

卢法知行集



LUFAZHIXINGJI

| 上海市卢湾区人民法院 编 |

卢法知行集

LUFAZHIXINGJI

| 上海市卢湾区人民法院 编 |



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

卢法知行集 / 上海市卢湾区人民法院编. —北京:
法律出版社, 2010. 2

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0330 - 6

I. ①卢… II. ①上… III. ①司法—工作—中国—文集
IV. ①D926 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 009368 号

卢法知行集

上海市卢湾区人民法院 编

责任编辑 郑 导
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 12.75 字数 359 千

版本 2010 年 2 月第 1 版

印次 2010 年 2 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

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 张宇东

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

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0330 - 6

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)

《卢法知行集》编委会

主 编 王秋良

编委会主任 王秋良

编委会副主任 金文强 郭延风 任湧飞 尹学新
戈正方 张 颖

编委会委员(按姓氏笔画排列)

方希伟 李仲华 闵 灏 沈 洁

项新雷 顾文凯 陶乃才 黄利民

傅朱钢

编 辑 杨 颖

执行编辑 方 遯 金卫兵 刘金妨

序 言

新时代的人民法官,不仅是社会主义司法理念的实践者,也应是不不断总结司法经验、探求司法规律的思考者。随着我国法治进程的不断推进,人民群众的司法需求日益增长,对司法公正的期待日益增强,对人民法官的司法能力要求更高。司法能力的提高不是一朝一夕之事,而需要实践锻炼以及来自于实践的理性思考。人民法官不仅要依法裁判彰显司法的公平正义,还要善于提炼和总结,以深刻的思考促进司法理念的日臻完善,推进司法改革的不断深入,实现维护公平正义的内心自觉。调查研究既是审判过程的理性延伸,也是审判经验的提炼与升华,是法院司法能力的重要内容和应有之义。令人欣喜的是,上海有越来越多的法院、越来越多的法官认识到调查研究对审判工作乃至法院长远发展和法官自身发展的重要性,并积极付诸实际行动,注重调研、积极调研、深入调研的调研氛围日趋浓厚。

卢湾区法院的法官们既关注司法过程中的热点、难点问题,努力提炼审判经验,完成了一篇篇颇具实践价值的论文;又关注司法改革的进程,积极破解“瓶颈”问题,完成了一篇篇深具理论意义的课题。点点滴滴的努力换来了一份份沉甸甸的奖励和荣誉。因此,将这些研究成果汇编成册、刊印出版,既是对过去的总结与回顾,更是对未来的鼓励与鞭策,意义非同寻常。

本书收录了1999年至2008年十年间卢湾区法院在全国和上海法院论文竞赛中的获奖佳作以及在上海法院的年度优秀调研课题,包括刑事审判类、民商事审判类、行政审判类、诉讼程序类及综合类。既有前瞻性的思考,又有深层次的分析;既有对法律规范的宏观解读,又有对审判实践的细致阐述。见微知著,我们真切地感受到法官们敏于观

察、勤于思考、善于总结、精于钻研、勇于创新的难能可贵的品质。他们用真实而丰富的实践体验,表达了对法律的热爱和对正义的追求,也为我们追寻和把握我国司法改革循序渐进的轨迹和上海法院的发展历程,打开了一扇生动的司法之窗。

法官是特殊的法律职业群体,肩负着依法裁判、定分止争的天职。他们对法律的思考与求索,更多地立足于司法审判实践,更多地体现法律效果与社会效果的统一。在法治日趋完善的今天,越来越多的社会公众期待了解法官的所思所想。相信此书的出版,将有助于进一步实现法院与社会公众之间的真诚对话和良性互动。希冀卢湾区法院的调研之风能激发更多的法官以更高的热情创造出更优秀的智力成果,也期待卢湾区法院能不断推出更多体现法官专业素养、展示司法实务研究成果的系列丛书,为上海法院司法水平的整体提升作出更多更大的贡献。

是为序。



2009年12月

目 录

论 文

- 城市建设规划许可类行政诉讼的困境与出路
..... 田肖红 尹学新 (3)
- 加入 WTO 后我国外贸代理法律制度亟需重新整合 ... 尹学新 (16)
- 试论民事审判中庭前证据交换规则 罗 斌 (27)
- 我国独任制审判运行机制的瑕疵与改革 朱嘉斌 尹学新 (41)
- 对完善我国探望权制度的法律思考
——从法定和约定两个方面探讨探望权制度的完善
..... 李 丽 (53)
- 精神病人婚姻法律效力探讨
——兼评《中华人民共和国婚姻法》第 10 条第 3 款
..... 蒲代文 汪瑾莲 (64)
- 关于完善我国劳动合同终止和解除制度的法律构想
..... 周 量 (76)
- 房屋拆迁中有关同住人法律地位问题的探讨 巢 炯 (91)
- 现代司法理念与法官独立制度 隋海君 (100)
- 论民事诉讼中司法救助制度的完善 李 丽 (113)
- 无罪推定的司法理念在我国的具体应用
——从证据视角探索 孙 军 朱嘉斌 (127)
- 医疗纠纷案件所涉利益冲突之解决初探
——从利益衡量理论角度进行分析 黄国华 (141)
- 法律推理中的证据认定问题 李 丽 (156)

明确职能分工 完善制度设计

- 对优化人民陪审员职能履行的相关思考 …… 尹学新 (170)
- 在司法过程中协调规则之治与纠纷解决
- 兼论法官能动性的正确发挥 …… 黄国华 (184)
- 我国药品不良反应的前瞻性司法救济问题初探 …… 杨 韡 (198)
- 行政公益诉讼审理空间探析
- 以我国现行法律制度与行政审判实践为视角
…… 姚佐莲 (211)
- 以“政策为指导”在人民法院审判工作中的理论与实践
- …… 朱嘉斌 (224)
- 用人单位的后合同义务及责任承担 …… 方 遛 (256)
- 机动车转让未通知情形下保险公司免责的反思
- 以“三责险”与“交强险”的差异为视角 …… 方 遛 (269)
- 完善信访制度 共筑和谐司法
- 从信访与司法异同和互补的角度 …… 黄利民 于媛媛 (281)
- 刑法解释的基本立场
- 对实用主义法律解释观论证 …… 许 浩 (288)

课 题

- 高度盖然性证明标准理论及其在民事审判实践中的
具体应用 …… 本院课题组 (313)
- 公有非居住房屋租赁权在破产程序中的法律问题
…… 本院课题组 (337)
- 扒窃案件中共犯的证据认定问题 …… 本院课题组 (350)
- 对无独立请求权第三人类型细化及权利保护的探讨
…… 本院课题组 (361)
- 法官的业外监督 …… 本院课题组 (377)

论 文

2012年10月10日 10:10:10

城市建设规划许可类行政诉讼的 困境与出路*

田肖红 尹学新

由城市建设规划许可引发的行政诉讼,主要表现为两种:一是行政行为相对人认为城市建设规划许可部门应当颁发规划许可证而未颁发的不作为行政诉讼;二是有关利害关系人认为规划许可行政行为影响了自己的有关权利而提起的行政诉讼。在行政审判实践中,后一类规划许可行政案件是行政审判的一大难点。因为这种诉讼的提起往往是在有关权利人的实体权益已经受到损害,即规划许可行为已经开始实施甚至已经实施完毕的情况下才诉至法院,这样就给法院的行政审判带来了难题。如何走出这个行政审判的困境,是摆在法院面前一个亟待解决的重大课题。本文拟围绕这个问题进行相关的探讨。

一、城市建设规划许可类行政诉讼的困境及其成因分析

(一)城市建设规划许可类行政诉讼的两难困境

在涉及城市建设规划许可的行政诉讼中,当事人对规划许可行政行为提起诉讼的情况主要有两种:一种是其诉讼请求直接针对规划许可行为;另一种是在基于不服拆迁许可等行政诉讼中,向前追溯要求法院审查建设用地规划许可的合法性。这也就表明,当事人起诉至法院的时间往往是在规划许可行为已经开始实施甚至已经实施完毕之后,即相关的工程已经开工建设甚至早已完工,或相关的房屋已被拆迁。

* 本文获 2000 年上海法院系统学术讨论会二等奖。

这样,面对已经竣工的建筑物,甚至作为商品房已经出售殆尽,早有居民入住其中的情况,法院在审判实践中就难免会陷入进退维谷的两难境地:如果严格依照法律规定,法院应当对那些有瑕疵或违法的规划许可行为,毫无疑问地作出撤销判决。但如果按照“三个效果”(即政治效果、法律效果和社会效果)统一的办案指导思想,法院又难以作出这样的判决。因为从表面上看,撤销的仅仅是这一个违法的行政许可行为,维护了有关利害关系人的合法权益。但由此便会引发一系列的问题,诸如拆除建筑物不但会给国家带来巨大的直接经济损失,而且还会产生因建筑物拆除而否定其一系列后续行为所带来的间接影响等,其后果可谓不堪设想。这种结果是审判实践中唯法律至上的体现,与“三个效果”相统一的办案指导思想有相悖之处。但反过来,如果法院过多囿于办案社会效果的考虑,则只能作出违心而无奈的维持判决,这样的判决,使司法公正大打折扣,同时也使民可告官的行政诉讼失去了其应有的意义。

审判实践中,这种无奈的违心判决并不在少数。一方面是国家利益和公共利益,另一方面是人民群众的切身利益,所以法院判决维持难,判决撤销也难,这也是法院在该类案件审判中面临的两难。尽管《〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《解释》)中增加了确认判决,在一定程度上缓解了法院对这类案件审判为难的局面,但仍未彻底解决这一问题。因为根据《解释》第58条的规定,法院可以对这类违法但不宜判决撤销的行政行为作出确认其违法的判决,并可责令被诉行政机关采取相应补救措施,造成损害的,依法判决承担赔偿责任。但对造成损害的情况下进行行政赔偿的审理仍是一难。即该类赔偿的范围有多大,赔偿的标准是什么等均无统一的操作规则。况且,由规划许可所导致的行政赔偿又具有很强的技术性,如对相邻建筑光照时间影响的计算,对其通风影响的测定等等,据了解,对此类问题目前尚无专门的技术鉴定机构。另外,即便有了科学的鉴定,但如何将有关妨碍所造成的财产损失(如建筑物使用价值的降低等)量化为金钱的赔偿亦是实践中一个难以操作的棘手问题。可见,《解释》的出台同样未能使法院彻底摆脱这类案件审判难的困境。

这类案件,除了判决难以外,往往还存在着息讼难的问题。因为,法院一旦选择作出维持判决,那么有关当事人对维持判决的结果往往难以接受,认为这是官官相护、司法不公的表现,从而导致对我国法治本身的怀疑。由此不但严重影响了法院的公正形象,而且维持具体行政行为的判决也同样无益于维护政府的权威。有关当事人在寻求司法救济不能的情况下,自然还会转而寻求其他的解决途径,如这种群体性诉讼极易引发群体性上访,从而给社会带来不稳定因素。此类案件的审理困境,可以说是法院在贯彻“三个效果”统一的办案指导思想过程中难以回避的一个问题。

(二)造成两难困境的成因分析

如果仅从表面上看,法院之所以会面临两难困境,难以给有关权利人提供有效的司法救济,缘由似乎只有一个,那就是有关当事人提起诉讼的时间过于滞后,往往是在规划许可行政行为已既成事实的情况下才诉至法院,从而错失了良机。其实,起诉时间太晚只是表象,根本原因还在于我国解决行政争议的权利救济制度存在着一些有待完善的地方。具体表现为:

1. 我国有关政府行政还缺乏必要的公开,即有关具体行政程序的设置尚存不完善之处,导致相关权利人因无法事前知晓有关行政行为,从而也就无法在损害发生前及时提起行政诉讼。这也表明,我国《行政诉讼法》第2条:“公民、法人或者其他组织认为……具体行政行为侵犯其合法权益,有权……提起诉讼。”规定中的“认为”这一判断过程缺乏程序上的保障,只能事后作出判断。

2. 相关权利人即便知悉了也没办法采取行之有效的预防措施,来阻止损害结果的发生。这反映了我国缺乏对规划许可类行政争议进行有效的事前预防性救济的相关制度。目前我国的行政救济体系是以行政复议和行政诉讼为主要形式,并且是以事后救济为主,辅以暂时性的权利保护制度,即执行停止制度;而在行政救济方式的选择问题上,采取的是由当事人自由选择行政复议或行政诉讼为原则、以行政复议前置为补充的制度。实践证明,这种事后救济、两便选择的权利保护模式,虽然在一定程度上保护了公民的合法权益,与行政诉讼空白时期相

比,可以说是我国司法救济制度上的一大进步。但这种制度在对某些权利的保护方面尚不能发挥及时且有效的作用,而且还为我国的行政诉讼带来了一系列的难题。如上面提到的规划许可类行政案件审判的两难困境正是这一问题的集中反映。

首先,在我国现行的行政救济体系中,以执行停止为表现形式的暂时性权利保护制度在实践运行中难以发挥有效的作用,距离该制度设置的原本初衷相去甚远。有学者认为它已经可以充分保护有关权利人的权益,是比较完善的权利救济体系。因为在权利人提起行政复议或行政诉讼时,为了避免造成不可弥补的损害,行政机关或司法机关可以依有关当事人的申请或依职权决定停止行政行为的执行。其实,这种执行停止的暂时性权利保护制度在实践运行中的效果距离其制度设置的原本初衷相去甚远。具体表现为执行停止制度在行政复议中效用甚微,而在行政诉讼中所起的权利保护作用已是缓不救急。据了解,在行政复议中停止执行所涉具体行政行为的比例微乎其微。之所以会形成这种行政复议中执行停止制度形同虚设的状况,我们通过分析执行停止的适用规定便不难得出结论:由当事人申请停止执行无外乎有两种情况,要么是由行政复议的被申请人提出,要么是由申请人提出。一方面,作为行政复议被申请人的行政机关出于对自身权威的维护,一般情况下是极少会主动提出这样的申请的。相反,实践中行政机关往往还会通过对具体行政行为的执行来证明其合法有效,同时也欲利用既成事实来影响最终的复议结果。另一方面,行政复议申请人提出停止执行的申请,还要经由行政复议机关权衡利弊后才能决定是否停止执行,而作为复议机关,在对有关具体行政行为作出合法与否、适当与否的判断之前,是不会轻易作出停止执行的裁定的。这是由于停止执行具体行政行为的本身即是对其效力的怀疑甚至否定的体现,因此,一旦作出这种裁定,不但费时费力,而且往往还会使复议工作陷入尴尬境地:即经过复议,如果复议机关认为行政行为合法有效,作出维持的决定,这就难免会有自相矛盾之嫌。由此也就不难理解为何复议机关无论是对申请人提出的声请,还是自行裁定停止执行都采取被动的态度。而到了诉讼阶段,具体行政行为的停止执行往往是缓不救急,常常失去了必

要性和可能性。因为在实践中,行政行为一旦作出,往往在行政内部救济程序中就已经开始实施甚至已经执行完毕,这样行政诉讼中的执行停止之规定也就形同虚设了。况且,无论是在行政复议还是在行政诉讼中,对执行停止的运用都是慎而又慎的,因为一旦申请或决定停止不当,势必还会涉及有关责任的承担问题。正是由于上述两方面的原因,我国行政救济体系中的执行停止制度还无法真正发挥及时有效的权利救济作用。

其次,我国在行政争议的解决方式上所采取的两便救济模式也不利于进行及时有效的权利救济。实践表明,这种两便选择的权利救济模式,如果当事人一旦选择不当,如首先选择了行政复议,不但无法及时、有效地解决争议,而且还常常导致诉讼时机的延误。这是由于一方面如上所述,复议期间以不停止执行具体行政行为为原则、以甚少采用的停止执行为例外的制度无法有效阻止损害的发生;另一方面,行政复议的效果甚微,有关权利人往往在复议后仍要进行行政诉讼。据某中级人民法院的统计,该院受理的85件行政案件中有62件经过了行政复议,占总数的72.94%,复议机关维持了62件,维持率为100%,而经过行政诉讼,这62件案件被撤销或者部分撤销的有25件,占总数的40.32%。^{〔1〕}由此可见,行政复议对解决行政争议而言作用非常有限。

行政程序设置上的欠缺,使得相关权利人难以及时提起行政诉讼,导致最佳救济时机的丧失。暂时性权利救济制度难以发挥有效作用,而两便选择模式又容易延误诉讼时机。这些正是形成目前我国规划许可类行政审判困境的根本原因。

二、城市建设规划许可类行政诉讼的出路

根据上篇的分析,我们看到,造成城市建设规划许可类行政诉讼困境的原因主要在于行政程序设置上的欠缺和有效权利救济制度的不健全,即我国现有的行政诉讼立法体系中暂时性的权利保护制度不能真正有效地发挥作用,另一方面对预防性的权利保护规定有所欠缺。要

〔1〕 参见阳城、刘京柱：“对行政复议形同虚设问题的调查与分析”，载《行政与法》1997年第2期。

走出这一困境,我们就必须围绕上述两方面进行相关的改革和完善。对此,笔者认为,在完善有关行政程序的基础上,建立一种能够预防损害发生的行之有效的司法救济制度将是摆脱规划许可类行政审判困境的根本出路,对这种司法救济制度我们可称之为预防性行政诉讼。

(一)建立健全预防性行政诉讼制度的理论探索

1. 预防性行政诉讼制度的相关理论比较

所谓预防性行政诉讼,是指为预防难以弥补的损害发生,及时阻止某些违法行政行为的实现,有关当事人可以按照相关法律的规定,在该类具体行政行为实施或执行之前,直接向法院提起行政诉讼,以审查其合法性。

由于预防性的权利救济制度,对有些急需保护的权益实施救济尤显必要。为此,世界上许多国家都设有预防性的权利救济制度。如在英国,预防性的权利保护制度主要体现在司法审查中的禁止令。这是英国高等法院王座分院在越权行政行为作出前或执行过程中,通过发出禁止令来禁止行政机关作出这样的决定或禁止其继续执行越权的决定。除此之外,英国还有法定审查,即法院按照制定法所规定的时间和理由审查行政机关的行政行为是否合法。英国的法定审查主要适用于一些法律关系需要迅速确定,不能拖延的领域。如土地强制征购、城乡规划等。这种法定审查与司法审查的主要区别在于前者有着更严格的时间限制。如在土地征购方面,英国法律规定当事人只能在接到批准征收命令通知后的六周内申请救济。^{〔2〕}这种法定审查制度通过申请救济时间的限定,能够及早化解某些行政纷争,从而平衡公私两方面的利益,来实现预防性权利保护的目。

在大陆法系国家中,也有预防性行政诉讼制度的相关规定。如日本,关于预防性的权利保护是在其抗告诉讼中体现出来的。首先是其法定抗告诉讼中的“无效等确认之诉”,这种类型的诉讼主要适用于:(1)因该处分或裁决之后的其他处分而可能受损害的情形;(2)请求确认处分或裁决无效等而在法律上有利益的情形。前者如建筑物拆除决

〔2〕 参见王名阳著:《外国行政诉讼制度》,人民法院出版社1991年版,第326页。

定,尽管其可能无效,但对其可予强制执行是在预料之中、不可避免时,为防止后续行为的强制执行,对先行行为可以提起确认无效诉讼。从预防后续行为可能造成的损害这个角度而言,这种诉讼又被称为预防的确认无效诉讼。此外,基于事后救济对有可能造成难以恢复的重大损害的权利救济难以取得实效的问题,日本在法定抗告诉讼之外还承认无名抗告诉讼。无名抗告诉讼主要有以下两种:一是为了事前预防行政权力行使而可能造成的违法侵害,禁止行政厅侵害行为发生的“停止诉讼”或“宣告诉讼”;二是命令行政厅作出一定处分的“义务诉讼”。前者是禁止行政机关违法或不当的积极行为,后者是针对行政机关消极的不作为。^[3] 这种无名抗告诉讼是为了弥补事后审查对有些权利的救济难以奏效而存在的,作为法定抗告诉讼的例外和补充是必要的。

德国的行政诉讼对预防性权利保护规定得比较全面和完善。预防性权利保护主要有预防性不作为诉讼和预防性确认诉讼。预防性不作为诉讼同英国的禁止令、日本的停止诉讼作用相似,是指为了防止可能侵害当事人权益的行政行为的作出,当事人请求法院预防性地加以制止的诉讼。预防性确认诉讼是指当事人有特别的确认利益时,请求法院确认可能即将发生的法律关系的存在与否或在未来不得为某一行政行为的诉讼。

2. 我国建立预防性行政诉讼制度的理论思考

上述有关国家的预防性权利救济制度对解决我国目前行政审判中的一些难题颇有借鉴和参采价值。但是我国需要建立的这种预防性行政诉讼机制,还必须紧密联系我国的国情,符合审判实践的需要。同时,预防性行政诉讼作为一种特殊的诉讼类型,与一般的行政诉讼相比,也有不同的适用要求。因此,笔者认为我国需要建立的预防性行政诉讼应当具有以下的特点:

(1) 损害预防性。由于我国现行的事后救济、辅以暂时执行停止的行政诉讼制度,无法有效预防某些违法行政行为可能造成的难以弥

[3] 参见王名阳著:《外国行政诉讼制度》,人民法院出版社1991年版,第248页。