

# 行政法 热点问题研究

曾祥华 万艺 主编



XINGZHENGFA  
REDIAN WENTI YANJIU

本书为江苏省教育厅高校哲学社会科学科学研究重大项目  
《食品安全标准法律制度改革研究》(编号: 2019SJD017) 阶段性成果。

# 行政法 热点问题研究

曾祥华 万艺 主编

本书为江苏省教育厅高校哲学社会科学研究重大项目  
《食品安全标准法律制度改革研究》(编号: 2019SJZDA017) 阶段性成果。

## 图书在版编目(CIP)数据

行政法热点问题研究 / 曾祥华, 万艺主编. -- 北京 :  
法律出版社, 2020

ISBN 978 - 7 - 5197 - 5228 - 6

I. ①行… II. ①曾… ②万… III. ①行政法学—研  
究—中国 IV. ①D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2020)第 250250 号

行政法热点问题研究  
XINGZHENGFA REDIAN WENTI YANJIU

曾祥华 万艺 主编

策划编辑 郑 导  
责任编辑 郑 导  
装帧设计 汪奇峰

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 北京虎彩文化传播有限公司  
责任校对 杨锦华 王沁陶  
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部  
开本 710 毫米×1000 毫米 1/16  
印张 15.25  
字数 225 千  
版本 2020 年 12 月第 1 版  
印次 2020 年 12 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/400-660-8393

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/400-660-8393/6393

第一法律书店/010-83938432/8433

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-5228-6

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 主编简介

### 曾祥华

河南商城人，法学博士，江南大学法学院教授，硕士生导师，主要研究宪法学与行政法学。兼任中国法学教育研究会理事、中国宪法学研究会理事、中国行政法学研究会理事、江苏省立法学研究会副会长，无锡市委法律顾问、无锡市人大立法咨询顾问。

近年来发表论文70余篇，其中在中文核心和CSSCI刊物上发表29篇，独著《行政立法的正当性研究》，《耕耘法学田园》，主撰《立法过程中的利益平衡》，主编《食品安全法导论》等10余部著作，其中多篇文章被转载和获奖。获江苏省高校哲学社会科学研究优秀成果奖三等奖2次，江苏省社科联社科精品工程优秀成果奖二等奖1次。获无锡市哲学社会科学成果奖一等奖、二等奖、三等奖各1次，被评为无锡市“中青年优秀法学专家”。2013年《食品安全黑名单制度研究》获中国法学会一等奖，《食品安全监管执法调查报告》一文同时获中国法学会三等奖。近年来完成或正在主持教育部、司法部、中国法学会等省部级题6项，参加教育部科学技术研究重大项目1项，江苏省社科基金重大项目1项（子课题负责人）。

## 主编简介

### 万 艺

江西吉安人。南京大学法学博士，江南大学法学院教师，江南大学食品安全法研究中心秘书、研究员，无锡市法学会宪法法理学研究会秘书长，入选江苏省“双创计划”双创博士（高校创新），主要从事法理学、宪法学研究。发表CSSCI期刊论文数篇，主编论文集一部，主持江南大学青年基金项目“我国宪法文本中的‘公民结构’研究”（JUS-RP11976）。

# 目 录

## 主题一 《行政诉讼法》实施研究

- 构建我国行政审判“参照”惯例制度 柳砚涛 003
- 行政诉权分层保障机制优化研究 章志远 027
- 中国行政主体理论再评析 曾祥华 043
- 律师协会的法律地位与行政诉讼被告资格  
——《关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第24条的  
理解和适用 陈 党 陈家欣 057
- 构建我国行政诉讼中合法、法定和适用法律法规的  
复合审查标准体系 柳砚涛 原浩洋 064
- 检察机关参与行政公益诉讼的角色定位 张栋祥 柳砚涛 089
- 行政给付判决的定位和适用 章超钧 103
- 食品安全公益诉讼制度研究 康金娉 118

## 主题二 《行政复议法》修正研究

- 复议机关共同被告制度实效分析 葛先园 丁翊时 133
- 行政复议准司法化之语境及其进路 孙 迪 董姝玥 143
- 论行政救济的若干理论问题 赵宝华 155
- 行政复议有效性功能发挥的路径探究  
——基于权利救济优先的主导功能 李萍萍 162

## 主题三 《国家赔偿法》与《监察法》研究

- 论我国监察信息公开的范围与边界 冉富强 孙诚钰 173

论《国家赔偿法》落实《监察法》第 67 条的路径选择

——以《国家赔偿法》的立法精神为视角

黎晓武 缪金峰 189

刍议立法技术中兜底条款的运用

——以《国家赔偿法》为视角

姚天冲 207

医疗资源城乡整合视域下农村三级医疗卫生服务网络的建设

梅达成 刘文胜 周 瑶 217

刍议创城中公民私有财产权的行政法保护

——以河北某市农民房屋遭强拆为视角

耿云鹏 姚天冲 229

## 主题一

---

# 《行政诉讼法》实施研究



## 构建我国行政审判“参照”惯例制度\*

柳砚涛\*\*

**摘要** 我国应加紧将惯例引入行政审判依据体系,确立“参照”惯例制度。这一做法不仅有宪法、法律和司法解释依据,而且有利于保持行政与司法“依据”的应然一致性,便于将惯例纳入司法审查,拓展以“平等权之诉”为代表的行政诉讼受案范围。参照惯例的条件是惯例合法有效。惯例的适用性审查不以原告申请为前提,“参照”的内涵为“裁判依据引用”而非“裁判理由引述”。当下行政诉讼制度设计中的“一并请求审查”、“向处理机关提出处理建议”、审判依据体系、司法认知、涉外行政诉讼等条款中应融入惯例地位、功能等内容。

**关键词** 行政审判 参照 惯例

在不少法治发达的大陆法系国家,关于先例约束、遵循先例、遵从习惯等悠久的历史传统和厚实的理论基础,早已催生了较为完善的“依惯例裁判”的制度与规范体

\* 本文为山东省社科规划重点研究项目“具体行政行为跨程序拘束规则研究”(13BFXJ02)的阶段性成果,原载《中国法学》2017年第3期。

\*\* 柳砚涛,山东大学法学院教授、博士生导师,法学博士。

系。例如,1907年《瑞士民法典》第1条第2项开宗明义:“如本法无相应规定时,法官应依据惯例。”在我国,鉴于行政法法源一般仅限于成文法或制定法,所以,尽管行政与司法实践中存在大量惯例适用的事实,但理论与制度设计上并未涉及惯例在行政审判中的地位。

面对社会生活层面代代相传、广大百姓乐于奉行的风俗习惯,以及行政执法机关长期养成、官民共守的“惯行”,尤其是近年来惯例的司法适用率不断提升所形成的对审判依据体系的“倒逼”态势,行政审判规范与制度体系已不能再继续对惯例视而不见了。那么,我国当下行政诉讼立法有无惯例功能的规范依据和制度“抓手”?惯例在诉讼中的功能究竟是“依据”还是“参照”?如何构建惯例的司法审查适用机制?此类问题亟需理论上率先给出答案。

## 一、惯例进入行政审判依据体系的价值分析

### (一)有宪法、法律和司法解释依据

我国《宪法》第4条第4款关于各民族“都有保持或者改革自己的风俗习惯的自由”、第4条第1款关于“中华人民共和国各民族一律平等”的规定,为惯例借助“自由”和“平等”进入审判依据体系提供了权利基础和原则依据。

在基本法律层面,《行政诉讼法》中至少有五个可以纳入惯例的制度“抓手”:第一,第5条“以法律为准绳”中的“法律”、第6条“对行政行为是否合法进行审查”中的“法”、第70条第3项“违反法定程序”中的“法”等,完全可以将惯例作为不成文法涵盖进去,因为这里的“法”并未限定为制定法。第二,第70条第5项、第6项中的“滥用职权”“明显不当”完全可以涵盖“违背惯例做法”的内涵。第三,第64条规定,人民法院认为有关规范性文件“不合法”的,“不作为认定行政行为合法的依据”,言外之意,合法的规范性文件可以作为“依据”,其中包括载于规范性文件的惯例。第四,第98条规定:“外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国进行行政诉讼,适用本法。法律另有规定的除外。”这就为法律“另行规定”国际惯例作为审判“依据”预留了制度空间。而目前这方面的规定越来越多,例如,《海商法》第268

条第2款、《民用航空法》第184条第2款均规定“可以适用国际惯例”。第五,《行政诉讼法》第63条与最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(以下简称《行政诉讼法解释》)第100条规定行政审判“依据”“参照”“援引”“引用”时,并未限定相关规范的“法部门性”,即行政审判依据中包括其他部门法,而大量关于遵从习惯、惯例的规定均出现在行政法之外的其他部门法,例如,《民法通则》第7条的“尊重社会公德”、<sup>[1]</sup>第142条第3款的“适用国际惯例”,《物权法》第85条的“处理相邻关系”“可以按照当地习惯”、第116条第2款的“法定孳息”“按照交易习惯取得”,《合同法》第22条、第26条、第60条、第61条、第92条、第125条、第136条、第293条、第368条等条款中的“交易习惯”,《民族区域自治法》第10条的各民族“都有保持或者改革自己的风俗习惯的自由”,《非物质文化遗产法》第16条的尊重调查对象的风俗习惯,《驻外外交人员法》第8条、第46条的“尊重驻在国的法律和风俗习惯”,《人民武装警察法》第31条的“尊重公民的宗教信仰和民族风俗习惯”,《人民警察法》第20条的“尊重人民群众的风俗习惯”,《戒严法》第29条的“尊重当地民族风俗习惯”,《监狱法》第52条的“少数民族罪犯的特殊生活习惯”,《消费者权益保护法》第14条的“民族风俗习惯”,《旅游法》第10条的“民族风俗习惯”等,这些规定均为人民法院裁判行政案件“按照”“尊重”“适用”习惯和惯例提供了法律依据。既然《行政诉讼法》第63条明文规定行政审判应以“法律”“为依据”,而前述法律均认可了惯例的法律地位,那么,为何关于行政诉讼的司法解释,尤其是最高人民法院“法[2004]96号”《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》(以下简称《座谈会纪要》)中对惯例只字不提?为何人民法院在行政审判中不敢大张旗鼓地“依惯例裁判”?

在司法解释层面,《行政诉讼法解释》第100条规定,行政审判可以“引用合法有效的规章及其他规范性文件”,这实质上已经肯定了惯例的“参照”地位。因为“行政规范性文件本身只是行政惯例和法律原则的载体”,<sup>[2]</sup>大

[1] 受苏联影响,我国《民法通则》第7条未使用“公序良俗”的字样,但民法学界一般认为,本条中的“‘社会公共利益’相当于‘公共秩序’,‘社会公德’相当于‘善良风俗’”,且有学者认为“公序良俗”作为民法基本原则在司法实践中有直接适用性。参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第45页。

[2] 叶必丰:《行政法与行政诉讼法》,武汉大学出版社2008年版,第51~52页。

量惯例见之于规范性文件当中是不争的事实。该规定实质上已经涵盖了惯例在行政诉讼中的“参照”地位,本文只是本着裁判依据一致性的考虑,为载于规范性文件之外的其他行政惯例和非行政性惯例争取“同例同命”而已。

## (二) 惯例早已作为行政行为依据

作为长时间以来由实践中的“多事多案”而非“一事一案”养成、遵循、延续下来的“惯行”,惯例早已“出现在一定时期内统治者及其公务员作出的裁决、宣言及习惯做法中”,<sup>[1]</sup>已经具有了跨事件、跨程序的反复适用效力,并作为具体行政行为的重要依据,正所谓“行政之尊重先例”乃是“不可否认之事实”。<sup>[2]</sup>

我国古代早有“据彼事以为此事之标准”的制度史实,并有“比系以律文之比附为重,例则以已有之成事为主”<sup>[3]</sup>的制度配置,这些制度瑰宝对惯例进入我国当下审判依据体系有积极的借鉴意义。早在2001年公安部三局《关于对中国公民姓名用字有关问题的答复》(公治[2001]60号)中就明确指出:“姓名登记机关在办理姓名登记时就不应漠视业已获得明文认可的惯例。”此后“依惯例行政”已成行政之常态,并催生了惯例功能的规范确认,很多地方和部门制定的规范行政自由裁量权的“办法”“条例”“规定”等均对遵从习惯和惯例作了规定。

既然实践中存在将惯例作为依据的大量行政个案,那么,一旦这些个案行为进入诉讼阶段,人民法院就必须对这些“依据”“表态”,尤其在被诉行为的合法性只有惯例支持的时候。

## (三) 有利于保持行政与司法“依据”的应然一致性

如果行政依据惯例,而司法对惯例的地位与功能不予明确,就会破坏行政与司法依据的应然一致性。域外确立先例、惯例、判例制度的初衷之一在

[1] [法]莱昂·狄骥:《宪法学教程》,王文利等译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第31页。

[2] 参见林纪东:《行政法》,三民书局1980年版,第84页。

[3] 参见陈顾远:《中国法制史概要》,商务印书馆2011年版,第86页。

于“增强法律之内的连续性、稳定性”,<sup>[1]</sup>这就必须确保行政与司法“依据”在形式上的连贯性和标准上的一致性。不少大陆法系国家为防止行政陷入“武断和反复的”境地,大都将惯例作为“辅助性法律渊源”及“成文法的补充”,无论行政还是司法一直都是“习惯做法同法律规则同时在起作用”。<sup>[2]</sup>

行政与司法秉承标准一致性和依据连续性的理由在于,如果行政机关信守“先例”“惯例”,而法院尊奉“判例”,且相互之间都不尊重或承认对方的“例”,就会割裂法律依据的连贯性和法律精神的一致性。作为蕴含同一种理性的“例”,无论是行政惯例还是司法判例,都是法律精神的外在呈现,执法抑或司法机关必须相互尊重或承认。国家尤其是立法机关有义务创造不同系统内先例、惯例、习惯的拘束规则和相互承认机制。

#### (四)借此将惯例纳入司法审查范围

无论行政诉讼中是否给惯例以某种“名分”,它实质上一直都在约束着行政机关和部分相对人,如果它在本质上属于“善例”倒也合乎“良法之治”的要求,但若属于“法规窒碍难行”或“迁就官僚体系之便宜行事”<sup>[3]</sup>之类的“恶例”,如我国婚姻登记中出现的单日办理离婚、双日办理结婚、“七夕节”不办理离婚等“恶习”“恶例”,不仅对相对人不公平,而且破坏了规则体系的严肃性和公平正义氛围。萨维尼曾提出通过立法“将习惯法记录下来”,“置于一种监理之下”,<sup>[4]</sup>“监理”的最好途径就是融入“法治”环境中,而“法治”意味着对行政尽可能地司法化,<sup>[5]</sup>故纳入司法审查体系便成为惯例的“宿命”。

在我国,理论上已有学者依据“举轻以明重”原则,从规章也应依法接受司法审查推断出效力更低的惯例的可审查性,<sup>[6]</sup>尽管这种对于“举轻以明

[1] See Frank A. Schubert, *Introduction to Law and the Legal System*, 7th edition, Houghton Mifflin Company, 2000, p. 23.

[2] [法]莱昂·狄骥:《宪法学教程》,王文利等译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第32页。

[3] 马秀如、董保城:《从会计内控与行政惯例探讨首长特别费》,载《月旦法学》2008年第156期。

[4] 参见[德]弗里德利希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第98页。

[5] [德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第64页。

[6] 参见尹权:《论行政惯例的司法审查》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2008年第1期。

重”的“新解”值得商榷,但其肯定惯例的可审查性无疑具有积极意义。笔者认为,制度层面完全可以仿效已存行政诉讼一并解决相关民事争议制度、一并审查相关规范性文件合法性制度,建立“参照惯例”或“一并审查惯例合法性”制度,将惯例纳入“适用性”或“附带性”审查范围。这既合乎行政诉讼最大限度保障合法权益的立法目的,确立行政诉讼认可“善例”、摒弃“恶例”的积极功能,也便于拓展和穷尽“一事一案”的辐射效应,使惯例借“个案”之机获得认可和效力拓展。

#### (五)可以借此弘扬法文化

惯例源于法文化,同时也是法文化的外在表现形式,较早提出文化定义的人类学家泰勒认为“习惯”是“文化或文明”的组成部分。<sup>[1]</sup>在亚洲、欧洲和非洲的许多国家,“行政惯例也取决于其各洲的文化”,究其缘由,“行政惯例是行政人员的行为模式在文化上的一种表现”。<sup>[2]</sup>我国台湾地区有学者主张行政惯例生成于“行政作用萧规曹随”,<sup>[3]</sup>强调的仍然是某种修为的“惯行”和文化的传承。可见,认同惯例的诉讼地位就等于认同法院借惯例弘扬法文化的积极功能。

我国尽管也存在习惯、法律、文化相互交融、促进、传承的历史与现实,尤其在制度上有西周的“事”、战国的“类”、秦朝的“廷行事”、<sup>[4]</sup>汉代的“决事比”、<sup>[5]</sup>唐宋元的“例”、明清的“比附判例律例并行”、“既有成案足依,似可照复”<sup>[6]</sup>等“依例行事”的典范,但迄今为止少有学者论及如何通过惯例来弘扬法文化,尤其是如何发挥人民法院在这方面的积极功能。法院从来都是法文化的创造者、传承者,可以通过“抑恶例、扬善例”来净化法文化环境,所以任何一个理性的行政诉讼制度设计都不应在审判依据体系中拒绝

[1] 参见[英]泰勒:《原始文化》,蔡江浓编译,浙江人民出版社1988年版,第1页。

[2] See M. A. Omolaja, *Administrative Practice in Nigeria: Implications for National Development*, 42 *Economic Analysis*, p. 53-64 (2009).

[3] 马秀如、董保城:《从会计内控与行政惯例探讨首长特别费》,载《月旦法学》2008年第156期。

[4] 有学者认为,目前尚难确认“廷行事”具有司法先例的效力。参见刘笃才、杨一凡:《秦简廷行事考辨》,载《法学研究》2007年第3期。

[5] 也有学者将“比和故事”统列为汉魏晋的“司法先例”。参见王志强:《中英先例制度的历史比较》,载《法学研究》2008年第3期。

[6] 王志强:《中英先例制度的历史比较》,载《法学研究》2008年第3期。

惯例,而应将惯例纳入司法审查范围,利用法院针对规范与规则合法性的判断权和取舍权,以“抑恶扬善”的姿态“过滤”惯例,发挥法院在甄别、传承惯例文化和法文化方面的正向功能。

#### (六) 法院可以借此发挥平等权保障功能

惯例与平等原则之间有着天然的契合点,亦即“同情同处”和平等对待。平等原则在形式上意味着“相同的东西应受相同的对待”,“根据分类隶属同一范畴的人,为了某一特定的目的,就应该受相同的处遇。”<sup>[1]</sup>惯例的旨趣恰恰在于通过因循“前车之辙”,以实现“同处”和“平等”的理想样态。违背惯例必然侵犯平等权,这已是域外理论与制度公认的规则,如德国有学者直接将惯例表述为“偏离即构成违反平等要求的习惯”,<sup>[2]</sup>足见惯例与平等之间的“亲密”关系。

鉴于“法治也含有类似情况类似处理的准则”,<sup>[3]</sup>作为法治保障机关的法院理应将惯例作为“同情同处”的衡量工具,以防行政机关“对两个在主要方面相同的案件作出两种截然不同的裁决”。<sup>[4]</sup>惯例与平等、法治原则之间的契合为法院借助惯例保护平等权提供了契机,这在修改后《行政诉讼法》将“可诉权益”由人身权、财产权拓展至涵盖平等权“等其他合法权益”的前提下变得更加切实可行。但可惜的是,尽管修法后实行了“立案登记制”,但针对或者涉及平等权的行政案件仍然很少,如何拓展“平等权之诉”成为行政诉讼制度“新亮点”,这一点在平等权屡受侵犯的社会大背景下显得尤为重要。将惯例引入行政诉讼过程,会为公法上的平等权提供必要的司法保障,也能使法院真正成为维系平等的“天平”。

#### (七) 人民法院有遵从惯例的历史与现实

人民法院对于习惯、惯例的尊重肇始于民商事审判,行政审判尽管起步

[1] [英]丹尼斯·罗伊德:《法律的理念》,张茂柏译,新星出版社2005年版,第94页。

[2] 参见[德]汉斯·J.沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第一卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第260页。

[3] [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社2009年版,第186页。

[4] 参见[美]伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版,第574页。

较晚,但在遵循习惯、惯例方面大有“后来居上”之势。“中国裁判文书网”上公布了不少“涉惯例”行政裁判文书,其中涉及人民法院认同并依据资金物资科学管理惯例、拍卖惯例、合同惯例、拆迁工作惯例、行业惯例等裁断案件,这一事实对本应引领实践的理论设计与制度设计形成“倒逼”态势,要求必须加紧明确惯例在行政诉讼中的地位与作用。

法院遵从习惯的历史与现实为法院通过“个案”认可惯例奠定了坚实的基础。尽管法院认可只能使惯例获得“个案”效力,并通过“指导性案例”获得“相同个案”的“参照”作用,但一方面,根据当下行政实践做法,凡是法院承认效力的惯例,行政机关会很配合地作为执法参考或甚至依据;另一方面,随着指导性案例制度向判例制度的演进,法院通过“个案”赋予惯例“他案效力”甚至“普适效力”并非遥不可及。

## 二、为何只能“参照”而非“依据”惯例

面对我国当下关于“按照”“尊重”“适用”习惯、惯例,以及“参照规章”“引用合法有效的规章及其他规范性文件”等规定,惯例应当以何种身份和功能融入行政审判依据体系?笔者以为,由于惯例有行政惯例与非行政性惯例之分,且有“事实”与“规则”两种存在形式,所以,行政诉讼中的惯例地位与功能不能一概而论,处在“规则”层面的惯例功能只能是“参照”而非“依据”。

在此,有必要首先厘清何为“参照”,缘由有两个:一是《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》(以下简称《实施细则》)第10条将“参照”的内涵界定为“将指导性案例作为裁判理由引述,但不作为裁判依据引用”。这与行政法学理论上普遍将“参照”解读为“先审查,后依据”和《行政诉讼法解释》第100条关于“引用合法有效的规章及其他规范性文件”的界定发生冲突。二是“惯例”之“例”在汉语中有两种不同的含义:“用来帮助说明或证明某种情况或说法的事物;从前有过,后来可以仿效或依据的事情。”<sup>[1]</sup>前者意为“用以说服”,后者寓意“据以行事”,那么,“参照惯例”应采用“裁判理由引述”的“说理”还是“裁判依据引用”的“依据”模式?笔者倾

[1] 刘振铎、何文祯主编:《现代汉语多功能词典》,东北朝鲜民族教育出版社1994年版,第611页。