

司法审查的基准

探索行政诉讼的裁判技术

朱新力◎著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

司法审查的基准

探索行政诉讼的裁判技术

朱新力◎著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

司法审查的基准:探索行政诉讼的裁判技术/
朱新力著. —北京:法律出版社,2005.9
ISBN 7-5036-5849-5

I. 司… II. 朱… III. 行政诉讼—判决—研究
IV. D915.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 106085 号

©法律出版社·中国

责任编辑/郑 导 陈 慧

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/15.75 字数/417 千

版本/2005 年 9 月第 1 版

印次/2005 年 9 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 7-5036-5849-5/D·5566 定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一部分 客观证明责任的分配基准

第一章 证明责任的内涵与适用范围/ 7

- 一、证明责任的词源/ 7
- 二、证明责任的内涵选择/ 9
- 三、证明责任的适用范围/ 15

第二章 证明责任的分配理论与评价/ 23

- 一、公定力理论/ 23
- 二、规范理论(法律要件分类说及其修正)/ 28
- 三、制裁理论/ 46
- 四、范围理论/ 54
- 五、盖然性理论/ 57
- 六、利益衡量理论(个案衡量理论)/ 59
- 七、被告证明合法性理论/ 69

第三章 规范理论的合理性与运用/ 72

- 一、被告证明合法性理论的剖析/ 72
- 二、规范理论的内容及其合理性/ 83
- 三、规范理论在行政诉讼中的运用/ 90
- 四、行政诉讼证明责任的分配规则/ 93

第四章 类型化诉讼中证明责任的分配/ 98

- 一、行政处罚诉讼中证明责任的分配/ 98
- 二、行政许可诉讼中证明责任的分配/ 106
- 三、行政不作为诉讼中证明责任的分配/ 112
- 四、行政赔偿诉讼中证明责任的分配/ 113
- 五、其他类型化事实证明责任的分配/ 120

第五章 避免证明责任裁判的法律技术/ 128

- 一、推定/ 128
- 二、表见证明/ 131
- 三、证明妨碍/ 133
- 四、事实解明义务/ 136
- 五、自由心证/ 137
- 六、证明标准/ 140
- 七、比例认定理论/ 149

第二部分 行政依据的司法审查基准

第六章 行政法的法源与审查基准/ 155

- 一、法源的内涵/ 155
- 二、行政法的成文法源/ 158
- 三、行政法的不成文法源/ 170

第七章 行政法律解释与审查基准/ 187

- 一、行政法律解释主体/ 188
- 二、行政解释权的限度/ 190
- 三、行政法律解释的对象/ 195
- 四、行政法律解释的方法/ 197

第八章 行政审判规范与审查基准/ 203

- 一、行政审判规范的内涵与范围/ 203
- 二、行政审判规范的地位/ 205
- 三、行政审判规范的冲突与处理/ 213

四、法律问题的审查标准/ 220

第三部分 违法行政行为的判断基准

第九章 违法行政行为概说/ 231

- 一、行政行为界说/ 231
- 二、违法行政行为界说/ 250
- 三、违法行政行为的种类/ 255
- 四、违法行政行为的判断权/ 263

第十章 违法行政行为比较研究/ 270

- 一、英国的越权无效原则/ 270
- 二、美国的法律问题与事实问题/ 288
- 三、法国越权之诉的理由/ 297
- 四、德国行政违法的理论与实务/ 307
- 五、日本的混合型行政违法/ 319

第十一章 行政超越职权/ 331

- 一、理论争议与分析/ 331
- 二、行政越权的内边界限/ 334
- 三、行政越权的外边界限/ 336
- 四、行政越权的类型/ 339

第十二章 行政滥用职权/ 345

- 一、主流观点与缺陷/ 345
- 二、分歧缘由与剖析/ 347
- 三、行政滥权的表现形式/ 353

第十三章 行政不作为违法/ 359

- 一、界定的基础/ 359
- 二、行政作为义务/ 365
- 三、与履行判决的关联/ 370

第十四章 违反法定行政程序/ 377

- 一、解读法定行政程序/ 378

二、客观主义的定位与内容/ 386

三、如何面对程序违法/ 393

第十五章 事实问题瑕疵/ 399

一、事实问题及其实质/ 399

二、事实瑕疵之表现/ 402

三、对事实问题的审查强度/ 428

第十六章 行政适法错误/ 432

一、表面解读与主流学说/ 432

二、法律理解与适法错误/ 436

三、法条援引与适法错误/ 436

第十七章 违法行政行为补遗/ 440

一、行政主体构成违法/ 440

二、行政主体主观违法/ 452

三、行政行为内容违法/ 455

第十八章 行政法律责任/ 457

一、行政法律责任的定位/ 457

二、行政法律责任的构成要件/ 473

三、行政法律责任的责任形式/ 490

后记/ 495

第一部分 客观证明责任的分配基准

在我们的法院,每天都在裁判着一定数量的行政案件。如果有人问:法官是如何进行这样一项技术工作的?恐怕每一个法官都会表达不同的心理体验。但从规范的三段论意义上,每一个司法裁判的作出都是法官解释法律、查明事实、在事实确认基础上适用法律(包括考虑政策)作出结论的综合过程。用德国著名法学家卡尔·拉伦茨的“确定法效果的三段法”逻辑式语言表达就是:“假使任何一个案件事实实现 T,则应赋予其法效果 R(大前提)。特定案件 S 事实实现 T,质言之,其系 T 的一个“事例”(小前提)。对 S 应赋予法效果 R(结论)。”^①这个过程的关键一步与我们当前讨论的主题关

① 证明责任的分配是行政诉讼的脊梁,本部分首先绕开学界对基本内涵的纷争,直接点明本文的研究主题是案件事实出现真伪不明时的风险分配。对于此种风险分配,国内学界常满足于围绕《行政诉讼法》第 32 条及相应司法解释的理解,有些研究成果竟然不遵守研究方法上基本的规范。比如,常有学者不顾法条的基本文义,得出结论说,根据《行政诉讼法》第 32 条的规定,行政诉讼实行被告负证明责任原则。对于证明责任分配的实质性根据,虽然偶有学者从利益衡量、个案裁量、经济学考量、回归行政程序等视角展开研究,但学术结论的正当性说理总嫌薄弱;更紧迫的是,大陆法系占通说地位的规范理论在中国内地竟缺乏系统的介绍和借鉴论证。

文章采用比较研究方法,对发达法治国家尤其是大陆法系国家的证明责任分配理论进行了梳理与评价。之后主要运用价值分析方法对在中国内地占通说地位的证明责任分配理论——被告证明合法性理论作仔细剖析,并对规范理论的合理性表达了充分的支持理由。全文的核心之一是运用分析实证方法和价值分析方法(偶也涉及社会实证分析方法)提出了自认为是诸种理论中最理想的证明责任分配理论——经修正的规范理论(尤其是从规范结构论向规范价值论的转移)。文章依托规范理论对各类构成要件事实进行证明责任分配的活动既是对规范理论的检验,也是对规范理论的具体运用。全文的核心之二是以价值、事实和逻辑三个元素为研究对象(当然有所侧重),以法律规范的可设计性为基础,充分展示了各种避免证明责任裁判的法律技术。论文既为满足建构学说体系的理想,也为实现科学运用法解释技术正确指导实践的服务愿望,更希望通过这项研究为正在修改的《行政诉讼法》添砖加瓦。

系密切,在三段论中它叫小前提。关于如何形成确定法效果的三段论中的小前提,恩吉施分为三个构成部分说明:(1)具体的生活事件,实际上发生之案件事实想像;(2)该案件事实确实发生的确认;(3)将案件事实作如下评断:其确实具备法律的构成要素,或者更精确地说,具有大前提第一个构成部分(=法律的构成要件)的构成要素。法条要适用在实际发生的案件事实上,为了能与法定构成要件比较,对事实上发生的事实(=实际事实),判断者必须配合法律用语将之表达出来(=作为陈述的案件事实)。这个过程只有在考虑(可能是判断依据的)法条下,作为陈述的案件事实才能获得最终的形式;而法条的选择乃至必要的具体化,又必须考量被判断的案件事实。按照 K. 恩吉施的话说这个过程就是“在大前提与生活事实间的目光往返流转”。^① 这一既具哲理又包含丰富实战经验的过程都离不开一个前提,即作为陈述的案件事实必须依赖证据的支持。于是我们遇到了另一个麻烦。

因为人类认识能力的局限和人类固有的策略运用能量,每一个案件中都可能发生当事人所争议的关键事实没有足够证据辅助的情况。^② 面对既无法证实又无法证伪的案件事实,法官显然无权以拒

① 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 4 章。学者郑永流对这个过程有下列解说:法律应用是一种判断活动,判断活动的过程是把事实与规范进行等置。考夫曼曾指出,因为事实与规范处在不同的层面,它们是判断形成过程的“原材料”,未经加工,它们根本不可以相互归类,规范属于抽象性——普遍性上定义之应然,事实则属于杂乱无章的无定形之实然。“只有在用经验来丰富规范,用规范性来丰富案件之后,其方式为它们相互“适应”,并应对这种适应通过论证加以说明,归类方为可能。”也就是说,要将事实一般化、将规范具体化。事实总是表现为个案,将事实一般化就是把个案向规范提升,看其是否存在规范中行为构成规定的要素。而规范总是表现为一般,将规范具体化就是把规范向个案下延,看其是否能满足个案的要求。这一过程体现出事实与规范相互关照,法律者要在事实与规范之间来回审视。参见郑永流:“法学方法抑或法律方法”,<http://law-thinker.com/show.asp?id=1722>,2004 年 11 月 27 日访问。

② 信息有限是证据学的基本假定,主观可以十分努力,但每一次案件的裁决都是依赖“碎片”对历史事件的拟制,是无限接近,而不是完全真实。

绝裁判作出应对,^①当然也不能听任命运之神的摆布。这个时刻,本文研究的主题——证明责任的分配规则将给法官作出指引。事实上,我国的《行政诉讼法》第32条(被告对作出的具体行政行为负有举证责任,应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件)对此种局面已规定了回应的基本规则。问题是,此寥寥数语根本无法提供法官应付所有案件事实真伪不明时的裁判工具。简单说,如何理解该条文已充满变数,法律规范本身的科学性也值得探讨,^②条文未涉部分更是一个巨大的想象空间。

① 1804年《法国民法典》第4条规定,法官借口没有法律或法律不明确、不完备而拒绝裁判时,得依拒绝裁判罪而追诉之。

② “思辨是最大的幸福”。[古希腊]亚里士多德著:《尼各马科伦理学》,苗力田译,中国社会科学出版社1990年版,第231页。

第一章 证明责任的内涵与适用范围

一、证明责任的词源

厘清证明责任的词源与内涵,显然是研究证明责任分配的前奏。但行政法学界在此重要领域着墨不多,成果有限。与此形成对比的是,相邻的民事诉讼和刑事诉讼领域,无论在词源与内涵的引进、理解还是重置上,都已存在相对成熟的理论。笔者以为,证明责任概念是三大诉讼领域的通用术语,行政诉讼法学没有必要再重蹈民事、刑事诉讼学者足迹作一大面积历史性的搜索,进行一域外式的考古。眼前需要的是,在“他山之石”中选择自己认为最合适的用词及其内涵,^①为本书有关分配的主题做一铺垫。

证明责任一词,首先出现在罗马法中,拉丁文为“Onus Probandi”。在德语中写为“Beweislast”;在英语中写为“Burden of proof”。德语中的“Beweislast”是个复合词,其中的“Beweis”意指证

① 在比较法研究中,有一种为德国比较法学家 K. 茨威格特和 H. 克茨大力倡导的“功能分析法”:作为出发点的问题在比较法研究上都必须从纯粹功能的角度出发,它在表述时应不受本国法律制度体系上的各种概念拘束。这一命题的经验基础是“每个社会的法律在实质上都面临同样的问题,但是各种不同的法律制度以极不相同的方法解决这些问题,虽然最终结果是相同的。”[德]茨威格特、克茨著:《比较法总论》,潘汉典、米健等译,法律出版社 2003 年版,第 46~47 页。日本的大木雅夫更直接地把它表达为“在本国法律秩序中有通过这种法律制度处理的某种法律需求,而外国法是通过什么方式满足这一需求的。”[日]大木雅夫著:《比较法》,范愉译,法律出版社 1999 年版,第 88 页。

明;“Last”意指“责任”、“负担”等含义。“Burden of proof”中的“Burden”相当于中文中的“负担”、“责任”;“Proof”相当于中文中的“证明”。日本学者过去通常将德文“Beweislast”理解为提供证据责任,并用心良苦地译为“举证责任”或“立证责任”,因为“举证”或“立证”在日文字面上有提供证据的意思。20世纪70年代中期以后,日本学界已对“Beweislast”的本质含义在于“Feststellungslast”达成共识,几乎不再使用“举证责任”或“立证责任”来表述“Beweislast”。当今日本的中青年学者通常将“举证责任”的两层含义表述为证明责任和提供证据责任;年长一些的学者在表述上不一定区别,但在思想上谁都清楚“举证责任”或“立证责任”具体的含义。^①目前,日本的通说主张,当某一事实真伪不明时,通过假定(拟制)该事实存在或不存在来作出裁判,进而使一方当事人遭受的危险或不利益,就是证明责任。松本博之教授认为,正是“证明责任”这一术语的表达方式容易使人联想到这一概念与当事人之间的关系,而证明责任作为真伪之解决裁判问题之首要本质往往被忽视。但是,高桥宏志教授主张,证明责任之术语作为约定俗成的结果既已存在,而且也没有发现用来代替比证明责任更合适的术语,因而仍然采用证明责任的提法。^②

德国法上“证明责任”一词在19世纪末经日本传入我国,常被译为“举证责任”。英美法中的“Burden of proof”在我国以往通常也译为“举证责任”,但近年来越来越多的学者倾向于译它为“证明责任”。^③为了避免学术概念上过多的游戏,本文采纳“证明责任”一

① 陈刚著:《证明责任法研究》,中国人民大学出版社2000年版,第31页、第50~50页。著名学者盐野宏先生在其所著的《行政法》中即以“立证责任”为标题阐述行政诉讼证明责任分配的问题,参见[日]盐野宏著:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第356~361页。

② [日]高桥宏志著:《民事诉讼法——制度与理论的深层分析》,林剑峰译,法律出版社2003年版,第420页以下。

③ 也有学者将它译为“举证负担”或“证明负担”。

词,并试图用“证明责任”概念取代制定法上的“举证责任”概念。^①因为,从一般生活经验上说,举证责任一词容易被人误解为仅指提出证据的责任。相反,证明责任一词容易包容提出主张、提供证据并说服法官、承担败诉风险等几层含义。当然这并不一定是最好的选择,正像德国著名的证明责任专家普维庭所言:“没有哪一门学科可以缺少作为其研究对象的确切概念及其界定,这个规律在证明责任领域尤其适用。就连选择‘证明责任’这一术语本身都是不幸的,因为它最容易引起混淆,对此已形成了共识。”^②尽管这样,笔者仍然认为,就所讨论的主题而言,证明责任一词显然比举证责任一词更有可接受性。

二、证明责任的内涵选择

大陆法系现代意义的证明责任理论始于19世纪末叶。该时期的德国学者Julius Glaser,在1883年出版的论文集《刑事诉讼导论》中,首次将证明责任的内涵从被认为是应提出证据的当事人责任的主观意义,进一步区分出在诉讼中事实存否不确定时当事人存在危险负担之责任的客观意义。现今大陆法系的学者普遍认为,德国

① 在行政法学界,高家伟教授认为,举证责任与证明责任是两个不同且并列的概念,两者都是证明行政案件事实的责任,具有相同的证明对象和证明标准。但两者性质不同、客体不同、承担不同、证明标准的法律作用和属性不同。参见高家伟著:《行政诉讼证据的理论与实践》,工商出版社1998年版,第62页以下。目前使用“证明责任”术语的学者越来越多,影响力也越来越大,典型的如学者陈刚的博士论文题目即为“证明责任法研究”。参见陈刚著:《证明责任法研究》,中国人民大学出版社2000年版;李浩教授于1993年由中國政法大學出版社出版的專著《民事舉證責任研究》在2003年修訂版時已改名為《民事證明責任研究》(中國政法大學出版社2003年版);江偉教授主持的“中國證據法草案(建議稿)”用的也是證明責任一詞,參見江偉主編:《中國證據法草案(建議稿)及立法理由書》,中國人民大學出版社2004年版。

② [德]漢斯·普維庭著:《現代證明責任問題》,吳越譯,法律出版社2000年版,第9頁。

“Beweislast”一词有双重含义:一指当事人在具体的诉讼过程中,为了避免承担败诉的危险而向法院提供证据的必要性。德语写为“Beweisführungslast”。二指在口头辩论结束之后,当事人因主要事实没有得到证明,法院不认可发生以该事实为要件的法律效力而承担的诉讼上的不利。德语写为“Feststellungslast”。借鉴日本学者的翻译,我国学者一般把前者译为主观(的)证明责任(举证责任)、形式上的证明责任(举证责任);将后者称为客观(的)证明责任(举证责任)、实质上的证明责任(举证责任)。

英美证据法学者和法官对证明责任的内涵在历史上进行过长期争论,可谓众说纷纭。德国法上的“Beweislast”在英美法上基本对应的词汇是“Burden of Proof”。《牛津现代法律用语词典》界定“Burden of Proof”有两层含义:一层含义毫无疑问是指“无法说服的风险”、“说服责任”或“说服负担”。承担此种责任的一方必须说服事实审理者(fact-finder,时常指陪审团)朝着有利于他的方向认定事实。现今的证明责任(burden of proof)通常指这个意思。另一层含义毫无疑问是指“提出证据的责任”、“推进的责任”、“提供证据的负担”、“举证责任”。承担此种责任的一方必须提供充分的证据以便让争议进入诉讼。^①《布莱克法律词典》也持相同的观念,即“举证责任这一术语包含了两种不同的含义:首先是说服责任,传统观念认为,这种责任在诉讼中的任何阶段不可能从一方当事人转移到另一方当事人;其次是证据提出的责任,它是在审理过程中在双方当事人

^① “The first concept is known more particularly and unambiguously as the risk of non-persuasion, the burden of persuasion, and the persuasion burden. A party meets this burden by convincing the fact-finder to view the facts in a way that favors that party. Today the phrase burden of proof most often bears this meaning; The second concept is known more particularly and unambiguously as the duty of producing evidence, the burden of going forward with evidence, the production burden, or the burden of evidence. A party meets this burden by introducing enough evidence to have a given issue considered in the case.” [美] Bryan A. Garner 主编:《牛津现代法律用语词典》第2版影印本,法律出版社2002年版,第121页。