

# 中国司法审查 若干前沿问题

杨临萍 / 著

中國  
司法

人民法院出版社

# 中国司法审查若干前沿问题

杨临萍 著

人民法院出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

中国司法审查若干前沿问题/杨临萍著. - 北京: 人民法院出版社, 2006.3

ISBN 7-80217-225-X

I. 中… II. 杨… III. 行政诉讼-审判-研究-中国 IV. D925.318.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 013627 号

## 中国司法审查若干前沿问题

杨临萍 著

---

责任编辑 胡玉莹  
出版发行 人民法院出版社  
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)  
电 话 (010) 85250565 (责任编辑) 85250516 (出版部)  
85250558 85250559 (发行部)  
网 址 www.courtpress.com  
E-mail courtpress@sohu.com  
印 刷 保定市印刷厂  
经 销 新华书店

---

开 本 890×1240 毫米 A5  
字 数 360 千字  
印 张 13.375  
版 次 2006 年 3 月第 1 版 2006 年 3 月第 1 次印刷  
书 号 ISBN 7-80217-225-X  
定 价 26.00 元

---

版权所有 侵权必究

# 目 录

|                                   |        |
|-----------------------------------|--------|
| <b>第一篇 宪政与司法审查</b> .....          | ( 1 )  |
| 中国司法审查需关注的五个问题.....               | ( 1 )  |
| 人民法院审判工作中的若干宪法问题.....             | ( 10 ) |
| 第四次宪法修正案与司法审查.....                | ( 22 ) |
| 法院改革的宪法思考.....                    | ( 40 ) |
| 法官的宪法理念.....                      | ( 45 ) |
| 95' 中国立法法焦点综述.....                | ( 50 ) |
| 司法审查对行政许可法与《实施纲要》实施的<br>宪政职责..... | ( 53 ) |
| 论立法监督机制.....                      | ( 80 ) |
| 论如何理解“抵触”.....                    | ( 88 ) |
| 论行政审判在依法治国中的地位和作用.....            | ( 93 ) |
| 法律规范的冲突规范.....                    | ( 99 ) |
| <b>第二篇 行政许可法与司法审查</b> .....       | (108)  |
| 行政许可与司法审查十大焦点.....                | (108)  |
| 行政许可司法审查的范围.....                  | (127)  |
| 行政许可设定权合法性的司法识别.....              | (144)  |
| 行政许可合格的当事人.....                   | (159)  |
| 行政许可法中的履行法定职责.....                | (179)  |

**第三篇 WTO 与司法审查** ..... (198)

- 中国法院对涉及世贸组织规则的国际贸易行政  
案件的司法审查..... (198)
- 关于参加商务部进出口公平贸易局《反倾销复  
审工作研讨会》的报告提纲..... (203)
- 中国人世一周年,法治成绩斐然,司法审查备  
受关注..... (206)

**第四篇 司法批复与答复的诠释**..... (216)

- 关于确定行政机关工作人员行使行政职权致人  
伤亡构成犯罪的赔偿诉讼程序的法理思考..... (216)

**【法释〔2002〕28号】**

- 最高人民法院关于行政机关工作人员执行职务致  
人伤亡构成犯罪的赔偿诉讼程序问题的批复..... (223)
- 批复的背景材料..... (224)
- 关于《重庆市林业行政处罚条例》第二十二条第  
一款第(一)项的规定与上位法是否相一致的  
问题  
——对(2001)行他字第7号答复的理解和适用..... (226)
- 对《关于秦大树不服重庆市涪陵区林业局行政  
处罚争议再审一案如何适用法律的请示》  
的答复  
(2001)行他字第7号..... (236)
- 答复的背景材料..... (237)
- 人防部门将人防地下设施作为商场出租是否  
缴纳土地出让金..... (241)
- 关于出租人民防空地下设施,土地管理部门  
应否收取土地出让金的答复  
(1996)法行字第21号 ..... (245)

|                                                     |       |
|-----------------------------------------------------|-------|
| <b>第五篇 司法审查疑难问题探讨</b> .....                         | (246) |
| 《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》对适格被告五种情形的司法本意的解释.....   | (246) |
| 《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》对委托代理人司法本意的解释.....       | (256) |
| 最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》对举证责任分配和举证期限九种情形司法本意的解释..... | (262) |
| 重新审视我国行政再审制度之建构.....                                | (274) |
| 《行政诉讼法中的数字语言》前言.....                                | (289) |
| 药品管理法的修改与适用.....                                    | (292) |
| 无偿收回土地使用权对土地上的建筑物应如何处理.....                         | (324) |
| 本案应否适用《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》.....                     | (329) |
| <b>第六篇 行政赔偿问题研究</b> .....                           | (332) |
| 国家赔偿范围探讨.....                                       | (332) |
| 行政损害赔偿程序.....                                       | (347) |
| 行政损害赔偿的效力及其他.....                                   | (411) |

# 第一篇 宪政与司法审查

## 中国司法审查需关注的五个问题

**一、中国法院没有违宪审查权，但中国法院的法官有选择适用法律的权力，以确保司法审查中法制的统一实施**

第一，依据宪法和立法法的规定，中国法院的法官有选择适用法律的权力，法官在法律审中依据法律适用的规则，有权不适用与宪法和上位法相抵触的法律规范。按照宪法及立法法的规定，中央和地方不同立法主体制定的法律规范，其效力范围和效力等级是不同的。全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规，其效力及于全国，法律的效力高于行政法规；而地方性法规和规章，只在制定机关所管辖的行政区域内有效，其效力等级低于法律和行政法规。与此相应，在适用规则上，与法律或者行政法规相抵触的地方性法规或规章无效，不得适用。按照宪法和依据宪法制定的《中华人民共和国缔结条约程序法》的规定，重要的国际协定要由全国人大常委会批准。WTO 协定是由全国人大常委会批准的重要国际协定，其效力等级与法律相当，虽然不能作为中国国内法直接适用，但中国政府已经承诺，将通过修改现行国内法和制定完全符合 WTO 协定的新法，以有效和统一的方式实施 WTO 协定。以确保法律规范在中国全部关税领

土内统一适用。

第二，依据立法法及行政诉讼法的规定，中国法院在选择适用法律规范的过程中，认为下位法与上位法相抵触以及同位法之间不一致，可以由最高人民法院送请有权机关作出解释或者裁决。有权机关依据宪法及有关法律的规定通过对违反宪法和法律规定的法规、规章的改变或者撤销机制，用以保证法制的统一实施。

第三，按照宪法以及立法法的规定，最高人民法院享有三大权力：向全国人大及其常委会提出法律案的权力，向全国人大常委会提出法律解释的要求，认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的，可以向全国人大常委会书面提出进行审查的要求。最高法院负有的三大职权职责，从宪政制度上设定启动法律制定、法律解释、法律撤销权和改变权的正当行使，确保法制的统一实施。

## 二、最高法院司法解释的宪政经纬和透明度

第一，根据《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》的规定，凡属于法院审判工作中具体适用法律、法令的问题，由最高法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体适用法律、法令的问题，由最高检察院进行解释。最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性分歧，报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定。需要注意的是最高法院的司法解释只能就审判工作中具体适用法律、法规的问题进行解释，而不能超越审判工作予以广泛的立法，这是由中国的宪政体制所决定，亦是最高法院司法解释的宪法坐标所决定。否则，将超越法定职权，甚至违宪。

第二，中国法院实行四级两审终审制，依据法律的规定，只有最高法院有权制定司法解释。法官在审判工作中具体适用法律的过程也是阐释法律、解释法律的过程，解释法律是法院固有的权力。为确保法制统一实施，只有最高法院在审判工作中对具体

应用法律、法规的问题可以做出司法解释。

第三，最高法院的司法解释属于审判工作中具体应用法律、法规问题的解释。该解释属于应用解释，不属于创制性解释，由此应当区别立法性解释和适用性解释问题，解释的性质涉及到审判实务中司法解释的溯及力问题。甚或司法审查中的司法解释，有可能触及合宪性的推理问题，对之应引起足够的重视。

第四，WTO 规则特别强调透明度问题，明确要求所有的法律、法规和政策等措施等规范性文件都必须公布；所有的法律、法规和政策等措施等规范性文件都必须统一公布；所有的法律、法规和政策等措施等规范性文件都必须提前公布（当然，涉及国家安全，涉及利率、汇率调整的，可以例外；拟或一项法规或者一项政策措施提前公布会阻碍其执行的，也可以不提前公布）；所有的法律、法规和政策等措施等规范性文件实施前，最迟在实施后 90 天，使其他 WTO 成员可获得这些法律、法规、规章和其他政策措施的一种或者多种 WTO 正式语文文本。

最高法院的司法解释属于法律规范的范畴，其规定司法解释的具体程序，自当充分体现正当程序和透明度原则。一般司法解释的程序需要历经立项、调研、草拟草稿、征询全国各地法院的意见、征求全国人大法工委、国务院法制办的意见、征求国务院相关部门的意见、有的甚至上网征求公民意见、最后提交最高法院审判委员会讨论定稿。最高法院审委会通过后，在最高法院公报或者人民法院报上予以全文刊登，统一公布，提前公布，有的召开新闻发布会向社会各界予以告知。同时，在最高法院网址上可以随时查询。以确保司法解释的正当程序和透明度。

第五，需要说明的是，最高法院的司法解释仅仅是法院在具体应用法律、法规方面的司法解释，不是立法行为，自有其司法解释的程序特点，应有所区别。但司法解释需要在英文文本方面进一步的规范化。

### 三、法律适用中的效力优先原则与适用优先原则

#### (一) 在法源位阶理论中，有效力优先原则与适用优先原则

效力优先原则是指高位阶法律规范的效力优于低位阶法律规范，低位阶法律规范抵触高位阶法律规范无效；适用优先原则是指适用法律机关适用法律规范时，应优先适用低位阶法律规范，不得逕行适用高位阶法律规范，除非缺乏适当的低位阶法律规范可资适用。因此，倘若系争法律问题已有相关低位阶法律规范加以规范，法官即应适用该法律规范，不可舍弃内容具体的低位阶法律规范，反而援引内容抽象的高位阶法律规范，否则即有违立法者负有宪法之委托将宪法规定具体化、细节化与实现化的合宪性任务。<sup>①</sup>

#### (二) 宪法是法院审判工作中的根本法律依据

宪法作为国家的根本大法，毋庸置疑，当属法院审判工作中的根本依据。法院适用的法律、法规、规章、法律解释必须符合宪法；对不符合宪法规定的法律、法规、规章、法律解释法院不得适用；对没有具体法律可以适用的，法院应直接适用宪法。因为，法院无权适用与宪法相抵触的法律、法规、规章和司法解释。但法院有适用法律的选择判断权，法院适用法律的过程也是法院阐释法律的过程，阐明法律的意义是法院的职权，这是司法权的固有权力，也是世界各国通行的作法。

### 四、条约的适用以及外国法院裁决的执行问题

#### (一) 条约的适用涉及国际法与国内法的关系问题

在西方学术界主要有三种理论：国内法优先说，国际法优先

---

<sup>①</sup> 翁岳生编：《行政法》，中国法制出版社2002年7月版，第167页。

说,国际法与国内法平行说。前两种学说被统称为一元论,第三种学说被称为二元论。一元论完全否定了国际法与国内法对立的一面,而二元论则忽略了两者的统一的一面。中国认为:国际法与国内法是两种不同的法律体系,但它们彼此之间有着密切的联系。从国际法角度分析,如果国际法只有原则规定,就往往要求国内法有具体规定;国内法的规定不能改变国际法现有的原则、规则和制度,国际法也不能任意干涉国家在其主权范围内制定的国内法。从国内法角度分析,为了在国内实施国际法,国际法可被视为国内法的一部分,或者在国内法上做出明确规定。

## (二) 国际法在国内的适用方式

根据世界各国的做法,可以分为转化适用和并入适用。中国在适用国际法的问题上没有明确的法律统一规定,实践中条约的适用有两种方式:一为直接适用。如:法律规定关于某一事项的国内法与中国缔结或参加的国际条约有不同规定,适用该国际条约的规定,但中国声明保留的条款除外。二为转化适用。条约转化适用的原因主要是条约的原则性规定需要通过国内法予以具体化;条约要求缔约国根据本国情况制定国内法去适应条约的规定;国内法规定条约须经转化为国内法才能在国内适用。

## (三) WTO 法律给我国的法律适用带来了前所未有的问题

我国宪法对条约的实施没有统一规定,宪法和条约缔结程序法的规定多限于条约类型和缔结程序等内容,对条约在国内的法律属性、具体适用以及位阶秩序等未作规定。根据《中国加入工作组报告书》第 67 条规定,WTO 规则不能在我国直接适用,法院只能依据我国的宪法、法律、法规、规章进行裁判;当法院在适用法律中有两种以上的选择时,应当根据同一解释原则,选择与 WTO 规则相一致的解释。这也是国际惯例。

#### (四) WTO 规则在我国的法律适用的问题

我国承诺只就 WTO 规则进行转化适用(转化为国内法后再适用),也就意味着 WTO 法律不再是国内法的组成部分,其只能约束国家(如立法机关)和产生国家责任,故法院只能适用我国的宪法和法律规范。但是,如果因国内没有相应的立法而 WTO 法律有相应的规定,而需要直接适用 WTO 法律的有关规定,此时, WTO 法律的相应规定就具有直接适用的国内法意义,但其位阶秩序应当低于宪法。

#### (五) 根据中国的承诺,中国适用 WTO 规则实行转化适用方式

该规定与中国行政诉讼法的规定并不矛盾。不能仅仅以行政诉讼法的规定就意味着中国直接适用国际条约,应当根据国际条约的具体情况决定其适用方式。这也是国际惯例。

#### (六) 关于外国法院裁决的执行问题

根据国际法原则实行对等原则,正如中国行政诉讼法规定的:外国法院对中华人民共和国公民、组织的行政诉讼权利加以限制的,人民法院对该国公民、组织的行政诉讼权利,实行对等原则。同时,也应考虑中华人民共和国与该国签订的司法协助条约。例如:《中华人民共和国和阿根廷共和国关于民事和商事司法协助条约》第 4 条规定:“司法协助包括下列内容:(一)转递和送达司法文书;(二)调查取证,包括调取物证,获取当事人陈述和证人证言,调取书证和相关资料,进行鉴定或者司法勘验,或者履行与调查取证有关的其他司法行为;承认与执行法院裁决;交换法律资料;不违背被请求方法律的其他形式的协助。”因此,外国法院的裁决是否执行应视条约和国际法的原则而定,而不能泛泛一概而论。

## 五、即将实施的行政许可法中的宪法层面的问题

### （一）信赖保护原则的确立

信赖保护原则是二战后首先在联邦德国发展起来的一项重要行政法原则。其基本内涵为，行政管理相对人对国家行政权力的正当合理信赖应当予以保护，行政机关不得擅自改变已生效的行政行为，确需改变行政行为并由此给相对人造成的损失应当给予补偿。其法理基础是基于公众对国家权力的信任，信任利益应予保护，目的在于法的安定性。该原则经宪法法院的不断引用，逐步成为宪法层次的法则。

我国行政许可法第8条明确规定：“公民、法人或者其他组织依法取得的行政许可受法律保护，行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可。行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止，或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的，为了公共利益的需要，行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失，行政机关应当依法给予补偿。”该条的规定标志着信赖保护原则在我国法律中得到了确认，有利于构筑诚信政府，树立法律的信仰。

我国法律首次对信赖保护原则的确认，意味着司法审查对授益性行政行为的审查，将更多遵循社会公益和个人权益之间的利益衡量，妥当性原则，比例原则，正当程序原则，特别是由此带来的行政补偿的标准、程序等问题。这些问题亦将成为行政诉讼法和国家赔偿法修改的重要内容之一。以充分体现现代社会法治的人文关怀。

### （二）国务院决定的行政许可设定权

根据行政许可法的规定，法律，行政法规，国务院的决定，地方性法规，省、自治区、直辖市人民政府规章，在行政许可法

规定的权限范围内可以设定行政许可；其他规范性文件一律无权设定行政许可。

虽然国务院决定的法律位阶在立法法中没有规定，但国务院发布决定的权力来源于宪法第 89 条的规定。关于国务院决定的行政许可设定权，在立法过程中曾有争议。一种意见认为，行政许可涉及公民、法人和其他组织的权利，设定行政许可只能由法律、法规进行，国务院决定在立法法中未作规定，不应设定行政许可。另一种意见认为，赋予国务院决定以一定的行政许可设定权是必要的。尽管国务院决定在立法法中未作规定形式，但国务院发布决定的权力来源于宪法第 89 条的规定；针对一些临时性、紧急的和尚未制定法律、行政法规的事项，国务院还需要以行政许可方式进行管理；根据世贸组织规则，国外采取临时性许可措施时，我国可以采取相应措施；针对有些比较敏感的问题，制定法律、行政法规条件还不成熟，需要国务院决定设定行政许可进行管理；目前国务院决定已经设定了行政许可，其中有些在国务院行政审批改革中也认为需要保留的；在新旧体制转轨过程中，有些试点、试验的事项，也需要采取行政许可的方式实施管理；行政许可法取消了部委规章的设定权，保留国务院决定的形式实为必须等。基于前述理由，行政许可法明确赋予国务院可以采用发布决定的方式设定行政许可。

考虑到国务院决定毕竟不是行政法规，因此，行政许可法规定了相应的条件：一为“必要时”；二为情势变更，条件成熟时，国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律加以设定，或者自行制定行政法规加以设定。

### （三）抽象行政行为的法律责任

行政许可法的一大突破就是规定了抽象行政行为的法律责任问题。行政复议法第 7 条规定了公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为所依据的抽象行政行为不合法，可以一并向复议机关提出对该规定的审查申请，但对之是否承担相应的

法律责任没有明确规定。行政许可法则明确规定了违反该法第14条、第15条、第17条所规定的法制统一原则及各类法律规范的权限范围的法律责任，即由有关机关责令设定该行政许可的机关改正。该规定应当认为是对抽象行政行为不当责任的追究。

依据宪法、立法法、地方各级人大和地方各级人民政府组织法、法规规章备案条例的规定，有关机关责令设定该行政许可的机关改正的情形主要是：国务院部门、地方各级人民政府制定的规范性文件设定行政许可，国务院有权责令其改正或者予以撤销；县级以上各级人民政府制定的规范性文件设定行政许可的，县级以上各级人大常委会以及上级政府有权责令其改正或者撤销；乡级人民政府制定的规范性文件设定行政许可的，乡级人大以及上级政府有权责令其改正或者撤销；地方各级人民政府所属各工作部门制定的规范性文件设定行政许可的，地方各级政府及其上级主管部门有权责令其改正或者撤销；各种临时机构制定的规范性文件设定行政许可的，设定临时机构的机关有权责令其改正或者撤销；行政机关的内设机构制定的规范性文件设定行政许可的，该行政机关有权责令其改正或者撤销。

根据行政许可法的规定，人民法院在行政许可案件的司法审查中，对法律规范性文件的合法性判断的深度和广度将会进一步深入。

## 人民法院审判工作中的若干 宪法问题

随着经济全球化的发展，世界各国愈来愈强调法律和司法的重要性。如果没有共同的游戏规则和对司法公正的信任，是不可能建立持久性的国际合作的。尽管各国的历史传统、社会结构、思维方式和本土文化不一样，但通过共同努力实现依法治国的趋势却是共同的。依法治国，建设法治国家必须保证立法和法制对执政的约束力，建立有限权力政府和责任政府，增强公民的司法保障以及独立的能动的司法。

对我国而言，依法治国，建设社会主义法治国家，首先是依宪治国，建设社会主义宪政国家。正如江泽民同志 1999 年 1 月 30 日在中共中央召开的征求党外人士对修改宪法部分内容的意见的座谈会上提出：我们讲依法治国，建设社会主义法治国家，首先要依据宪法治理国家，建设国家。改革开放以来，我国经济建设和各项事业的发展，都离不开宪法的保证和推动。我国社会主义民主法制建设取得的重大进展和成就，也无不闪耀着宪法精神的光辉。我们要在全社会进一步树立宪法的权威，建立健全保障宪法实施的强有力的监督机制。最重要的是依法规范和制约国家机关的权力，确保国家权力严格按照宪法的规定去行使。一切国家机关及其工作人员，都必须依照宪法和法律的规定进行活动，都不能滥用权力。一定要十分明确，任何国家机关、组织和个人，都没有超越宪法和法律的特权。违宪是最严重的违法。一

切违反宪法和法律的行为，都必须予以追究。在这方面，我们要采取更加有力的措施，加强宪法实施的有效保障，包括健全宪法实施的具体制度。最高人民法院院长肖扬在《增强宪法意识，维护宪法权威》一文中明确指出：“保证宪法实施将是我们一直会面临的严峻任务。”

目前，人民法院的五年改革纲要基本上是关于法院内部的改革问题，诸如立审分离、审执分离、审监分离；实行审判长制；制定证据规则；改革裁判文书；规范庭审程序；实行法官职业化等。随着法院五年改革纲要的逐步完成，人民法院的下一步改革将不得不更多地关涉与之相关的外部改革问题，其中人民法院的宪政地位以及审判工作中的若干宪法问题将会日益凸现，法院改革的若干问题亦将最终在宪法中得到回应，而保证宪法实施将是人民法院面临的最严峻的任务。

### 一、法院宪政地位的实况与宪法规定的距离

在当代，有两种典型的政治体制，一种是三权分立的政治体制，一种是人民代表大会的政治体制。在三权分立的政治体制下，司法独立于立法和行政，并且对立法和行政起制衡作用；在人民代表大会的政治体制下，行政和司法都由人民代表大会产生，司法独立于行政。根据我国宪法规定，中国在政治体制上实行中国共产党领导的人民代表大会制度下的三权分工。马克思主义经典作家虽不赞同三权分立制度，但是却赞成国家权力的分工，主张司法独立。根据宪法规定，人民法院与国家权力机关之间的关系不是制衡关系，不是领导与被领导的关系，而是立法与执法、监督与被监督的关系；人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉，人民法院独立于行政机关。作为根本大法的宪法对人民法院的宪政地位作出了明确规定，问题是在具体实践中是否出现与宪法规定以及立宪者本意不一致的情形。

第一，宪法第128条规定：“最高人民法院对全国人民代表