

# 行政判例研究

赵正群\*

---

**内容提要:**来自不同法系的经验,正在使判例不属于正式法律渊源的传统看法变得不合时宜。判例的遵循先例规则在属于公法领域的行政法部门中较属于私法的民商法领域中更易生成并发挥作用。名为“案例”、实为行政判例雏形的我国最高人民法院公报案例和最高人民法院依据《裁判文书公布管理办法》公布的裁判文书,已经对我国行政诉讼的展开与行政法学研究产生了实际影响。我国应正式确认判例具有司法解释的效力与地位,完善其形式,公布程序,制定具体适用规则,增加其数量,规范其种类。

**关键词:**行政判例 判例的构成与适用 判例类型 判例体系

---

我国大陆对作为法治经典实证资料的判例以及对作为法学基本研究方法的判例研究方法,至今仍缺乏较为系统的研究。这既不利于对法治实践发挥应有的影响,亦不利于学术规范的形成与学术品位的提升。在后起发展的行政法学领域,这一问题尤显突出。而随着我国已经加入世贸组织,面临着日见展开的全球化、信息化提出的各种新问题,法学研究,特别是行政法学显然应该更注重判例研究,以应对由于相关立法滞后、执法问题突出而带给行政法部门更为严峻的挑战。由此,本文对行政判例问题展开如下研究讨论。

## 一、行政判例的意义

### (一)判例的性质与地位

判例,即具有约束力的司法先例。行政判例,指在行政审判实践中,由具有权威性的审判机关作出的可以影响或在事实上拘束今后审理同类案件的权威性行政判决。在当代法学研究中,一提及判例,几乎总是要首先问到判例是不是法的问题。在普通法系中,人们习惯于把判例视为主要或基本的法律渊源,判例无疑是法。在大陆法系中,判例正在发挥着越来越重要的作用,特别是权威审判机关的重要判决,在司法实践中早已经具有事实上的约束

---

\* 南开大学政法学院教授。

力。在法国大革命前,高等法院,尤其是巴黎高等法院的判例具有与立法一样甚至更高的约束力。大革命后,经过改革发展起来的法国行政法,其主要渊源仍非源于制定法,而是源于行政法院的判例。在德国和意大利,宪法法院关于制定法合宪性的判决一直具有普遍拘束力。在日本,《裁判所法》第4条明确规定,上级裁判所作出的判断,对下级裁判所在审理相关案件时具有拘束力。而伴随英国和爱尔兰等国加入欧共体,原本受大陆法系传统支配的欧洲法院虽然没有全面采用普通法系的“遵循前例”原则,但至少已经把判例作为次要法律渊源。因此,就世界最主要的两大法系而言,至今仍坚持认为判例不属于正式法律渊源的看法已经不符合法律发展的客观事实。退一步说,不论对判例作何种定性认识,司法实务与学理上均已普遍确认判例对推进法治发展、促进法学研究具有不可或缺的独特地位与作用。

## (二)判例不同于案例

判例与一般案例不同。日本在正式汇编发表各级法院的判决时,其名称上就有“判例集”和“裁判例集”之分,以彰显具有司法权威性的判例与一般裁判例即普通案例的区别。如具有判例性质的最高裁判所和高等裁判所判决汇编被称为《最高裁判所判例集》和《高等裁判所判例集》,而不具有判例性质的地方裁判所判决汇编则被命名为《下级裁判所裁判例集》。在影响较大的专业杂志中,也注意到这种区分。如:《判例タイムズ》的主要栏目被分为专门刊载最高裁判所判决的“特报”和“最高裁判例”,而其他栏目则分别被命名为“行政”、“劳动”、“民商事”和“刑事”等类别的“裁判例”;《判例时报》的主要栏目则被区分为“判例特报”和“判决录”两大类。与我国大陆至今仍未正式确立判例制度相关,在我国现行正式法律文本中,一直未正式使用“判例”一词,以至在学者们普遍认为应该使用“判例”称谓之处,一直名为“案例”。最高人民法院公报自1985年创刊以来,一直将那些主要源于地方各级人民法院报送或推荐,并经由法院公报编辑部筛选修订,最后报请最高人民法院审判委员会审查通过,方才在法院公报上刊出的具有“指导意义”的司法裁判,称为“典型案例”或“案例”。众所周知,法院公报上发表的这些“典型案例”或“案例”并非一般的法院审判实例。1995年出版的《中华人民共和国最高人民法院公报全集》曾在出版说明中作如下专门介绍:“《公报》发布的案例,都是经最高人民法院审判委员会反复推敲、字斟句酌,从众多案件中精选出来的。每个案例都有详细的事实、判决理由和结果,蕴含了深刻的法律意义。它既不同于用作法制宣传的一般案例,也不同于学者们为说明某种观点而编撰出来的教学案例。它具有典型性、真实性、公开性和权威性特点,是最高人民法院指导地方各级人民法院审判工作的重要工具,也是海内外人士研究中华人民共和国法律的珍贵资料。”这里的“典型性”,显然系指为审理同类案件提供了“样板”;“权威性”,则暗示这些“样板”具有事实上的司法拘束力。凡是了解我国法律解释体系与规则的人,都可以从公报目录下的两行醒目黑体字“本刊司法解释和案例经最高人民法院审判委员会讨论通过;本院发出的文件和司法解释均以公报发布的文本为准”中,感受到公报上的案例虽然未被赋予“判例”之名,但已经被赋予了

参见沈宗灵《再论当代中国的判例》,载《判例在中国》,珠海市非凡律师事务所编,法律出版社1999年版,第8页。

《岩波判例基本六法/裁判与判例》,岩波书店1996年版,第6页。

《判例タイムズ》半月刊,1950年正式出版发行;《判例时报》旬刊,1953年正式出版发行。

和最高人民法院司法解释同等的司法权威。视这些案例为一种特殊形式的司法解释, 或将其称为“具有司法解释性质的判例”, 显属顺理成章。

### (三) 行政判例的特殊意义

认识判例不同于普通的案例, 判例至少具有事实上的法律约束力, 为进一步了解行政判例在行政法部门中所具有的特殊意义奠定了基础。对此, 可以从以下三个角度得到进一步说明。首先, 对于判例在大陆法系中不是正式法律渊源的一般认识, 不适合行政法, 至少不适合被视为现代行政法母国的法国行政法。作为大陆法系保持法典化传统的代表性国家, 法国行政法的主要渊源并不是成文法典, 而是源于行政法院的判例。之所以出现这一例外, 当然与法国的行政法治发展进程有关。为排除以巴黎高等法院为代表的保守势力以司法权干扰大革命后的改革, 立宪会议于 1790 年以法律规定了司法职能与行政职能的永远分离。此举使在此基础上新设立的以解决行政纠纷为主要职责的行政法院(其前身为国家参事院)不得不经常在缺少成文法典依据的情况下, 结合个案裁判来确立有关行政法治原理和规则, 由此形成了许多蕴含行政法原理与基本规则的重要判例, 而正是这些重要判例实际支配了其行政法的发展。以至于在这个以其恢宏的民法典著称于世的法典化的代表性国家, 在其行政法领域, 并没有一部行政法基本法或总则, 却由逐月逐年公开发表的最高行政法院判例中蕴含的基本原则, 实际起着行政总则的作用。以致其本国学者亦曾对行政判例的作用作出如下描述: “如果我们设想立法者大笔一挥, 取消全部民法条文, 法国将无民法存在; 如果他们取消全部刑法条文, 法国将无刑法存在; 但是如果他们取消全部行政法条文, 法国的行政法仍然存在, 因为行政法的重要原则不在成文法中, 而存在于判例之中”。总之, 法国作为保持法典化传统的代表性国家, 其以判例构筑行政法发展基础的经验, 有助于开拓我们的行政法学研究视野, 并为加快我国行政法的进步与发展提供了一些启示。

其次, 判例的遵循先例规则在属于公法的行政法部门中较之于属于私法的民商法领域中更易生成并充分发挥作用。尽管作为现代公法调整对象的社会公共关系与公共行政所涉及的领域, 已经较传统的公法关系领域有了前所未有的扩展, 但行政法的调整对象毕竟仍较更直接地规范日益发展着的市场经济条件下的民事商事关系稍便于梳理归纳及类型化。而能够进行类比与区别, 即判例中的事实和相关规则能清楚地被人们理解, 正是判例制度得以产生和发展的基础。例如, 曾被视为建构法国整个行政法体系基石的行政审判权限划分的“公务标准”, 虽然在 1855 年已由作为行政法院前身的国家参事院提出, 但并未引起注意, 直到 1873 年, 法国权限争议法庭在对布朗戈(Blanco)诉国家赔偿一案作出的权限管辖判决中, 明确地以公务标准取代了国家债务人标准和公共权力标准之后, 公务标准才被视为是法国行政法的一项基本原则。在后续的 1902 年 Terrier 案、1908 年的 Feutry 案、1901 年的 The'ron 案、1912 年的 société des Granits Porphyroïdes des Vosges 诸案判决中, 该标准被扩张适用于国家行政机关以外的其他组织, 才成为覆盖全部行政审判权限的标准。再如, 近年在日本产生重大社会影响的, 以制止公

参见董皕:《司法解释论》, 中国政法大学出版社 1999 年版, 第 342 页。

[法]弗德尔《行政法》, 1984 年中文版, 第 107 页。转引自王名扬著《法国行政法》, 法律出版社 1989 年版, 第 19 页以下。

王名扬:《法国行政法》, 法律出版社 1989 年版, 第 555 页以下。

款消费为目标的交际费、食粮费信息公开诉讼,虽起因于民间社会团体“市民行政监察员”组织依据地方自治法监督地方行政当局的公款不当支出行为,但使这一对地方行政当局的交际费、食粮费信息公开诉讼产生重大社会影响,并使其类型化、规范化,从而有力推进了日本信息公开法的制定,则不能不专门提到最高裁判所曾为此作出的“大阪府知事交际费情报公开请求案判决”、“大阪府水道部恳谈会议费情报公开请求案判决”、“栃木县知事交际费情报公开请求案判决”,这3个最高裁判例所起到的独特作用。

再次,名为“案例”实为行政判例雏形的我国最高人民法院公报案例和最高人民法院依据《裁判文书公布管理办法》公布的裁判文书,正在对我国行政诉讼的展开,进而对推进我国行政法治与行政法学研究的发展产生着巨大影响。行政诉讼法,自1989年颁布并于1990年10月实施以来,对我国行政法治与行政法学研究所起到的拉动与牵引作用,已经有目共睹。但由于立法的社会背景条件和法学界学术视野的限制,亦致使无论对该法基本原则的解释,还是对有关规则的确定与适用上,都有一些不尽人意之处。比如,在立法之初作为国家正式立法解释的行政诉讼法“立法说明”,在阐释该法基本原则时,仅把“总则”中的第3~10条,概括为行政诉讼的基本原则,而没有把居于该法显著地位的第2条,即行政相对人一方“有权”依据该法规定提起行政诉讼的诉权保护条款解释为基本原则,显然不尽周详。至少在法律解释方面削弱了对行政相对人一方有效行使行政诉权的支持。在这种情况下,法院公报于1991年第3期发表了《梁宝富不服治安行政处罚复议决定案》。在最高人民法院于行政诉讼法施行以后发布的首例行政典型案例的事实叙述和判决中,专门提到了对作为原告和第三人的起诉权和申诉权的司法保护问题。行政法学者及时从中归纳提炼出依法保护公民行政诉权应成为我国行政诉讼首要原则的论断,有力支持了行政诉讼法在初始实施阶段不得不时时面对的种种艰难。<sup>⑩</sup>还有,已经引起社会广泛关注的《田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案》<sup>⑪</sup>所确立的公立大学学生可以就与学校发生的教育管理争议向人民法院提起行政诉讼的先例,已经直接引发了北京大学博士生就学位问题诉母校;山东考生就平等被录取权问题诉教育部案等一系列有关教育行政诉讼案,使行政诉讼迅速普及到行政诉讼法并未明文规定的受教育权领域。并为1999年行政复议法将依法保护公民一方的受教育权明确列为行政机关的法定职责和行政复议范围作出了突出贡献。<sup>⑫</sup>

其实,名为案例、实为我国行政判例雏形的最高人民法院公报案例和最高人民法院依据《裁判文书公布管理办法》公布的行政裁判文书,对促进我国行政法治与行政法学发展起到的特殊作用,远不止上述两例。在已经公开发表的33个行政判例和2个涉宪判例中蕴含着丰富的行政法与宪法原则和法理,正急待行政法学者去梳理、挖掘和阐释,以便将其适用于

赵正群:《交际费、食粮费情报公开诉讼及其意义——日本行政诉讼在20世纪90年代的新发展》,载《行政法论丛》第5辑,法律出版社2002年版。

赵正群:《行政诉讼法宪政意义重述》,《人民法院报》2001年4月13日。

《关于〈中华人民共和国行政诉讼法〉立法说明》,载《1990中国法律年鉴》,第160页。

⑩ 参见赵正群:《行政诉权在中国大陆的生成及其面临的挑战》,载《诉讼法论丛》第6辑,法律出版社2001年版,第753页以下;《人民法院对治安行政案件的审理及其对公民行政诉权的司法保护》,《行政法学研究》1993年第2期。

⑪ 参见《最高人民法院公报》1999年第4期。

⑫ 参见《中华人民共和国行政复议法》第6条第(9)项。

包括立法、执法和司法在内的我国整个行政法领域。

## 二、行政判例的构成和适用

### (一)行政判例的构成

普通法系国家的判例由名称、判决理由和判决三部分构成。名称通常由原告和被告的名子,并在中间加一个字母 V. (versus 一词的缩写)构成。判决理由部分又称为法律意见,通常有 5 页左右,由参与裁判的某一位法官以个人意见的名义,代表法院撰写。如马伯里诉麦迪逊案的判决理由开头是,“首席大法官马歇尔发表了如下意见”。<sup>⑬</sup>接下来,通常是对案件的事实及诉讼过程加以总结,对判决理由的全面论述,包括对已成为先例的判例、制定法条文及其他权威意见的引证、分析和论证。判决事项由多数法官通过,写在判决理由之后,并由法官签名。如果有法官,虽同意判决,但不同意判决理由,可以另行撰写意见书,或不写意见而保持异议。当然,如果有法官对本案判决持有异议,则可以在判决书中一发表“反对意见”。但英国往往只写一份意见书,而不象美国那样,法官可以发表自己的意见。对于维持原判的上诉案件,一般不写意见书,只写判决。

原属大陆法系的日本早在明治时期,即已接受德、法等国的影响,建立起大陆法系的判例制度。二战后,又接受了美国法的影响,判例的法律地位和制作技术较战前有了提高。其判例在书面表现形式上,较英美判例更多一些官方文书色彩。《最高裁判所判例集》中发表的判决有以下固定格式:首先有一个能概括基本案情的名称,并以括号标明案号、判决时间和判决结果;其次是诉讼当事人、第一审和第二审判决机关和判决时间;然后是“判示事项”和“判决要旨”;再次是本案判决的“主文”和“理由”。理由部分构成判决的核心,由两部分组成。首先是本案裁判官针对上告理由写出的判决理由,之后有本案裁判官的签名。然后,详细完整列出上告方的上告理由。最后,是“参照”,即本判决的参考文献,具体包括第一审和第二审判判决的主文、事实和理由的全文。日本现行判决最值得注意之处,是在接受美国法影响之后,在判决理由中包括着合议庭法官对本案判决和判决理由的“反对意见”(对此,将在下文“行政判例的适用”中一并讨论)。另外,在充分说理,详尽阐明理由的指导思想下,日本现行判决也有一种篇幅越来越长的趋势,动辄数十至数百页的判决已经很常见。日本判例的构成样式,对我国民国时期和台湾现行判例形式产生很大影响。

与发达的普通法系和大陆法系国家的判例相比,我国大陆现行的最高人民法院公报案例,在构成上的一个突出特点是,多为经最高人民法院整理编撰的下级人民法院裁判。只有少数是依 2000 年 6 月最高人民法院《裁判文书公布管理办法》,以“法公布”形式公布的最高人民法院裁判原文。基于判例首先应该是一个具有权威性的判决,建议最高人民法院公报案例应转变到以公布法院判决原文为主,并在此基础上加强对判决理由的表述。

<sup>⑬</sup> 本判决的中文译文见《中外法学》2000 年第 2 期。

## （二）行政判例的适用<sup>⑭</sup>

在普通法系中,法院的判决会产生两项效果。一是解决具体争端;二是构成一个先例,即以后遇到同样案件应作出同样的判决,称为遵循先例原则。在大陆法系中,理论上通常不承认这一原则。但实际经验表明,在审判实践中,大陆法系的法官在面临着基于审级制度而实际上具有拘束力的判例(通常是上级法院的先前判决)时,其心理活动与普通法系国家的法官并无多少不同。<sup>⑮</sup>特别是当其要作出与先例不同判决时,不外如下 3 种选择。一是回避与判例的正面冲突,按照上级法院的先例判决,由上级法院在当事人上诉时自己矫正过去的判例。二是在持有充分自信时,向被认为不应继续具有合法或公正性的判例挑战,作出自认为合法或公正的判决。当作出这一选择时,法官的自信通常要达到这样的程度,即认为即使当事人上诉,上级法院也会改变在已往判例中所持的立场而支持自己的判决。三是发现本案与判例事实之间存在着某种实质性不同,从而使判例不适用与本案。三者相比,第三者显然是法官们在绝大多数情况下的最佳选择。同理,这也是律师或检察官们在诉讼活动中的理性选择。这一处理方式已经构成了判例适用的基本技术,通称为区别技术。

运用区别技术通常遵循下述思维程序。首先,应区别出判决理由中的实质性规则和说服力理由,又称为附带说明部分。判例并非在整体上都具有约束力,只有判决中所包含的某种法律规则,即实质性规则才具有约束力,附带说明部分只起辅助说明作用。其次,要发现实质性规则所依据的实质性条件,支持实质性规则的实质性条件越具体,越详尽,实质性规则就越具有权威性和说服力。再次,归纳出构成本案的实质性条件,以决定可否适用相关判例规则。决定适用判例规则应作出本案实质性条件与判例相同,因而应适用判例内蕴规则的论证;反之,则应作出本案实质性条件与判例不同,因而不适用判例规则的论证,并在此基础上,作出应适用何种其他规则的论证。

适用判例的真正难点在于,在个案中对判例内蕴的实质性规则和说服力理由,对实质性规则所依据的实质性条件和非实质性条件,对构成本案的实质性条件与非实质性条件的具体辨认与论证。因为,判例本身所内蕴的规则,虽然可以借鉴先前的经验和论理,但从根本上还是取决于判例适用者本身的发现与阐发。这正是诸多经典判例得以保持持久约束力和影响力根源之所在。

## 三、行政判例的类型

### （一）对行政判例进行类型研究的意义和方法

对行政判例进行类型研究具有以下两方面意义。其一,科学在于界分,对研究对象的类型研究是建立任何科学体系的基础。其二,我国大陆行政法学界对行政判例的研究已经起

<sup>⑭</sup> 考虑到不论普通法系还是大陆法系,也不论学术界还是实务界,在对判例具有事实上的拘束力这一点上并无异议。故本着实事求是的态度,并着眼于判例制度的发展方向,试以“判例的适用”来概括表述对判例的运用问题。

<sup>⑮</sup> 前引〔4〕。

步,已经产生了一些有影响的个案研究成果。如对《梁宝富不服治安行政处罚复议决定案》、<sup>⑩</sup>《桐梓县农资公司诉县技术监督局行政处罚抗诉案》、<sup>⑪</sup>《田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案》、《赖恒安与重庆市人民政府不予复议行政纠纷上诉案》<sup>⑫</sup>的研究,已经受到司法界和学术界的关注。与此同时,还出现了对最高人民法院公布的行政判例和国外最新行政判例进行专题研究的作品。<sup>⑬</sup>本书提出行政判例类型问题,意在已有和正在展开中的个案研究基础上,进一步推进分门别类的专题研究,并由专题研究发展到综合研究,以推进我国行政判例的发展,进而推进我国行政法治和行政法学的进步。

依研究目的和层次的不同,可以把判例类型化。如依判例在不同法系中的地位与风格,可以把判例区分为普通法系中的判例和大陆法系中的判例,及兼有普通法系和大陆法系两种法律地位和风格的判例;依不同的法律部门,可以把判例区分为宪法、行政法、民商法、刑法判例等等。具体到行政判例,可以依审判机关对被提起行政诉讼案件的态度和判决结果,区分为支持与维护行政行为的判例和监督与制约行政行为的判例;依行政判决是依据现有制定法条文作出,还是在制定法条文未作明确规定下作出的,把行政判例区分为法规适用型判例和规则创制型判例。<sup>⑭</sup>

## (二)对最高人民法院公布的行政判例的类型化分析

如上文所述,我国至今尚未正式确立判例制度,但自1985年《最高人民法院公报》正式发表“典型案例”以来,这些案例已经被普遍视为我国判例的雏形,并通称为“法院公报案例”。考虑到最高人民法院于2000年6月发布《裁判文书公布管理办法》之后,依据该办法而以“法公布”形式公布的最高人民法院裁判原文,已经为我国判例制度的发展作出了新贡献,并构成了我国判例的一个新来源。本文建议将两者合并统称为最高人民法院公布判例,以取代已经不能完整涵盖我国判例最新发展状况的“法院公报案例”。也就是说,目前可以被称为我国判例的有两项基本来源和形式。一种是经各级人民法院,包括最高人民法院自身审决案件后,经上报或推荐,由法院公报编辑部整理成案例材料,经最高人民法院审判委员会讨论通过发表于法院公报的“案例”;另一种是,依据《裁判文书公布管理办法》,以“法公

⑩ 见《最高人民法院公报》1991年第3期,该案是行政诉讼法实施以来最高人民法院发布的首例行政判例。《人民法院对治安行政案件的审理及其对公民行政诉权的司法保护——梁宝富不服治安行政处罚复议决定案评析》一文,为评析《最高人民法院公报》行政判例的较早论文,《行政法学研究》1993年第2期。

⑪ 见于《最高人民法院公报》1995年第4期。《人民法院报》曾为研究本判例的《打假的“司法审查标准”》一文配发了“编者按”。“《今日点评》专栏特编发对此案的评析,并希望以此进一步激起法学界与实务界对《公报》上刊登的‘判例’的关注。”《人民法院报》2001年1月8日。

⑫ 罗豪才教授主编、法律出版社于1998年1月开始连续出版的《行政法论丛》,从第2卷开辟“判例研究”栏目,在第3卷集中发表了沈岿、马怀德、何海波、石红心、饶亚东等五位学者和行政法官研究《田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案》的论文,在第4卷发表了康凯对《赖恒安与重庆市人民政府不予复议行政纠纷上诉案》(最高人民法院行政判决书(1998)行终字第10号;法公布(2000)第8号)的研究,表现出对《最高人民法院公报》上刊载的以及最高人民法院正式公布的行政判例的关注。

⑬ 参见赵正群:《从案例看我国行政诉权保护的强化与扩大》,《人民法院报》2000年12月21日;及前引〔8〕、〔11〕。其中前引〔8〕为国内学者对外国最新行政判例予以专题研究的作品。另外,湛中乐、李凤英:《论高等学校法律地位》一文,亦为运用判例研究方法专题讨论高等教育法问题的力作,载《行政法论丛》第4辑,法律出版社2001年版。

⑭ 原田尚彦教授曾将日本的行政判例区分为“行政批判型”和“行政追随型”;还有“モデル志向型”和“事件志向型”。参见《行政判例の役割》,弘文堂,平成3年3月30日初版,第1页以下。

布”形式,在人民法院报和法院公告上公布的最高人民法院的裁判原文。自该办法实施以来,最高人民法院自身裁判,已主要以“法公布”形式在《人民法院报》上公布,同时,挑选其中“具有典型意义、有一定指导作用”的判决,发表于《最高人民法院公报》。<sup>②</sup>对地方各级人民法院的典型裁判,则仍以法院公告案例形式公布。至2001年底,法院公告共刊登发表了366个判例,另以“法公布”的形式发表了130个最高人民法院的裁判。其中,行政案件和相关判决共有33个。

依司法机关对被提起行政诉讼案件的态度和判决结果,可以把行政判例区分为支持与维护行政行为的判例和监督与制约行政行为的判例(以下简称支持维护型判例和监督制约型判例)。在最高法院已经公布的33个行政案件和判决中,属于支持维护型判例有11例,判决撤销或部分撤销、判决履行法定职责、确认行政违法等,在判决结果上对被诉行政行为予以监督制约的判例为21例,其中在判决撤销和部分撤销并同时判决行政机关予以行政赔偿的有6例。尽管仅从判决结果上考察行政判例,易流于表面甚至肤浅。因为,法院依法审判,每一诉讼案件的结果,应取决于被诉行政行为是否具有合法性,而不应受法院和行政法官的倾向性所左右,但诉讼结果仍不失为考察行政诉讼实效的重要指标之一。特别是人民法院历经10余年行政审判实践经验积累,在已经审结的60余万件行政案件中,仅精选出33个形成我国最初的行政判例,其基本内容风貌,仍可在一定程度上透视出最高人民法院直接审判并指导全国行政诉讼工作的基本倾向和立场。

依行政判决是依据现有制定法条文作出,还是在制定法条文未作明确规定下作出的,可以把最高人民法院公布的行政判例区分为法规适用型判例和规则创制型判例。人民法院在行政诉讼中的基本职责,决定了最高人民法院公布的行政判例大多数为法规适用型判例,即为多数通常案件提供正确适用法律的典型和样板,以推进对法律法规的正确适用和实施。如在《平山县劳动就业管理局不服税务行政处理决定案》(公报1997.2)中,最高人民法院肯定了该县法院在“已经查明,该处理决定从程序上违法,依法应予撤销,法院无需再就行政实体方面的争议继续进行了审理”的审结方式,标志人民法院对行政诉讼法明文规定的对被诉行政行为“违反法定程序”的合法性的审查,已经达到了很高的水平。同时,由于成文法的有限规范与社会生活无限发展之间的内在矛盾,也决定了初创未久与正在展开的行政诉讼必然会遇到诸多制定法条文未作明确规定的情况。根据法院不得拒绝审判的原理,法院显然有责任,依成文法的既定原则和相关规范作出一些具有一定创制性的司法裁判,即规则创制型判例。如在《张晓华不服磐安县公安局限制人身自由、扣押财产案》(公报1994.4)和《黄梅县振华建材物质总公司不服黄石市公安局扣押财产及侵犯企业财产上诉案》(公报1996.3)两案中,最高人民法院认可了义乌县法院和湖北省高级人民法院对“名为刑事侦查”,实为公安机关在经济利益驱动下“越权干预经济纠纷”案件的审理。通常,对这类纠纷人们无疑会首先考虑应利用事后的刑事赔偿请求程序来寻求法律救济,但在上述两案中,却创造了将其作为行政诉讼案件审理,使行政相对人可以及时获得事中救济的先例,实际上是对行政诉讼法规定

<sup>②</sup> 《裁判文书公布管理办法》将以“法公布”形式公布的裁判,区分为“有重大影响”的和“具有典型意义、有一定指导作用”两类。前者的公布形式为“商请人民日报、法制日报等报刊予以公布”;后者的公布形式是“不定期地在人民法院报、公报上公布。”考虑到我国判例制度正处在初创阶段,总体上数量偏少,其构成和公布形式尚未定型化,故在本文中暂将两者一并纳入判例范畴予以关注研究。



的受案范围的适度扩大适用。又如,在《田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案》(公报 1999.4),《溆浦县中医院诉县邮电局不履行法定职责案》(公报 2000.1)两案中,则专门阐明了依法律、法规授权或依计划经济管理惯例行使诸如学位授予权的国家高等院校和行使特定邮电事业管理权的邮电局均可成为行政诉讼中的被告,开辟了履行社会公共事业管理职能的事业法人应接受行政审判监督的先例。

最高法院公布的判例,在为展开有关行政法和行政诉讼问题的专题研究提供了典型资料的同时,也为对其本身展开类型化的专题研究开辟了途径。如谢培新诉永和乡人民政府违法要求履行义务案(公报 1993.1),桐梓县农资公司诉县技术监督局行政处罚抗诉案(公报 1995.4),溆浦县中医院诉县邮电局不履行法定职责案(公报 2000.1),兰州常德物质开发部不服兰州市人民政府收回土地使用权批复案(2000.4)等判例,均涉及到人民法院对行政重复处理行为的合法性审查问题。而上述判例中涉及的重复处理行为,均为行政执法过程中的实体性处理,明显不同于司法解释中将重复处理行为限定为“驳回当事人对行政行为提起申诉”的界定。<sup>②</sup>又如,在诸多判例中都涉及到的人民法院对于不同情形下的越权与滥用职权行为的审查、对行政法比例原则的适用、对行政赔偿标准的具体掌握、对行政规章及规范性文件的审查与适用、对行政诉讼证据的审查等问题,已经为展开相关专题研究提供了可贵的具有司法权威性的资料,也为从多角度对行政判例加以类型化探讨提供了便利和可能。

## 四、发展我国行政判例制度的途径和举措

### (一) 赋予判例以司法解释地位,明确肯定其法律效力

经历了 20 余年的法治理论和实践积累,伴随司法改革问题成为我国法制建设中的热点问题之一,介绍研讨判例制度的话语和作品已经时有所见,理论界和实务界在努力发展与完善我国判例制度问题上已经形成共识。但与我国法院每年审结 500 多万件各类案件和近 10 万件行政案件的总数相比,判例总数和行政判例的数量均显过少。对判例本身,特别是对国内外行政判例本身给予学术性研讨的论著还属凤毛麟角,致使判例的影响力和实际作用仍很有限。除受制于个人法律专业素养因素以外,我国至今仍未正式赋予判例确切法律地位,未明确肯定判例的法律效力,更未建立对判例的适用规则,无疑是重要的制度性原因。因此,发展与健全我国判例制度的最简洁有效途径和举措,莫过于吸收借鉴大陆法系诸国均已建立相对完整的判例制度的经验,特别是法国以行政判例发展行政法的经验,日本裁判所法明文规定最高裁判所和上级裁判所的判例对于下级裁判所在审理相关案件时具有拘束力的经验。首先由最高人民法院以司法解释肯定最高人民法院公布的判例为司法解释方式之一,使判例获得司法解释效力。在方便时,依立法程序将这一司法解释上升为人民法院组织法、法官法或相关诉讼法规范。

### (二) 完善判例形式和公布程序,制定判例适用规则

为使最高人民法院公布的判例成为规范的司法解释方式之一,获得司法解释的效力,就要完善判例的形式和公布程序并制定相应的适用规则。自 1985 年最高人民法院公报发表

<sup>②</sup> 《最高人民法院关于执行 中华人民共和国行政诉讼法 若干问题的解释》第 1 条第 2 款第 5 项。

判例以来,在完善判例的形式和公布程序方面已经取得了一些重要进展。如,最高人民法院曾采用过3种不同形式来发布案例。一是作为一般文件下发,供各级法院作为审判各类案件的范例;<sup>②③</sup>二是作为司法解释文件下发,要求各级法院参照执行;<sup>②④</sup>三才是由最高人民法院审判委员会讨论通过,并由法院公报公布。但自最高人民法院强调法院公报是“最高人民法院的权威性刊物”,“最高人民法院发出的内部文件,凡与公报公布的不一致的,均以公报为准”以来,实际上,最高人民法院已经不再采用前两种方式发布案例,以前两种方式发出的案例,因未被公报发表,实际上也未被认可为判例。可见,我国判例的公布程序,已经被规范为经由最高人民法院审判委员会审查通过,并由最高人民法院公报公布。

但法院公报判例在判例形式或构成方面存在着一个突出问题,即它们通常都是经公报编辑委员会改写过的地方各级人民法院的判例材料而非人民法院的判决原文。这显然不符合判例通常由一件完整的判决原文构成的通例,也不利于体现判例的详尽说理性和完整性。有鉴于此,最高人民法院于2000年6月发布了《裁判文书公布管理办法》,规定了以“法公布”形式完整发表最高人民法院自身作出的“有重大影响”和“具有典型意义、有一定指导作用”的判决,从而使我国判例开始具有了完整的表现形式。但由此产生的新问题是,这些以“法公布”形式发表的最高人民法院判决中仅有少数被收入了《最高人民法院公报》,造成了其与经公报编辑委员会编辑后刊登的来自地方法院的判例,在构成形式上明显不同;<sup>②⑤</sup>同时,还产生了这些已经被收入法院公报的“法公布”判决和未被收入公报的判决,在法律效力和地位上是否应有区别的问题。考虑到判例应具有统一的审查公布程序和完整的表现形式,并便于阅读理解和司法适用的要求,而法院公报的篇幅有限,难以满足判例要求详尽说理和应适当增加判例数量的要求。为此,笔者建议,在总结目前判例发布经验基础上,考虑借鉴普通法系和大陆法系各国均出版专门的判例公报或判例集的方法,专门出版最高人民法院判例公报或判例集,一并收入全部最高人民法院以“法公布”形式发表的裁判原文和经由最高人民法院审判委员会审查通过的地方各级人民法院的典型裁判。

判例一旦被确认为规范的司法解释之一,获得司法解释效力之后,就需形成较规范的判例适用规则。为此,应明确规定在最高人民法院已经公布了相应判例的领域,各级法院在审理相关案件时,应该引用或参照相关判例,并运用法律解释或区别技术来说明本裁判是否适用相关判例的理由。基于最高人民法院有权以新的司法解释取代旧的司法解释规则,当然可以新的判例取代旧的判例,但新发布的判例不应具有司法上的溯及力。同时,应当适用而没有适用或错误地适用了判例,可以成为当事人不服本案判决而提起上诉或申请再审的理由。由此提出了所有的法律专业人员,而不仅限于法官,均应关注适用判例和适用成文法条款的不同技术要求,努力学习掌握运用新的判例解释方法并积极借鉴判例法中的区别技术,

<sup>②③</sup> 参见前最高人民法院院长郑天翔在第七届全国人大第一次会议上的法院工作报告。《1989法律年鉴》,第754页。

<sup>②④</sup> 例如最高人民法院曾于1985年7月18日以通知形式印发了关于破坏军人婚姻罪的4个案例,供全国各级法院参照适用。以同类方式发表的案例还有1986年3月5日最高人民法院和最高人民检察院、卫生部、公安部联合印发了张水月贩卖毒品案。

<sup>②⑤</sup> 以“法公布”形式发表的最高人民法院行政判决中仅有罗边槽村一社不服重庆市人民政府林权争议复议决定行政纠纷上诉案被收入了《最高人民法院公报》2000年第6期。其他以“法公布”形式发表的最高法院行政判决均未被收入《最高人民法院公报》。这一处理颇耐人寻味。

来提高运用判例的能力的问题。

### (三) 增加判例数量并规范种类,建构我国判例体系

与我国各级人民法院每年审结的诉讼案件总数已达 500 多万件,其中行政案件已达近 10 万件的总数相比,判例总数和行政判例的数量均显得过少。自我国行政诉讼制度建立以来,人民法院已经审结了 60 余万件行政诉讼案件,但最高人民法院至 2001 年底仅公布了 33 个行政判例。其中,法院公报自 1989 年开始正式发表行政判例以来,12 年间仅发表了 28 个行政判例。虽然自 2000 年 6 月发布《裁判文书公布管理办法》以来,又以“法公布”形式,发布了另外 6 例最高人民法院直接审结的行政判决,但无论如何,不能不说其数量过少。最高法院公布的行政判例数量过少,及其讨论研究这些判例的论著更少,无疑严重影响着其作用的发挥和我国判例制度的发展。因此,有必要在今后适当增加判例,首先是行政判例的数量,同时,更应加强对已发布的行政判例的研究。

行政判例的数量过少,显然与我国法院的四级两审终审体制有关。这一司法体制使得最高人民法院极少直接审理案件,在极少直接审理的案件中其类型又必然有限。结果,使最高法院公布的判例在长时间以来,不得不主要采取选择编辑下级法院典型案例加以发表的做法。在增加了以“法公布”形式发布最高人民法院审结的判决原文以后,又使同为最高人民法院发布的判例,却出现了种类不一、构成形式不一、发挥拘束和指导作用难以统一的问题。为此,虽然在我国判例制度的初创期,可以把判例较严格地限定在最高人民法院公布的范围之内,但从建构较完备的判例体系这一重要司法改革目标要求出发,我们不仅应有规范的最高人民法院判例,出版最高人民法院判例公报或判例集,还应编辑出版高级和中级人民法院及专门人民法院的判例公报或判例集,以构成反映当代先进司法制度发展方向的判例制度,形成我国完整的判例体系。在这一方面,最高人民法院中国应用法学研究所自 1992 年下半年以来一直连续出版的《人民法院案例选》及其刑事卷,民事、经济、知识产权、海事卷,行政卷合订本;中国高级法官培训中心与中国人民大学法学院自 1992 年以来逐年合编的《中国审判案例要览》,及近年来北京、上海、四川、浙江、青岛等地方高级或中级人民法院编辑出版的本院裁判文书集,无疑已经开始为上述相关的判例公报或判例集的编辑出版积累了相关经验。

---

**Abstract :** The traditional notion that precedents do not constitute a legal source is becoming outdated in China in the light of the experiences of various legal systems. The stare decisis doctrine is easier to be established and to play a role in the area of administrative law, which belongs to public law, than in the area of civil and commercial law, which belongs to the private law. The primary form of “administrative law precedents”, which stem from the gazettes and judgements published by the Supreme Court in accordance with the Measures for the Promulgation and Management of Judgements, is already exerting an influence on the development of administrative litigation and the research on administrative law in China. It is time for China to officially accord precedents with the effect and status of judicial interpretation, improve their forms and procedures of promulgation, make the concrete rules for their application, increase their numbers, and regulate their types.

---