

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2017.06.011

欢迎按以下格式引用:邵栋豪.行政诉讼案例指导制度:问题与出路[J].重庆大学学报(社会科学版),2017(6):102-110.

Citation Format: SHAO Donghao. The administrative litigation case guidance system: Problems and solutions [J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2017(6): 102-110.

行政诉讼案例指导制度:问题与出路

邵栋豪

(重庆工商大学 重庆廉政研究中心,重庆 400067)

摘要:行政诉讼指导案例具有统一司法尺度、明确法律规范的含义等作用。目前,最高法院遴选的行政诉讼指导存在裁判要点提炼水平较低、“带病”入选情况严重、轻视权利救济的思维严重以及重复或变相重复法律法规和司法解释等四大弊端,从而使得指导案例与其应有功能相去甚远。为此,可考虑就以下四方面从深度和广度上进行改进,以体现指导案例的应有功能:(1)加强对指导案例的研究以提高裁判要点的提炼水平;(2)建立指导案例公示制度以防止“带病”入选;(3)坚持权利救济导向以纠正偏重权力监督的目标偏好;(4)突出裁判要点的先导功能以避免重复或变相重复法规和司法解释。

关键词:指导案例;类型;主要问题;改进路径**中图分类号:**D925.11**文献标志码:**A**文章编号:**1008-5831(2017)06-0102-09

把案例指导制度提升为司法制度是中央司法改革的重大举措,为贯彻这一精神,2010年最高法院发布《关于案例指导工作的规定》(以下简称《规定》)作为各级法院遴选、上报及发布案例的依据。本文的基本立场是坚持行政诉讼的权利救济原则,并以此作为衡量和分析具体行政行为合法与合理与否的工具,进而就行政诉讼指导案例的编选提出相应的改革措施。坚持行政诉讼的权利救济原则,主要原因在于,司法救济是权利救济的最终手段,法治社会应确保公民的合法权益一旦受到侵犯能最终获得有效的司法救济^[1]。立基于此,对最高法院发布的9个指导案例进行分析研判,归纳其隶属的类型并指出其蕴含的优劣特点,并由此对行政诉讼案例指导制度的未来走势提出自己的观点。

一、行政诉讼指导案例的主要类型及评析

截至2016年5月,最高法院共发布指导案例11批56个,其中行政诉讼案例9个,约占16.1%。总体而言,上述案例可分为以下四种类型。

(一)示范司法型

包括指导案例5号、21号、40号、41号。

修回日期:2017-06-12

基金项目:重庆市社科规划(博士)项目(2014BS044);2015年度中国博士后科学基金项目(2015M582510);2016年度重庆市博士后特别资助项目(Xm2016100)

作者简介:邵栋豪(1979-),山东菏泽人,重庆工商大学重庆廉政研究中心研究员,法学博士,重庆大学法学博士后流动站研究人员,主要从事廉政建设和司法制度研究,Email:shaodonghao@163.com。

关于指导案例5号^①,笔者认为:(1)该案例无论案情还是裁判要点,均鲜有新意。与《规定》第2条的五项内容并无多大关系,无非是指导法官按部就班地适用法律,但所有适用的条文几乎均为套用,并无新的信息传达给法官。这与其说是为类似裁判树立参考性标本,倒不如说是政府向公众宣誓保障其权利的决心,与司法的功能相去甚远。(2)将本案作为指导案例,可能更着重于强调最高法院的立场,即向下级法院明示,遇有类似情形,可径行裁判。本案的裁判要点并不涉及其他深层次内容,主要是通过示范司法的方式告诫法官类似案件的处理方式和可能涉及的法律条文。(3)该案例与《规定》第2条的五项要求貌似能对号入座的或许是“具有典型性”这一要件,但仔细分析不难发现,该案例也并不具有典型性,因为司法实践中涉及法律位阶问题的案例屡见不鲜。

对于指导案例21号^②,笔者认为,该案例仍然是以示范司法的方式向各级法院传授类似案件的处理方式。案情并不符合《规定》第2条的任意一项,裁判要点冗长繁琐且有些拗口,稍加分析便可发现,该案本就存在两层法律关系:一是秋实公司的地下防空设施建设义务,二是在上述基础上政府对秋实公司“免收城市基础设施配套费等各种行政事业性收费”的权力。秋实公司应当履行修建地下防空设施的义务而未履行,呼市人防办当然不对秋实公司“免收城市基础设施配套费等各种行政事业性收费”。上述两层法律关系清晰,司法工作人员较易理顺,不可能混淆,也无需归纳如此繁琐拗口的裁判要点。当然,上述弊端的存在也对指导案例裁判要点的提炼提出了更高要求。

指导案例40号孙立兴诉天津新技术产业园区劳动人事局工伤认定案主要是关于对工作原因和工作场所的解释问题^③。从案件所涉焦点看,该案本不应成为指导案例,因为“工作原因”和“工作场所”的含义通过平义解释即可获得正确答案,只要将“工作原因”平义解释为为完成工作而实施某种行为的原因,将“工作场所”平义解释为为完成工作而实施某种行为的场所而非仅指办公场所,本案便可得到圆满解决。至于裁判要点中的第三点——职工的过失问题——则根本不应作为裁判要点单列,是在原原本本地复述《工伤保险条例》的有关内容。

指导案例41号宣懿成等诉浙江省衢州市国土资源局收回国有土地使用权案也是示范司法的典型案列^④。

^①该案基本案情是:苏州市盐务局认为,鲁潍公司从江西购进360吨工业盐未按照《江苏省〈盐业管理条例〉实施办法》(简称《江苏盐业实施办法》)办理工业盐准运证即从省外购进工业盐涉嫌违法。经听证和集体讨论,苏州市盐务局认为,鲁潍公司违反了《盐业管理条例》第20条、《江苏盐业实施办法》第23条、第32条第(二)项的规定,并根据《江苏盐业实施办法》第42条的规定,对鲁潍公司作出了处罚决定[(苏)盐政一般[2009]第001-B号],没收鲁潍公司违法购进的精制工业盐和粉盐,并处罚款。鲁潍公司不服并向苏州市政府申请行政复议,苏州市政府维持了苏州市盐务局的处罚决定。裁判要点认为,盐业管理法律、行政法规没有设定工业盐准运证的行政许可,地方性法规或者地方政府规章也不能设定相应的行政许可;盐业管理的法律、行政法规对盐业公司之外的其他企业经营盐的批发业务没有设定行政处罚,地方政府规章也不能设定相应行政处罚;法院在行政诉讼中不予适用地方政府规章违法设定的许可和处罚。

^②该案基本案情是:呼和浩特市人民防空办公室(以下简称呼市人防办)向内蒙古秋实房地产开发有限责任公司(以下简称秋实房地产公司)送达《限期办理“结建”审批手续告知书》,并告知秋实房地产公司新建的经济适用房“秋实第一城”住宅小区未按照《人民防空法》第22条、《人民防空工程建设管理规定》第45条、第47条的规定修建战时可用于防空的地下室,限秋实房地产公司4天内到呼市人防办办理“结建”手续并提交相关资料。后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》(呼人防征费字001号),对“秋实第一城”项目征收“防空地下室易地建设费”172.46万元。秋实房地产公司对“秋实第一城”项目应建防空地下室5518平方米而未建无异议,对呼市人防办作出征费决定的程序合法无异议。裁判要点是:建设单位违反《人民防空法》及有关规定,应当建设防空地下室而不建的,属于不履行法定义务的违法行为;建设单位应当依法缴纳防空地下室易地建设费的,不适用廉租住房和经济适用房等保障性住房建设项目关于“免收城市基础设施配套费等各种行政事业性收费”的规定。

^③该案基本案情是,中力公司员工孙立兴受公司指派去机场接人,在从公司去停车场时不慎摔伤,遂向园区劳动局提出工伤认定申请。劳动局认为,无证据表明孙立兴的摔伤由工作原因造成,决定不认定为工伤。孙立兴向天津一中院提起行政诉讼。一审法院撤销《工伤认定决定书》并限劳动局在判决生效后60日内重新作出具体行政行为,劳动局不服提起上诉但败诉。裁判要点认为,《工伤保险条例》中的“因工作原因”是指职工受伤与其从事本职工作之间存在因果关系;“工作场所”是指与职工工作职责相关的场所,有多个工作场所的,还包括工作时间内职工来往于多个工作场所之间的合理区域;职工在从事本职工作中的过失不属于《工伤保险条例》第16条规定的故意犯罪、醉酒或者吸毒、自残或者自杀情形,不影响工伤的认定。

^④该案基本案情为,衢州市发展计划委员会审查同意建行衢州分行在原有的营业综合大楼东南侧扩建营业用房建设项目。而后,衢州市规划局制定建设项目选址意见,建行衢州分行拟自行收购、拆除府山中学教工宿舍楼,改建为露天停车场。衢州市规划局发出建设用地规划许可证,衢州分行建设项目用地面积756平方米。衢州市国土局请示收回衢州府山中学教工宿舍楼住户的国有土地使用权并报衢州市人民政府审批同意。衢州市国土局遂作出衢市国土[2002]37号《收回国有土地使用权通知》(以下简称《通知》),并告知府山中学教师宣懿成等18人其正在使用的国有土地使用权将收回及诉权等内容。该《通知》说明了行政决定所依据的法律名称,但没有对所依据的具体法律条款予以说明。宣懿成等18人不服,提起行政诉讼。法院一审撤销被告衢州市国土资源局作出的《通知》,判决已生效。裁判要点是:行政机关作出具体行政行为时未引用具体法律条款,且在诉讼中不能证明该具体行政行为符合法律的具体规定,应当视为该具体行政行为没有法律依据,适用法律错误。

从案情到裁判,本案并无可圈可点之处,裁判要点的概括也是在重复1990年《行政诉讼法》第32条的内容。

(二)树立标杆型

主要包括指导案例26号、38号和39号。

(1)指导案例26号^⑤。近年来,行政机关在网上办公、数据电文处理等方面取得了较大发展,网上办公的方便快捷和透明化,对行政机关来说既是机遇也是挑战。该案例侧重回应在网上办公的新形势下数据电文的效力这一社会热点问题;在申请政府信息公开的过程中,申请人面对的是行政机关或有关职能部门,而非其内部机构,内部流程的运作不得对抗法定时效期间,公民、法人或其他组织的合法权利不应因内部流程而受到影响;“相关法条”的列举不够完整。依据《公开条例》第20条的规定^⑥,其中“应当采用书面形式(包括数据电文形式)”与本案具有相关性,却没有被列举,最终以裁判结果的方式呈现,实际上是在重复《公开条例》第20条的原文,该条主要是针对申请人申请公开政府信息的方式所做的规定,要求“应当采用书面形式”,并特别注明“包括数据电文形式”,本案已被该法条的内容完全涵盖,没有必要作为指导案例单列。本案折射的问题是,面对网上办公和信息公开的趋势,政府及其部门的被动或迟钝反应。政府内部对政府信息公开的重要性认识不足,将政府信息公开看作是额外增加政府的负担^[2],从而难免有抵触心理。而对于网上办公,政府在应对方面更显得力不从心,再加上人员编制短缺等多种原因,从而造成事实上的滞后。一些地方离法治要求差距明显,没有做到常规化和长效化,而公开信息碎片化、短期性和滞后性问题严重……政府信息公开平台缺乏日常维护^[3]。现实中政府信息公开的形式意义大于实质意义在所难免。而法院通过宣布逾期答复即构成违法的方式来达到保障公民、法人或其他组织合法权益的目的;网上信息公开的申请日应以政府部门收到并出具回执之日起算。依据《公开条例》第20条的规定,从法律解释的角度而言,其中的“书面形式”是与口头形式相对的,书面形式的内容包括多种,既可以是纸面书写,也可以是电报传输,还可以是网络发送,后两种都属于数据电文形式。但不管是手写形式还是数据电文形式,在逻辑上都与书面形式这一概念构成种属关系,统辖于书面形式之下,自然应当遵守递交书面申请的收发标准。在数据电文形式中,自然应以政府部门收到并出具回执之日起算,至于政府及其部门因内部诸种原因而无法及时收到,则与申请人没有关系。

(2)指导案例38号^⑦和39号^⑧。近年来,随着国家法治化进程的加快和公民法律意识的提高,大学生起诉高校不予颁发毕业证、学位证的案件日益增多,其中尤以学位证居多^⑨。为统一法律适用,最高法院在第九批指导案例中专门发布两个案例,力求从程序和实体上划定高校办学管理权限,其主旨之一便是廓清高校教育自主权、学术自治权与国家有关法律法规的边界。其中,指导案例38号是关于大学生在校期间因违反校规校纪而受到学校处罚以致不能获得毕业证和学位证的认定标准。指导案例39号是高校将学位证与大学英语四级考试成绩挂钩而涉及的高校学术自治范围的裁判标准。上述两个指导案例以通过最高法院审判委员会认可的形

^⑤该案基本案情是:李健雄于2011年6月1日通过广东省政府公众网络系统向广东省交通厅提出政府信息公开申请,根据《政府信息公开条例》(以下简称《公开条例》)第24条第2款的规定,被告应在当月23日前答复原告,但被告未在上述日期前答复并提供所申请的信息,故请求法院判决确认被告行为违法。裁判要点是:公民、法人或者其他组织通过政府公众网络系统向行政机关提交政府信息公开申请的,如该网络系统未作例外说明,则系统确认申请提交成功的日期应当视为行政机关收到政府信息公开申请之日。行政机关对该申请的内部处理流程不是延期处理的理由,逾期作出答复的,应确认违法。

^⑥该条例第20条规定,“公民、法人或者其他组织依照本条例第13条规定向行政机关申请获取政府信息的,应当采用书面形式(包括数据电文形式);采用书面形式确有困难的,申请人可以口头提出,由受理该申请的行政机关代为填写政府信息公开申请”。

^⑦该案基本案情是,北京科技大学本科生田永在期末考试时夹带纸条被发现,违反了北京科技大学根据国家教委关于严肃考场纪律的指示制发的《关于严格考试管理的紧急通知》的有关规定,田永被作退学处理并取消学籍。但退学处理决定和变更学籍通知未直接向田永宣布、送达,也未给田永办理退学手续,田永继续以该校学生身份正常学习及参加学校组织的活动。后学校又为田永补办了学生证,每学年均收取田永交纳的教育费并为其注册,田永成绩合格。但在毕业时,学校有关部门以田永已按退学处理、不具备该校学籍为由,拒绝为其颁发毕业证和学位证。该案裁判要点为:高等学校对受教育者因违反校规校纪而拒绝颁发学历证书、学位证书,受教育者不服的,可依法提起行政诉讼;高等学校依据违背国家法律、行政法规或规章的校规、校纪,对受教育者作出退学处理等决定的,人民法院不予支持;高等学校对因违反校规校纪的受教育者作出影响其基本权利的决定时,应当允许其申辩并在决定作出后及时送达,否则视为违反法定程序。

^⑧该案基本案情是,华中科技大学武昌分校系独立事业法人单位,无学士学位授予资格,根据国家有关规定,华中科技大学同意对武昌分校符合学士学位条件的本科毕业生授予学士学位,但英语通过四级是必备条件之一,武昌分校本科毕业生何小强因在校期间未通过该考试,被华中科技大学拒绝授予学位。该案裁判要点为:具有学位授予权的高校有权对学位申请人的申请进行审核并决定是否授予学位。申请人对高校不授予其学位的决定不服提起行政诉讼的,法院应当依法受理;高校依照《学位条例暂行实施办法》的有关规定,在学术自治范围内制定的授予学位的学术水平标准及据此作出的是否授予学位的决定法院应予支持。

^⑨截至2016年4月26日,中国裁判文书网共发布了有关高校学位权授予40个案例。

式为类似案件的处理树立参照依据,应当说,这种初衷值得肯定,但其中存在的问题不容忽视。指导案例38号中裁判理由的法条引用本身便存在问题^⑩,因为根据《教育法》的有关规定^⑪,对成绩合格的受教育者发放毕业证书属于其法定“权利”而非“义务”。既然是权利,则既可行使亦可放弃,自主权在权利人,亦即高校。既然如此,法院便不应强制要求高校以履行义务的方式行使“权利”,否则这样的“权利”已不再是权利,而是义务。关键问题是,法院放着明明已经存在并生效的《高等教育法》和《普通高等学校学生管理规定》的恰当条文不予引用^⑫,反而去引用并不合适的条文,对法律的适用明显存在问题。因为,在大学本科毕业生毕业证书的发放问题上,《高等教育法》坚持品德和学业同时具备的标准,而国务院《普通高等学校学生管理规定》首先考虑大学生的学业成绩,此外将“达到学校要求”作为另一条件,如何解释此处的“达到学校要求”?笔者认为,作为下位法的《普通高等学校学生管理规定》,应当遵从《高等教育法》“思想品德合格”的要求,不应再行类推,否则便与上位法冲突,唯有如此,才符合《高等教育法》的立法精神。接下来的问题是,在满足品德和学业两个条件后,对高校而言,向大学生颁发毕业证是权利还是义务?对此,《高等教育法》和《普通高等学校学生管理规定》分别以“准予毕业”和“应当准予毕业”的语词表明立场,显然,属于义务而非权利。而对指导案例39号而言,这本身是一个存在严重错误的案例,最突出的便是下位法违反上位法(后有详述),难以为其他类似案件的处理提供正确参照。

(三)突破立法型

主要指指导案例22号^⑬。笔者认为,该案对行政诉讼的受案范围进行了突破。1990年《行政诉讼法》第11、12条分别从正向和反向对行政诉讼受案范围进行了界定,第11条正向规定了对具体行政行为不服可以提起诉讼的情形,第12条反向规定了不得提起诉讼的情形,其中该条第2款是不可诉的抽象行政行为,第3款是不可诉的行政机关内部奖惩行为。最高法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第1条第1款第(六)项则做了如下补充:“对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为。”言外之意,对公民、法人或者其他组织权利义务产生实际影响的行为是可诉的。该条文的策略在于,它回避了“具体行政行为”这一关键词语,而以“行为”代替,但这并不等于说抽象行政行为具有可诉性。本案涉及前后相连的两个问题:(1)来安县政府批复是否具有可诉性。从形式上看,该批复是行政机关内部运作的结果,不具有对外效力,未对公民、法人或者其他组织的权利义务产生实际影响,因而不可诉。但从实质上说,该批复直接适用于行政相对人,对公民、法人或者其他组织的权利义务产生了实际影响,因而又具有可诉性。(2)法院可否对该批复的合法性进行审查。该批复不仅具有内部行政行为的性质,还具有抽象性特征,它针对的是永阳东路与塔山中路部分地块上拥有房屋的不特定的所有者,因而对象是不特定的行政相对人。从这层意义上说,法院又无权对该批复的合法性进行实质审查。至此,对于魏永高、陈守志来说,其获得的不过是一张并不好看的“电影的门票”。一审过程中,滁州市中级人民法院明知该抽象性内部行政行为对行政相对人的权利义务产生了实际影响,但仍然驳回起诉,在一定程度上暗示了法院在面对此类问题时的底气不足和无奈。内部纪律处分、监督角度的压力,只会逼迫法院采取形式上的受理^[4]。经安徽省高级人民法院二审,行政相对人获得了请求滁州市中级人民法院对案件受理的权利,但是滁州市中级人民法院仍无权对该批复的合法性进行实质性审查。本指导案例与此前最高法院发布的有关内部行政行为是否具有可诉性的案例存在较大差异,江苏泗洪县建明食品公司诉泗洪县政府检疫行政命令纠纷案^[5]与延安宏盛建筑工程有限责任公司诉陕西省延安市安全生产监督管理局生产责任事故批复案^[6]均是上级机关或有关领导对具

^⑩裁判理由指出:“被告应当依《中华人民共和国教育法》第28条第1款第5项及《普通高等学校学生管理规定》第35条的规定,为原告颁发大学本科毕业证书。”

^⑪《教育法》第28条第1款第5项规定,“学校及其他教育机构行使下列权利……(五)对受教育者颁发相应的学业证书”。

^⑫《高等教育法》第58条规定,“高等学校的学生思想品德合格,在规定的修业年限内学完规定的课程,成绩合格或者修满相应的学分,准予毕业”。《普通高等学校学生管理规定》第32条规定,“学生在学校规定学习年限内,修完教育教学计划规定内容,成绩合格,达到学校毕业要求的,学校应当准予毕业”。

^⑬该案基本案情是,来安县政府根据县国土房管局的请示作出《关于同意收回永阳东路与塔山中路部分地块国有土地使用权的批复》(以下简称批复),但在未依法制作并向土地使用权人送达收回土地使用权决定的情况下,国土房管局直接交由来安县土地储备中心付诸实施。魏永高、陈守志因自己房屋位于该范围内,对该批复不服,提起行政复议,滁州市政府维持县政府的决定。魏永高、陈守志遂提起行政诉讼,请求法院撤销上述批复。裁判要点为,地方政府对其职能部门的请示作出的批复,一般属于内部行政行为,不可诉。但若该批复对行政相对人产生实际影响,行政相对人因而提起诉讼的,法院应当受理。

体事项的批复,而本案例则是对一般性事项的批复,前两个案例是具体性的内部行政行为,当对相对人的权利义务产生实际影响时,相对人取得诉权,法院也具有审查该具体内部行政行为的职责。而本案则是抽象性的内部行政行为,当对相对人的权利义务产生实际影响时,相对人应具有诉权,但法院此时并没有审查该抽象性内部行政行为的权力;该案例在一定程度上突破了现行立法的限制,但又受制于立法关于抽象行政行为不得被司法审查的底线。从扩大行政诉讼受案范围的探索来说,这已难能可贵。尽管修订后《行政诉讼法》第53条、第64条就法院在案件审理中对抽象行政行为的司法审查权进行了规定^⑭,但实际上这种审查权属于审查建议权,并无实质性内容,形式意义远大于实质意义;而且,依据修订后《行政诉讼法》规定,如果行政机关拒绝法院对不合法抽象行政行为进行审查的建议,则其并不需要承担任何不利后果,从法律规范的属性上讲,仅规定行为模式而不规定法律后果对当事人并不会产生较大的心理强制。可见,法律规定与法院应有的对抽象行政行为进行实质性、主动性审查的权限仍然相距遥远。

(四) 扩大解释型

迄今发布的9个指导案例中较值得推崇的莫过于指导案例6号^⑮,该案例以法官释法的形式确立了行政相对人的程序性权利,真正发挥了指导案例所具有的统一司法尺度、规范法官自由裁量权、保障行政相对人合法权益的作用。该案的关键在于如何理解《行政处罚法》第42条的规定^⑯,具体言之,如何理解该条文中“等”的含义。上述条文是制定法律过程中经常使用的表达方式,其逻辑结构是,三个或三个以上具体事例+替代性表示类型+上位概念。其中替代性表示类型通常表现为“等”或者“以及其他”,表示与前面所列具体事例的相通性或近似性,“等”或“以及其他”所替代的事例连同前面所列举的具体事例与后面的“上位概念”之间构成种属关系,尽管“等”或“以及其他”的涵义相对不确定,但由于其所指代的事例与上位概念之间存在种属关系,因而形成相对确定的语意域。而“等”与其前面明确列举的具体事项之间则存在并列关系,受到前面已明确列举的具体事项之性质的制约。“等”后的上位概念从总体方向上限制了类型性替代语词“等”的涵义,而其前明确列举的事项则从具体特性上规制“等”的范围,这种双重制约机制有效防止了将类型性替代语词“等”的范围不着边际的任意类推现象的发生^[7]。指导案例6号所提炼的裁判要点对“等”的解释正符合上述解释论规律。责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款均属于对行政相对人经营权和财产权等影响较大的具体行政行为,“等”的内涵应当与前三种具体行政行为在形式上类似、性质上相当,且均属于“行政处罚”这一上位概念的范畴。“等”的内涵既受到前面三个同类语词的制约,即限定在经营权和财产权,同时又受到后面“行政处罚”所划定的大方向的限制。因而,法院将“没收财产”解释到“等”的涵义中,是完全正确的。指导案例6号不仅很好地贯彻了扩大解释理论,因为从属性上说,指导案例所具有的明确、具体和弥补法律条文原则、模糊乃至法律疏漏方面的作用,不是造法而是释法的作用^[8],而且通过正确解释法律维护了公民、法人或其他组织的合法权益。

二、主要问题

总体来说,行政诉讼指导案例的编选主要存在四方面问题,其既涉及程序问题,又涉及实体问题,实体问题主要表现为从整体水平上来说法官对指导案例的法理把握不够。

(一) 裁判要点的提炼水平较低

较低的裁判要点提炼水平主要体现为句式冗长繁杂不简练,如指导案例21号秋实房地产公司诉呼市人防办人防行政征收案;适用范围狭窄,如指导案例39号何小强诉华中科技大学拒绝授予学位案;要点提炼表面化,如指导案例41号宣懿成等诉浙江省衢州市国土资源局收回国有土地使用权案。以下笔者以指导案例38号、39号为例作一简单论述,上述两案例仅涉及本科生违纪、四级考试成绩不合格与毕业证、学位证的关系,对于学术自治与法律法规的关系、司法介入学校管理与教育自主权的关系,则并没有提炼出可普遍适用

^⑭该法第53条规定,“公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件不合法,在对行政行为提起诉讼时,可以一并请求对该规范性文件进行审查。前款规定的规范性文件不含规章”。第64条规定,“人民法院在审理行政案件中,经审查认为本法第53条规定的规范性文件不合法的,不作为认定行政行为合法的依据,并向制定机关提出处理建议”。

^⑮指导案例6号以黄泽富、何伯琼、何熠起诉四川省成都市金堂工商行政管理局(简称金堂工商局)行政处罚违法导入,从而认定,行政机关在作出没收较大数额涉案财产的行政处罚决定时,未告知当事人有要求举行听证的权利或者未依法举行听证的,人民法院应当依法认定该行政处罚违反法定程序。

^⑯该法第42条规定,“行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前,应当告知当事人有要求举行听证的权利”。

的一般规则。举例说,大学英语四级成绩到底属于学术问题还是学业(成绩)问题,指导案例并未作出任何解释,更谈不上说服力,因为学术与学位证挂钩,而学业(成绩)与毕业证挂钩,这里的学术能力包括两个方面,一是知识掌握;二是操作技能。前者是后者的基础,后者是前者的升华。直到现在,笔者也无法从指导案例中知晓学术自治与法律法规、司法介入学校管理与教育自主权的边界问题。而且,根据《学位条例暂行实施办法》有关规定^①,对本科毕业生授予学士学位与对研究生授予硕士、博士学位存在较大差异,根本原因仍在于裁判要点中的“学术自治范围”未能准确界定,裁判要点的提炼无法有效涵盖硕士和博士学位授予情况。近年来,在高校教师职称评审中,部分教师质疑高校职称评审委员会的组成标准及成员非专业化的诉讼也日益增多,其中涉及较多的对参评的学术论文质量的评判问题,仍属学术自治的范围。遗憾的是,指导案例38号对“教育自主”、指导案例39号对“学术自治”所涉有关裁判要点的归纳显然失之于窄。

(二)“带病”入选情况严重

这一点在指导案例39号中体现得尤为明显,主要涉及下位法与上位法相抵触的问题,遗憾的是,直到今天,与上位法抵触的有关下位法仍在生效。《高等教育法》和《学位条例》均由全国人大常委会制定或修改,《学位条例》名为条例实为法律,均属狭义法律,为上位法;而《学位条例暂行实施办法》由国务院制定,属行政法规,为下位法。依据《高等教育法》第22条的规定,大学毕业生申请学士学位,须符合“国家标准”,顾名思义,这里的国家标准是指由国家层面的机关制定的标准,具体而言,无非全国人大及其常委会或国务院制定的标准,教育部或其他省部及其以下机关制定的标准均不属国家标准,只能算作部门或地方标准,这主要是考虑到公民的受教育权属宪法性权利,不应随意下放到层级较低的机关;进一步说,将这种宪法性权利下放到层级较低的机关制定实施细则,难以把控立法水平,可能会对大学生的受教育权造成侵害。但依据《学位条例暂行实施办法》第25条^②,国务院可以授权学位授予单位(包括高校和科研机构)制定“工作细则”。实践中,对此处的“工作细则”的理解存有歧义,一是如果认为《高等教育法》第22条中大学毕业生申请学位的“国家标准”正确,则国务院授权学位授予单位制定“工作细则”的做法错误,属下位法僭越上位法,抵触无效。因为一旦授权学位授予单位可以制定“工作细则”,则意味着“国家标准”中被塞进了学位授予单位的“工作细则”这一非国家标准。二是如果认为这里的“工作细则”仅指学位授予单位在具体操作中更加细化的工作流程,而不是“实施”型的具体规则,则国务院的授权没有突破《高等教育法》要求的“国家标准”。因为“实施细则”偏重实体,而“工作细则”偏重程序或曰办事流程。因而对大学生在取得毕业证后的学位申请中附加必须通过大学英语四级考试这一条件时,实际改变的是“实施细则”而非“工作细则”,这种情况下国务院的授权并无不妥。紧承而来的是,学位授予单位擅自增加大学生在学位申请中必须通过大学英语四级考试这一内容,则显属错误,即学位授予单位的《华中科技大学武昌分校授予本科毕业生学士学位实施细则》存在下位规范与法律抵触的情形,应属无效。

但不论就上述情形作何种解释,该指导案例本身存在错误,属“带病”入选。

(三)轻视权利救济的思维依然严重

指导案例22号便是轻视权利救济偏重权力监督的典型例证,司法机关在程序上确认行政机关的做法违

^①《学位条例暂行实施办法》第3条第2款规定,“高等学校本科学士生完成教学计划的各项要求,经审核准予毕业,其课程学习和毕业论文(毕业设计或其他毕业实践环节)的成绩,表明确已较好地掌握本门学科的基础理论、专门知识和基本技能,并且有从事科学研究工作或担负专门技术工作的初步能力的,授予学士学位”。第8条规定,“硕士学位论文对所研究的课题应当有新的见解,表明作者具有从事科学研究工作或独立担负专门技术工作的能力。学位授予单位应当聘请一至二位与论文有关学科的专家评阅论文。评阅人应当对论文写出详细的学术评语,供论文答辩委员会参考。硕士学位论文答辩委员会由三至五人组成。成员中一般应当有外单位的专家。论文答辩委员会根据答辩的情况,就是否授予硕士学位作出决议。决议采取不记名投票方式,经全体成员三分之二以上同意,方得通过。决议经论文答辩委员会主席签字后,报送学位评定委员会;会议应当有记录。硕士学位论文答辩不合格的,经论文答辩委员会同意,可在一年内修改论文,重新答辩一次”。第13条规定“博士学位论文应当表明作者具有独立从事科学研究工作的能力,并在科学或专门技术上做出创造性的成果。博士学位论文或摘要,应当在答辩前三个月印送有关单位,并经同行评议。学位授予单位应当聘请两位与论文有关学科的专家评阅论文,其中一位应当是外单位的专家。评阅人应当对论文写出详细的学术评语,供论文答辩委员会参考”。第14条规定,“博士学位论文答辩委员会由五至七人组成。成员的半数以上应当是教授或相当职称的专家。成员中必须包括二至三位外单位的专家。论文答辩委员会主席一般应当由教授或相当职称的专家担任。论文答辩委员会根据答辩的情况,就是否授予博士学位作出决议。决议采取不记名投票方式,经全体成员三分之二以上同意,方得通过。决议经论文答辩委员会主席签字后,报送学位评定委员会……博士学位论文答辩不合格的,经论文答辩委员会同意,可在两年内修改论文,重新答辩一次”。

^②该实施办法第25条规定,“学位授予单位可根据本暂行实施办法,制定本单位授予学位的工作细则”。

法之后,无法在实体上提供保障。长期以来,中国行政诉讼立法和司法基本沿着“轻权利救济重权力监督”的轨道运行,表现在行政诉讼的受案方面,首先是法院只受理具体行政行为。尽管修订后《行政诉讼法》赋予了法院在裁判中对规章以下的规范性文件法律文件的审查建议权,但这一权力也仅是建议权而已,并无实质性内容。作为法律规范,其逻辑结构中缺乏法律后果这一保障性要素,因而行政机关对法院提请的规范性文件法律文件的审查建议并无遵从的义务,因为不会导致不利法律后果,这对于被侵害之权利的救济并无多大意义。就抽象行政行为的审查而言,可以说在《行政诉讼法》修订后,中国“轻权利救济重权力监督”的行政诉讼思维从无名无实进入了有名无实的“新时期”。在行政诉讼的审理内容方面,中国一直遵从只审查具体行政行为的合法性和显失公正的行政处罚的合理性,而法院审查具体行政行为的合法性,也多以确认违法等诸如此类的终结性裁判结论结案,行政机关重新作出的具体行政行为可能在合法性的限度内严重偏离合理性,但这类案件已不可能再进入司法审查的视野;而且,由于法院对合理性的审查范围仅限于显失公正的行政处罚,因而对行政处罚之外的所有具体行政行为 and 一般意义上有失公正的行政处罚则无从审查。因而,不可避免地造成具体行政行为合法但严重不合理,却又得不到相应救济的司法现实。修订的《行政诉讼法》已经定型,但笔者仍然期盼未来的指导案例能在这方面有所突破,树立良好典范。

(四)重复或变相重复法律法规和司法解释

从裁判要点的提炼来看,所涉内容创新较少,模仿较多;真正合理解释法律法规和司法解释的较少,复述相关内容的较多。除指导案例6号较好运用法律解释学原理解释了“等”这一语词外,指导案例5号、40号中的裁判要点3和指导案例41号均是在重复法律法规和司法解释。笔者并非一味反对指导案例重复法律法规和司法解释,若法律法规和司法解释本身较为晦涩或难以理解,则通过指导案例的运用向法官明示类似案件的裁判标准,这样的裁判要点值得称道。但上述3个指导案例中的裁判要点所对应的法律法规和司法解释并不属于此类,其本身涵义简洁明了。以指导案例5号为例,如果将裁判要点1、2中的“盐业管理”“工业盐准运证”和“盐业公司”等语词删除,则上述裁判要点几乎变成法条原文,在具有“普遍适用性的同时”,也标示了该裁判要点不过是法条的照搬。指导案例5号所涉《行政许可法》和《行政处罚法》的相关条文通俗易懂,毋须再通过案例明示上述内容。指导案例40号裁判要点3是关于职工工作中的过失与工伤之间的关系问题,《工伤保险条例》明确列举了五种不构成工伤的情形,其中在主观意识方面,条例规定只有在职工故意的情况下造成的自身伤残才不属于工伤,其他主观意识如重大过失或一般过失等均不影响工伤的认定,裁判要点3以反向解释的方式否定过失对工伤的影响,上述做法实无必要。指导案例41号的裁判要点具有与法条引用相悖的情形,裁判要点实际上是在重复1990年《行政诉讼法》第54条的内容^①,但列举的“相关法条”仅涉及第32条^②,显属前言不搭后语。

三、出路

通过对上述行政诉讼指导案例的分析,结合其存在的问题和值得肯定之处外,未来指导案例的编选可以考虑在以下四个方面做出努力。

(一)从广度和深度上加强对指导案例的研究以提高裁判要点的提炼水平

从已发布的指导案例看,裁判要点的提炼水平相对较低,主要表现为概括性不强导致适用范围有限,附着于表面导致不能触及问题本质,以下笔者分别举例说明。指导案例39号便是裁判要点概括性不强导致适用范围狭窄的典型例子,尽管裁判要点2认可学位授予单位依据法律规范授权可以在学术自治范围内再行制定更加细化更加具体的学位授予标准,但这一裁判要点无法覆盖到硕士博士学位授予中所涉的“学术自治”的范围。因为,《学位条例》和《学位条例暂行实施办法》针对大学本科毕业生、硕士研究生和博士研究生取得学位的要求并不相同,作为在获得毕业证后取得学位证前作为“加试”科目的“学术自治”的内涵也差别较大,裁判要点并未准确界定其范围,因而导致该裁判要点的适用范围狭窄。指导案例41号便是裁判要点浮于表面未能触及问题本质的典型案例,该裁判要点可归结为两个方面:(1)如果行政机关在具体行政行为中或诉讼中均未能列出所依据的具体条文,则具体行政行为违法;(2)如果具体行政行为中和诉讼中均未列明具体法律依据,在性质上属于法律适用错误。笔者认为,上述裁判要点的归纳存在三方面问题:(1)判断

^①该法第54条规定,“人民法院经过审理,根据不同情况,分别作出以下判决……(二)具体行政行为有下列情形之一的,判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出具体行政行为……2.适用法律、法规错误的”。

^②该法第32条规定,“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”。

具体行政行为合法与否的时点应当在具体行政行为中,而非诉讼中;(2)未列明具体法律依据在性质上并不属于法律适用“错误”,而是法律空白,因为在法律空白的情况下,根本找不到可供法律适用的“正确”法条;(3)如果在具体行政行为中和诉讼中均未列明具体法律依据,则既不属于具体行政行为没有具体法律依据,也不属于适用法律错误,而是“具体行政行为违法”。相对于“具体行政行为违法”这一实质内容,前两项均为表层现象。

(二)建立指导案例公示制度以防止“带病”入选

必须承认,行政诉讼指导案例在编选方面还存在诸多缺陷与不足,而这也使得其对于审判实践的指导作用不能有效发挥。从遴选程序看,指导案例的编选更多体现为内部操作,通常是下级法院申报—上级法院把关—最高法院案例指导办公室审核—最高法院审委会通过。按理说,依这种严密且复杂的编选方式编选出的案例自然会质量较高,然而却事与愿违。以笔者经验,该编选方式具有单向性和一定程度的秘密性,单向性体现为只存在指导案例的上报而不存在返回的征求意见,一定程度的秘密性体现为基本属于各级法院研究室的内部操作。各级法院研究室的工作人员会把自认为具有指导意义的案例选出,经本院审委会审核通过后上报上级法院研究室,各级法院的审委会很少对备选指导案例提出异议,案例走审委会的形式意义远大于实际意义。最终,指导案例的遴选成为各级法院中为数不多的参与者的活动,不说其他社会力量,即便是各级法院研究室和业务庭的工作人员也并非全部参与其中,更多地体现为学科分类下的“个人独唱”。

鉴于此,笔者建议仿效司法解释,建立有限范围内的公示制度。就司法解释而言,在修订、制定和公布前,“两高”通常将征求意见稿下发至法律水平总体较高的省级法院或省级检察院的业务部门和研究室征求意见,或者主持召开座谈会。这种既注重一线办案人员的实践经验,又重视研究室人员的理论建议的做法,可以保证司法解释水平相对较高。但即便如此,司法解释也难以避免种种问题,因为人的思维总是有限的,而且还会受到同时期国家总体形势和政策的影响。司法解释尚且如此,更不必说指导案例了。归根结底,指导案例还是司法适用的问题,其对司法裁判的作用仍像司法解释那样停留在实践层面,二者在此点上相通,因而,司法解释征求意见的做法可为指导案例所借鉴。

(三)坚持权利救济导向以纠正偏重权力监督的目标偏好

遴选指导案例不仅在于该案例裁判理由的充分和裁判要点提炼的准确,更在于最高法院欲通过该案例传达的精神和价值导向,这实际上也是行政诉讼的目的。关于行政诉讼的目的,一直存在“权利救济说”和“维护和监督行政说”两种观点的对立,前者偏重合理性的衡量,后者偏重合法性的审查。前者认为行政诉讼法的目的在于对提起诉讼的行政相对人提供权利救济的渠道,维护其正当权益。而后者则主张行政诉讼的目的在于维护和监督行政权力的合法行使。笔者认为,行政诉讼的目的应当定位于“权利救济说”,这既是抑制行政权易扩张之本性的要求,更是社会转型期更为注重公民权利保护的必需。对社会管控的主动性决定了行政权易于对公民、法人和其他组织的合法权利造成侵害,政府具有保障受侵害的公民通过第三方的中立裁断获得救济的职责。行政诉讼的根本目的仍然在于救济被侵害的权益,而行政诉讼指导案例的编选也应当贯彻并坚持这一目的,明确权利救济的导向。

指导案例6号和22号的主导思维均在于对行政相对人权利的救济,尽管有的效果并不明显,如指导案例22号,但却体现了当前行政诉讼体制下权利救济两个努力方向,一是通过扩大解释法律条文实现,二是通过赋予公民对内部行政行为的诉权实现。在此问题上,指导案例认可了凡是对公民、法人或其他组织的权利产生实际影响的行政行为皆可诉的基本理念。而通过此指导案例,将具有抽象性特征的内部行政行为纳入可诉性范畴,既是对1990年《行政诉讼法》第11条的完善,又是在其基础上的突破,指向扩大和救济公民基本权利这一核心要旨。这种逐步扩大行政诉讼受案范围的做法,与行政诉讼改革的思维不谋而合,既强调改革步子的稳健性,又重视保持改革的连续性。

(四)突出裁判要点的先导功能以避免重复或变相重复法律法规和司法解释

这实际上涉及的是裁判要点与法规、司法解释的关系问题。笔者认为,应当树立裁判要点是法规、司法解释的先导以及裁判要点的提炼既要立足案例又要高于案例的理念。裁判要点的提炼不应局限于案例本身的内容,更不应把案例所涉及的具体情事也纳入其中,因为这与指导案例的要求不符,指导案例的“指导”价值就在于其对类案的指导和约束,虽名为具体案例,但实为具有指导意义的一般规则,而这种指导和约束

作用是通过裁判要点的遵循来实现的。关于指导案例对相关类似案件的作用,依照最高法院研究室案例编选办公室有关负责人的观点,其他法院在审理类似案件时应当参照,这里的应当参照不是参照案例本身,因为完全一样的案例是很少的,而是指导案例正确地解释了法律,其他法院在审理类似案件时不参照该指导案例,实际上就是没有正确理解和适用法律,当然不被允许^②。在指导案例的形成过程中,法官对法律的正确理解和适用的核心便是对裁判要点的提炼和归纳,这种提炼实际上已经是在解释法律,为制定司法解释做准备。从这层意义上说,指导案例及其裁判要点的提炼不仅是在正确理解和适用法律,更是制定有关司法解释的准备和先导。强化指导性案例与司法解释的联系,注意从指导性案例中发现执法中的普遍性或倾向性问题,及时总结、提炼,条件成熟时制定有关司法解释^[9]。当前,随着修订后《行政诉讼法》的实施,新的相关司法解释也会酝酿出台,指导案例不仅应服务于统一司法尺度等目的,还应服务于司法解释制定和修改的科学化、合理化,因而应突出指导案例编选的试水功能。

参考文献:

- [1] 杨成,邵毅超.我国行政诉讼类型之不足与重构[J].广东行政学院学报,2010(1):63-66.
- [2] “中国法治政府评估”课题组.中国法治政府评估报告(2013)[J].行政法学研究,2014(1):3-10.
- [3] 马怀德.法治政府建设要警惕形式主义[N].人民日报,2014-04-28.
- [4] 余凌云.论行政诉讼法的修改[J].清华法学,2014(3):5-19.
- [5] 建明食品公司诉泗洪县政府检疫行政命令纠纷案[J].中华人民共和国最高人民法院公报,2006(1):44-48.
- [6] 中国行政审判指导案例[M].北京:中国法制出版社,2010:1-6.
- [7] 邵栋豪.刑法适用解释的多维兼顾[N].中国社会科学报,2011-09-27.
- [8] 蒋安杰.最高人民法院研究室主任胡云腾——人民法院案例指导制度的构建[J].法制资讯,2011(1):78-81.
- [9] 江必新.司法对法律体系的完善[J].法学研究,2012(1):88-95.

The administrative litigation case guidance system: Problems and solutions

SHAO Donghao

(Chongqing Anti-corruption Research Center, Chongqing Technology and Business University, Chongqing 400067, P. R. China)

Abstract: The administrative litigation guidance cases have the function of unifying judicial scale and defining legal norms. At present, the Supreme People's Court's selection of administrative litigation guidance is poor in referee points refining and “sick” in serious condition, and also it despises the right relief thought seriously and simply repeats regulations or judicial interpretation, so that its function is far from case guidance. To this end, strengthening the research of guiding cases from the depth and breadth to improve the refining level, establishing guidance case publicity system to prevent the “sick” ones to be selected, insisting on the right relief orientation to correct power supervision target preference, and outstanding the guiding function of referee points to avoid regulations and judicial interpretation repeating are all improvement paths for reflecting the function of guiding cases.

Key words: guidance cases; type; main problems; improvement path

(责任编辑 胡志平)

^②2014年6月18日,时任最高法院研究室司法解释协调和案例指导处处长的吴光侠先生在重庆市高级人民法院举办的“指导性和参考性案例培训班”上的授课讲演录。