易地建设费决定书》,根据《人民防空工程建设管理规定》、《内蒙古自治区实施〈中华人民共和国人民防空法〉办法》等相关规定,决定征收防空地下室易地建设费172.46万元。秋实房地产公司不服征收决定,提起行政诉讼。原告提出的主要理由为,根据《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》、《经济适用住房管理办法》的规定,作为行政事业性收费的防空地下室易地建设费应属于免除的范畴,被告的行政决定违反该规定。

本案的争点可以归纳为:(1)易地建设费是否属于行政事业性收费;(2)若属于行政事业性收费,则意味着上述《人民防空工程建设管理规定》、《内蒙古自治区实施〈中华人民共和国人民防空法〉办法》与《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》、《经济适用住房管理办法》存在法律冲突,在适用中应该优先适用何种规定;(3)当选取某一种规定时,是否可以径行适用,而无须考虑其他因素。

(二)判决思路

对于以上三个争点,本案二审判决书所呈现的思路基本也是可以一一对应的。对于争点(1),根据《人民防空工程建设管理规定》第54条第2款之规定,“建设单位缴纳易地建设费后,人民防空主管部门应当向建设单位出具由财政部或者省、自治区、直辖市人民政府财政部门统一印制的行政事业性收费票据”,由于财政票据与收费性质存在对应关系,^①可以判定本案中所收取的易地建设费属于行政事业性收费。由此,我们将面临争点(2),为便于分析,笔者将该争点所涉及的法条整理如下:

^① 《财政票据管理办法》(财政部令第70号)第3条第2款规定:“财政票据是财务收支和会计核算的原始凭证,是财政、审计等部门进行监督检查的重要依据。”

名称	制定机关	制定时间	相关条文及内容
《人民防空工程建设管理规定》	建设部、财政部等四部委	2003 年 2 月 21 日	第 48 条第 1 款:按照规定应修建防空地下室的民用建筑,因地质、地形等原因不宜修建的,或者规定应建面积小于民用建筑地面首层建筑面积的,经人民防空主管部门批准,可以不修建,但必须按照应修建防空地下室面积所需造价缴纳易地建设费,由人民防空主管部门统一就近易地修建。
《内蒙古自治区实施〈中华人民共和国人民防空法〉办法》	内蒙古自治区人大常委会	1999 年 9 月 24 日	第 38 条:城市新建民用建筑应建防空地下室而不建又拒不交纳易地建设费的,由旗县以上人民防空主管部门对当事人给予警告,责令限期修建或者缴纳易地建设费,并处建设单位十万元以下罚款。
《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》	国务院	2007 年 8 月 7 日	第 16 条:廉租住房和经济适用住房建设、棚户区改造、旧住宅区整治一律免收城市基础设施配套费等各种行政事业性收费和政府性基金。
《经济适用住房管理办法》	建设部、财政部等七部委	2007 年 11 月 19 日	第 8 条:经济适用住房建设项目免收城市基础设施配套费等各种行政事业性收费和政府性基金。

由上表可以清晰地看到四个规范性文件之间的紧张关系:根据《人民防空工程建设管理规定》、《内蒙古自治区实施〈中华人民共和国人民防空法〉办法》的规定,未建防空地下室的建设项目(该处的项目显然是包括经济适用住房建设项目)应缴纳易地建设费;根据《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》、《经济适用住房管理办法》的规定,经济适用住房建设项目免收易地建设费(在上述争点中已将易地建设费纳入行政事业性收费当中)。《立法法》第 79 条规定:“行政法规的效力高于地方性法规、规章。”《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》相当于行政法规,^①其效力高于作为地方性法规的《内蒙古自治区实施〈中华人民共和国人民防空法〉办法》和作为部门规章的《人民防空工程建设管理规定》,所以在本案中适用《关于解决城市低收入家庭住房困难的

^① 这里需要强调的是,对于“国发”、“国办发”的文件效力学界一直存在争议,但在实务中,司法机关普遍将其效力等同于行政法规。章剑生:《依法审判中的“行政法规”——以〈行政诉讼法〉第 52 条第 1 句为分析对象》,载《华东政法大学学报》2012 年第 2 期。

若干意见》的规定亦不存在异议。^①于是,我们将所有目光聚焦到争点(3),也即在本案中我们能否径直适用《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》第16条之规定,免除秋实房地产公司的易地建设费呢?根据法适用的一般逻辑,因“秋实第一城”所生易地建设费系针对经济适用住房建设项目的行政事业性收费,符合规范的构成要件,应当产生“免除”的法律效果,这似乎是顺理成章的。然而,本案主审法官却作出了相反的论证:

“国务院《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》第16条和七部委的《经济适用住房管理办法》第8条虽然规定经济适用住房建设免收各种行政事业性收费,但该规定调整的对象是合法建设的行为人,不包括违法行为人,否则就会造成违法行为的成本小于守法成本的情形,违反立法的目的。秋实房地产公司对必须建设的人防工程没有建设,属于违法行为,不适用上述规定。”

在这里法官在上述规范的构成要件部分加入了一个新的变量,即“合法建设行为人”。唯有在符合“针对经济适用住房建设项目的行政事业性收费”和“合法建设行为人”两个构成要件时,才能产生“免除”的法律效果。但是“合法建设行为人”这一要件却并不当然地蕴含在规范的文义之中。在本案的评析中,最高人民法院行政庭指出这是一种“目的性限缩”的方法。^②

司法裁判应当追求正义,然而这一追求必须被严格限制在法律容许的范围内。^③何谓“法律容许的范围”?笔者认为,它必须以普遍承认的法律原则作为前提;同时,它必须通过精密的解释或者漏洞补充规则予以实现。在本案中,法官在判决中用到了“造成违法行为的成本小于守法成本的情形”这一理念对规范进行了“目的性限缩”。那么在本案中运用目的性限缩是否存在适用的前提,又是否依托于精致的技术?下文将分两部分对此展开分析论证。

三、规则悖反:目的性限缩适用的前提

在指导案例21号中,法官所面临的困境是,案件事实看似已达到法规范的构成要件,却不适宜产生法规范的法律效果。该种困境并非只出现在本案当

^① 关于争点(2),二审判决书中虽无展开之阐述,然而在最高人民法院行政庭编辑的本案评析中有充分之论证。论证中对四个规范性文件的位阶、新旧、特别与一般均进行了分析,笔者认为,若在位阶上已分出高下,其后的新旧、特别与一般实无分析之必要。参见最高人民法院行政审判庭编:《中国行政诉讼案例》(第2卷),中国法制出版社2011年版,第60号案例,第128~130页。

^② 最高人民法院行政审判庭编:《中国行政诉讼案例》(第2卷),中国法制出版社2011年版,第60号案例,第130页。

^③ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第144页。

中,可以说在我国的行政审判实践中是广泛存在的。笔者对最高人民法院行政庭编的《中国行政审判案例》已出版的四册,共计160个案例进行了分析,即发现其中的第32号案例(上海盈元服饰有限公司诉上海市浦东新区人力资源和社会保障局社会保障行政确认案)^①、第65号案例(吕贵国诉辽宁省大连经济技术开发区国土资源和房屋局房屋拆迁行政裁决案)^②等案件也存在类似困境。其实,学理上早已发展出“规则悖反”这一概念作为该种现象的分析工具。

(一)规则悖反及其属性

所谓规则悖反,是指规则对某一事实问题虽已设有规定,但依法律的内在体系及规范目的,应将其视为一种特殊情况(适用规则的裁判结果让人难以接受),而应设置文义外的限制性规则的情形。^③换言之,一项规则据其字面意思可能过于宽泛,以至于从正义的角度来看不应适用该条规范的情况也一并纳入其适用范围。^④需要指出的是,(1)规则悖反所面临的问题是案件事实有规则可依,只是适用规则将导致不正义;(2)规则悖反需要通过设置限制的方式来消解,该限制不属于规则文义的范畴之内。

法律适用的基本方法可以归纳为法律解释、法律续造两种,^⑤法律续造又可根据续造的程度不同区分为法律漏洞补充和创设型法律续造。由于规则悖反的消解依赖于在文义之外设置限制,所以其非实定法本身(法律解释)所能解决,而须引入其他要素(法律续造)予以分析。由于规则悖反的解决仍攀附于规则本身,而非脱离规则之创造,所以其非创设型法律续造的对象,而系法律漏洞。更进一步,法律漏洞又有明显的漏洞和隐藏的漏洞之分:明显的漏洞是指对于某一类型事物,法律应当予以规范却没有规范,或者说有若干指示,但欠缺期待中的具体规则;隐藏的漏洞是对于某一类型事物,按照法律体系精神本应该消极地设定限制,却没有设定限制。^⑥规则悖反又可被纳入隐形的漏洞的行

① 在本案中若径直适用《工伤保险条例》第16条第1项的规定,上下班途中驾驶未经年检的机动车发生事故导致的受伤不能认定为工伤。最高人民法院行政审判庭编:《中国行政审判指导案例》(第1卷),中国法制出版社2010年版,第173~177页。

② 在本案中若径直适用建设部《城市房屋拆迁行政裁决工作规程》第8条的规定,由于拆迁人原因导致房屋灭失,当事人提出行政裁决申请,房屋拆迁管理部门不予受理。最高人民法院行政审判庭编:《中国行政审判案例》(第2卷),中国法制出版社2011年版,第158~162页。

③ 陈林林:《基于法律原则的裁判》,载《法学研究》2006年第3期。

④ [德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第94页。

⑤ 法律解释与法律续造的不同之处在于,法律解释只在可能的文义范围内为之;而法律续造,只在可能的文义范围外为之。黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第445页。

⑥ 王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,第265页。

列之中。基于此,可以将规则悖反的属性归纳为法律漏洞中的隐形漏洞问题。

(二) 规则悖反与依法行政

1999年至2010年十余年间,国务院和国务院办公厅先后发布四个推进依法行政的文件,确立了“依法行政”作为支撑我国行政法学理和实践的价值基点。一般认为,依法行政是指行政行为只有依法而行,才能具备合法性。^①同时,依法之“法”则往往被扩张解释为法律、法规和规章。^②那么,是否意味着由于存在法律、法规和规章的高压线,行政机关难以径行处理须在文义之外解决的规则悖反难题呢?“这一权衡并非在任何时代都是以同样的方式得到解决的。在人类的法历史上,存在更强调形式主义和法律安定性的时代,也存在更强调个案正义的时代。这些倾向对法产生影响,直至具体的司法判决”。^③改革开放以来,中国社会进入高速发展的时代,新矛盾、新问题层出不穷,单纯依靠既有规范无法满足目前发展阶段中对决策时限性的要求,在一些领域中即使创设规范也会很快落后于实践的发展。^④此时行政机关能动地适用条文的价值远大于被动地困守条文原意,因此,实质合法或称正义比之形式合法或称法的安定性更能为公众接受。

由此,我们对依法行政的理解也应重新定位,即依法行政不再是被动地恪守教条,而是主动地适用法律。易言之,所谓依法行政应当理解为只要行政机关不违反法律的强制性规定,基于行政任务而创造性地从事行政活动,也是具有合法性的。正如学者指出的:“法规范之适用,已非单纯‘垂直的、阶层式的法解释’问题,尚须考虑‘水平的、类推式的法具体化(法创造)’问题。”^⑤因此,依法行政与规则悖反的处理之间的张力可以得到消解,作为法律适用者的法官在对行政行为进行审查时也须切实把握依法行政的新内涵,通过法律适用方法促进行政机关能动地执行法律。

(三) 规则悖反在个案中的认定

规则悖反的处理须以规则悖反的存在为前提,这就需要回答在个案中如何

① 王锡锌:《依法行政的合法化逻辑及其实现情景》,载《中国法学》2008年第5期。

② 国务院《全面推进依法行政实施纲要》(国发[2004]10号)第5条规定:“行政机关实施行政管理,应当依照法律、法规、规章的规定进行;没有法律、法规、规章的规定,行政机关不得做出影响公民、法人或其他组织合法权益或增加公民、法人或其他组织义务的决定。”

③ [德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第95页。

④ 李洪雷:《深化改革与依法行政关系之再认识》,载《法商研究》2014年第2期。

⑤ 赖恒盈:《行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析》,台湾政治大学2002年博士学位论文。

认定规则悖反的问题。拉德布鲁赫针对“实定法与正义冲突之际”的解决公式为我们提供了一种认定的思路,这一解决公式即著名的“法律的不法与超法律的法”,“依据国家权力并正确制定的实证法规则具有优先地位,即使该规则可能是不公正的,并且违背大众福利。但当规则违背正义达到不可容忍的程度以致事实上成为‘非法的法律’时,它必须向正义作出让步”。^① 在这里所谓“实定法向正义作出让步”,就是要求法官着眼于具体正义,针对规则悖反创设既有规则的限制性例外。然而,该标准在具体适用时仍存在其不足之处,即这里的“不可容忍的程度”仍是一个不确定的概念,需要法官在个案中予以把握。

当我们将目光放回到指导案例 21 号中时,我们发现若法官按照《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》第 16 条判决免除原告易地建设费后,将会导致自本案开始的经济适用住房项目的建设者出于利益的考虑均以地质、地形等不宜修建为由拒绝修建防空地下室并不缴纳易地建设费的后果。根据《人民防空工程建设管理规定》第 48 条之规定,收取的易地建设费将用于就近易地修建防空地下室,因此,经济适用住房项目的建设者不缴纳易地建设费可能导致如下后果:

1. 由于易地修建防空地下室的经费不够,经济适用住房所对应的防空地下室不能修建,经济适用房住户的权利得不到保障。根据《人民防空法》第 8 条之规定:“一切组织和个人都有得到人民防空保护的权利。”该条规定可上溯到《宪法》第 29 条第 2 款之规定:“国家加强武装力量的革命化、现代化、正规化的建设,增强国防力量。”因此,该种后果已经达到违反《宪法》和法律的程度,自属“不可容忍的程度”的范畴。

2. 为保证防空地下室的易地修建,地方政府只得通过预算调整和预算调剂予以实现。^② 预算调整是指在执行预算过程中因特殊情况需要增加支出,^③ 预算调剂是指不同预算科目间预算资金的流动。^④ 由于预算收入中税收收入是重要的来源,预算支出中基础设施建设是重要的用途,所以增设预算科目既可能增加公众的税收压力,也可能导致部分基础设施建设的延缓,间接侵犯到公民的财产权利或者妨碍国家各项基础事业的进展。显然,也属“不可容忍的程度”。

① [德]拉德布鲁赫:《法律智慧警句集》,舒国滢译,中国法制出版社 2001 年版,第 161 页以下。

② 《人民防空法》第 4 条规定:“人民防空经费由国家和社会共同负担。中央负担的人民防空经费,列入中央预算;县级以上地方各级人民政府负担的人民防空经费,列入地方各级预算。有关单位应当按照国家规定负担人民防空费用。”

③ 《预算法》第 53 条。

④ 《预算法》第 57 条。

至此,我们虽不能得出“不可容忍的程度”的具体标准,但由于指导案例 21 号中规范的缺陷可能与《宪法》的相关规定相抵触,自是“不可容忍的程度”的一种情形无疑,因此,《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》第 16 条、《经济适用住房管理办法》第 8 条在本案中存在规则悖反的情形可以得到认定。需要指出的是,本案二审判决书中法官仅以“造成违法行为的成本小于守法成本”作为“不可容忍”的论证尚存缺漏,因为拉德布鲁赫所谓之“正义”若以一般之理念来衡量,将导致法官认定规则悖反的权限过大。该处的正义应限定为法体系或法原则所蕴含的正义理念,法官在认定规则悖反的理据仍应在法的内部,借此保证正义与法之间的安定性在一定程度上的平衡。

四、限缩技术:目的性限缩适用的依托

正如上文所言,规则悖反的发现和认定是目的性限缩的前提,唯有在规则悖反存在处才能为目的性限缩。下一个棘手问题是,面对规则悖反时我们应当运用怎样的程序和技术去处理,易言之,目的性限缩方法应当如何操作。笔者认为,根据目的性限缩的定义,“以贯彻该规定的立法意旨,显有对原为其文义所涵盖之案型予以类型化,然后将与该立法意旨不符的部分排除于其适用范围外”^①,可将其操作程序划分为两步,即立法目的之探究——构成要件之类型化。本部分以此步骤展开分析。

(一)立法目的之探究

目的性限缩应当是以法律目的为要求缩小适用的范围,以确保公正的结果。诚然,仅以“目的性限缩”这一名词本身而言,立法目的就占据主导之地位,换言之,唯有把握立法目的这一价值基点,目的性限缩方法的适用方有可能。然而,探究立法目的的过程却较为烦琐,按照通说,立法目的的觅得须经如下之步骤:“法律目的,在于法律中予以明定者;有虽于法律中未规定,唯可直接从法律名称中,觅其目的者;有法律未明目的,亦无从于法律名称中觅其目的者,则必以‘逆推法’予以探求,盖法律个别规定或多数规定所欲实现之‘基本价值判断’,较为具体,易于觅致,以之加以分析、整合,不难理出多数个别规定所欲实现目的,斯即规范目的。”^②鉴于行政法的特殊性,在此基础上还需特别强调两点:(1)须特别重视体系性的思考。一方面,行政法缺乏法典,法律规范往往分散在各个单行法的条文之中;另一方面,多元的立法主体更加剧了这种分散性,

^① 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社 2007 年版,第 495 页。

^② 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 127 页。

一个完整的行政法规范甚至要在不同的主体制定的行政法条文中才能获得,因此体系性思考在行政法中显得尤为重要。(2)须特别重视多重目的之间的衡量。行政法归根结底是一种调控利益关系的规范体系,它所面临的是复杂的社会脉络构造,^①因此一项行政法规范的目的往往是二元或多元的。在个案的分析中须通过上述体系性的思考、“逆推法”的适用以选取更需维护的立法目的。至此,我们可以将行政法规范的立法目的之探究归纳为如下步骤:

在指导案例21号中,法官虽指出了“立法目的”,但并未对此进行展开论述,甚至未在判决书中言明其认定的立法目的究竟为何。但笔者认为,法官在判决书的形成过程中势必经过一个识别并确定立法目的的过程,以下就让我们用上述方法去试图还原法官的这一过程。需要特别说明的是,由于《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》不具有法规范的结构,更接近于立法说明性文件,因此在解读立法目的时,我们将其视为背景材料予以运用,而径行分析《经济适用住房管理办法》的立法目的。《经济适用住房管理办法》第1条即开宗明义:“为改进和规范经济适用住房制度,保护当事人合法权益,制定本办法。”^②由此,可将该办法的立法目的归纳为两项:(1)改进和规范经济适用住房制度;(2)保护当事人合法权益。根据该办法第2条有关经济适用住房的概念,“本办法所称经济适用住房,是指政府提供政策优惠,限定套型面积和销售价格,按照合理标准建设,面向城市低收入住房困难家庭供应,具有保障性质的政策性住房”,该项制度是由《宪法》第45条所规定的公民的物质帮助权所引申而来的。可知改进和规范经济适用住房制度的目的在于保护公民的物质帮助权,具言之,即最低水平的住房权利。从《关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》的首句“住房问题是重要的民生问题”这样的政治性表述中我们亦可得到相似的结论。由此,目的(2)中的一部分合法权益,即最低水平的住房权利与目的(1)呈现出一种递进的关系,即改进和规范经济适用住房制度是立法目的的第一层次或称直接目的,而保护公民最低水平的住房权利则是立法目的的第二层次或称间接目的,直接目的是实现间接目的的手段,两者具有统合性,不存在矛盾的可能。

那么目的(2)中除最低水平的住房权利之外的权益与目的(1)又是什么关

① [德]阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第21页。

② 当然在这里还存在一个识别立法目的条款的问题。一般我们可以通过特定的标识语与语句来识别法条的性质,如句式为“为了(为)A,B,C,根据X,制定本法”或者“为了(为)A,B,C,制定本法”可以确定为是立法目的条款。刘风景:《立法目的条款之法理基础及表述技巧》,载《法商研究》2013年第3期。

系呢?逆推法可以给我们很好的引导。《经济适用住房管理办法》第27条、第28条规定了经济适用住房的购买流程、购买限制,第30条规定了经济适用住房的有限产权,从这些条文的意旨中可以发现,为保证更多公民最低水平的住房权利,公民购买房屋的自由、房屋的产权等财产性权利受到了一定程度的限制,可以推出目的(2)中的这部分权益在立法者看来保护的必要性低于最低水平的住房权利。与之相反该办法第18条规定:“经济适用住房建设单位对其建设的经济适用住房工程质量负最终责任,向买受人出具《住宅质量保证书》和《住宅使用说明书》,并承担保修责任,确保工程质量和使用安全。有关住房质量和性能等方面的要求,应在建设合同中予以明确。”该条所规定的建设单位对房屋质量所承担的责任与《商品房销售管理办法》第32条^①、第33条^②的规定并无二致。由此可见,在涉及人身安全等公民人身权利的部分,该办法并未给予任何优惠政策,而要求建设单位予以严格保障。换言之,保护公民人身安全等人身权利的权重在这里大于改进和规范经济适用住房制度,即保护公民最低水平的住房权利。至此,目的(2)可以阐述为三项子目的:①保护公民购买房屋、房屋产权等财产权利;②保护公民最低水平的住房权利;③保护公民人身安全等人身权利。其中子目的②与目的(1)是间接目的与直接目的的关系,可以视为一个目的的两个侧面。根据逆推法和体系性思考,立法者眼中三个子目的之间的关系是,①保护公民购买房屋、房屋产权等财产权利 < ②保护公民最低水平的住房权利 < ③保护公民人身安全等人身权利。

(二)构成要件之类型化

立法目的的识别和确定为目的性限缩提供了价值基点,在此基础上,需要对构成要件进行类型化,继而将部分类型排除该规定的范畴。该过程可以表述为如下之公式:

M 是 P(大前提), M1 非 M(小前提), 故 M1 非 P

在这里最为核心的工作即找到 M1 与 M 之间的那条界限,该界限是存在于原构成要件的内部,根据立法目的而划定的。表现在文字上,就是在原构成要件上加一定语,使其余部分的类型无法产生法律效果。

^① 《商品房销售管理办法》第32条规定:“销售商品住宅时,房地产开发企业应当根据《商品住宅实行质量保证书和住宅使用说明书制度的规定》(以下简称《规定》),向买受人提供《住宅质量保证书》、《住宅使用说明书》。”

^② 《商品房销售管理办法》第33条规定:“房地产开发企业应当对所售商品房承担质量保修责任。当事人应当在合同中就保修范围、保修期限、保修责任等内容做出约定。保修期从交付之日起计算。”