

章剑生:作为行政法上非正式法源的“典型案例” PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E7_AB_A0_E5_89_91_E7_94_9F__c122_486240.htm 【摘要】

由最高人民法院公布的“典型案例”可以分为“地方法院典型案例”和“最高法院典型案例”。它对下级人民法院审理类似案件有参考、指导等事实上的效力。为了适应“典型案例”指导制度的实施，应当适当扩大“典型案例”的核准权限，废除案件请示制度和合并“典型案例”形成方式。尽管“典型案例”指导制度并不是比较法上的判例法，但是它发展的基本方向应是判例法。我国至今没有建立判例法制度，尽管不少学者在用“判例”或者“判例法”的词语讨论中国法的有关问题[1]。[1]不过，在制定法的滞后性以及幅员辽阔的疆域所形成的地区差异性的具体国情映衬下，我们看到了西方国家法律制度中“判例法”所散发出的魅力。对于没有统一法典的现代行政法学来说，中国的不少学者对于移植判例法制度的切切心情是完全可以理解的。没有判例法传统的法国通过判例成功地发展出了一套充满活力的行政法体系，并获得“行政法之母国”的美誉，更让我们深信判例法制度同样可以给中国行政法带来勃勃生机。（1）然而，以历史发展的视角看，判例法是在缓慢的历史变迁过程中所形成的法律制度，决不能毕其功于役。笔者倒更希望它是一个“自发社会秩序”，（2）在这种法律秩序下，“凭着一个又一个判例，自由慢慢地扩展到下层”。（3）因此，我们不要把目光总是投向欧洲大陆、英美国家，还是认真地看看我们自己当下正在起着事实上法渊之作用的、或许它就是未来中国判例法前身

的“典型案例”。（4）一、“典型案例”的界定“典型案例”在中国大众语境中通常可以指已经发生的、具有特别意义的案件。如到每年的年底，政府有关职能部门、司法机关就会向社会公布本年度发生在其管辖领域的“十大典型案例”，以作警示、教育之功用。因此，典型案例可以用在新闻报道中，也可以用于人们日常交流的语言中，至今法律还没有正式赋予它特别含义。但是，本文所论的“典型案例”却具有特别意义。这种具有特别意义的“典型案例”源于最高法院以一定形式向社会公布，并赋予其在下级法院审理案件时具有参考、指导作用。根据现有的“典型案例”形成制度，笔者将它分为两种模式：第一种“典型案例”是地方各级人民法院作出的裁判，经最高人民法院审判委员会讨论通过的，并在《中华人民共和国最高人民法院公报》（以下简称《公报》）上刊登的案例。它的依据是《人民法院改革五年纲要》（1999-2003）。该《纲要》规定，从“2000年起，经最高人民法院审判委员会讨论、决定的适用法律问题的典型案例予以公布，供下级法院审判类似案件时参考”。（5）由于这类案件的原始材料源于地方各级法院的裁判文书，所以笔者将其称之为“地方法院典型案例”。地方法院典型案例形式上有“裁判摘要”和“案件事实”两部分构成。“裁判摘要”是典型案例判决的核心理由，由最高法院根据案件的内容提炼而成。如在“宣懿成等18人诉衢州市国土资源局收回土地使用权行政争议案”中，最高法院将其判决的核心理由表述为“行政机关在依法实施具体行政行为时，仅说明所依据的法律名称，没有说明依据的具体法律条款，且不能证明其具体行政行为符合法律的哪些具体规定，构成违法，

应予撤销” [2](p434-473)。这部分内容可以看成是“典型案例”所确立的一般规则。“案件事实”取材于地方法院的判决书。如果它是一起两审终审的案件，则由最高法院在两个行政判决书的基础上作必要的取舍后，形成案件内容，如“再生源公司诉上海市卫生局行政强制决定案” [3](P518-522)。这部分内容可以看成是“典型案例”所确立的案件事实，在法院比较是否属于类似案件起识别的作用。在地方法院典型案例中，最高法院不公布其案号。如地方典型案例来源于一审判决的，则在最后说明一下本案是否已生效的情况。第二种“典型案例”是由最高人民法院作出的“具有典型意义、有一定指导作用的案件的”裁判文书，并在《公报》上刊登的案例。它的依据是《最高人民法院裁判文书公布管理办法》。这类裁判文书的公布，并不需要最高人民法院审判委员会讨论通过，而是由“办公厅对拟公布的裁判文书进行审核。必要时，报主管院领导审核”。（6）笔者将其称之为“最高法院典型案例”。最高法院典型案例形式上由“裁判摘要”和“最高人民法院行政判决书”两部分构成，如“中国光大银行诉武汉市人民政府不履行法定职责案” [2](P291-295)。“裁判摘要”部分与地方典型案例相同，它以简洁的语言表述本案的判决核心理由。而“最高人民法院行政判决书”则记录了法院认定的“案件事实”，保留了判决书的原貌。它不仅以案号，而且连合议庭组成人员也不删除，想必这是原汁原味的《行政判决书》。由于最高法院在公布裁判文书时，已经明示了“裁判摘要”，故笔者认为它在形式上符合“典型案例”的要求。“裁判摘要”和“案件事实”的功能与“地方法院典型案例”相同。除此之外，最

高法院“对有重大影响的案件的裁判文书，商请人民日报、法制日报等报刊予以公布”。（7）这类案件公布的目的不在于它对下级法院的“指导作用”，更多地是一种教育、宣传的意义，一般也没有“裁判摘要”。另外，由最高人民法院行政庭编的《行政执法与行政审判》，迄今已公布了29份“最高人民法院行政判决书”。（8）由最高人民法院行政庭编的《行政审判指导》，迄今已公布了3份“最高人民法院行政判决书”。（9）在形式上与《行政执法与行政审判》公布的行政判决书相同，但其中若干《行政判决书》已经在《公报》上公布过。依照其第1辑中的“卷首语”称：“随着行政诉讼制度的不断完善和行政审判实践的不断丰富，《行政审判指导》将会更好地发挥业务指导刊物的积极作用。”因为它们没有在最高法院《公报》上公布，所以这三种方法公布的裁判文书，笔者没有将其列入“最高法院典型案例”范围予以讨论。

二、“典型案例”的基本功能 根据《人民法院五年改革纲要》（1999-2003）和《最高人民法院裁判文书公布管理办法》的规定，典型案例的基本功能是“供下级法院审判类似案件时参考”和“具有典型意义、有一定指导作用”。显然，最高法院希望通过“典型案例”的司法实践不断积累经验，待条件成熟时嬗变成为一个判例法制度。这一“静静的革命”如能谋划成功，那么最高法院对中国法治事业贡献将是功德无量。从最高法院文件中所确定的“典型案例”之基本功能，我们可以作如下三个方面的展开：1．典型案例适用于下级法院。这意味着除了最高法院外，下级法院在审理行政案件时，需要关注最高法院已经公布的典型案例中所形成的一般规则与认定的案件事实，同时，也意味着其他任何

下级法院都不宜公布“典型案例”。但在实务中，有的地方高级法院也在通过典型案例指导下级法院审理案件，以在本区域内统一法律的适用。这种做法能否在现行典型案例制度下获得认可，是一个可以讨论的问题。当然，以正常途径如在法院网站上公布裁判文书供公众查阅，则不要禁止之列。但是，需要解释的问题是，一个初级法院所判决的案例，如被最高法院以“地方典型案例”公布之后，为什么对该初级法院的上级地方法院也有“参考”、“指导”之作用呢？有学者以如下理由提出了否定性的观点：“既然判例可以来源于各级法院，下级法院的判决被上级法院遵守，在法理上是否说得通？判例制度存在的基础之一是上级法院尤其是最高法院权威的树立，判例只能约束本级法院和下级法院，这是判例制度的基本规则。即使下级法院的判决经最高法院确认、公布、编纂，也难以改变判例的来源是下级法院的事实，这样在实践中必定会造成判例权威和约束力的流失，判例制度的功能和价值也就无从发挥了。”[4]笔者认为，这一观点是值得商榷的。下级法院裁判案件所阐述的理由，经过最高法院审判委员会的讨论决定作为“典型案例”公布后，已经形成了具有最高法院意志的判决理由，当然适用于所有下级法院。另外，典型案例是否约束最高法院？笔者以为，从法的稳定性、可预测性之功能要求看，最高法院也应当尽可能地遵守已公布的典型案例所确立的一般规则。如果最高法院否定“典型案例”适用于它正在审理的案件，应当给出充分的否定性理由。

2. 典型案例适用于“类似案件”。典型案例所具有的“参考”、“指导”作用，限于与典型案例“类似”的案件。由于典型案例所提供的是处理类似案件的“一

般规则”，所以，这里的“类似”应当是事实问题和法律问题的类似。一位我想不起是谁的哲人说过，世界上没有相同的案件，如同没有相同的树叶一样。这是一句真理成份很高的法谚。但是，世上没有相同的案件，并不等于没有相似的案件。西方国家经久不衰的判例法制度，不正是最好的佐证吗？不过，对于我们来说，今天如需要典型案件在行政诉讼中发挥指导作用，那么我们是否已经获得了一种类似案件的区别方法。通过这种方法，我们可以找到相类似的典型案件，适用典型案件所确立的一般规则。在判例法制度中，这种方法称为“区别技术”（distinguishing technique）。“区别技术是对含有先例的判决中的事实和法律问题和现在审理案件中的事实和法律问题加以比较的过程和方法。”[5]在这种区别技术的指导下，我们可以找出正在审理的案件与典型案件之间的异同，以及这种异同是否达到了足以适用或者不适用典型案件所确立的一般规则。比如说，虽然勒令退学的事由不同，但是对于被处分者来说都是失去了受教育的权利。因王惠民诉郑州大学勒令退学处分案与田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证书、学位证书决定案之间具有类似性，所以，河南省郑州市二七区法院认为，勒令退学涉及到被处分者的受教育权利，从充分保障当事人权益的原则出发，作出处分决定的单位应当将该处分决定直接向被处分者本人宣布、送达，允许被处理者本人提出申辩意见。郑州大学没有按照上述程序办理，忽视了当事人的申辩权利，属程序违法。最后，法院认为被告郑州大学对原告王惠民作出的处分决定事实不清，主要证据不足，适用法律错误，程序违法。故法院依法判决撤销被告郑州大学2004年9月23日对原告王惠民作

出的处分决定，判令被告郑州大学让原告王惠民返校学习[6]。如果我们熟悉田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证书、学位证书决定案，那么我们可以清楚地看到，二七法院这一判决理由直接来自于此案[7](686-689)。应当说，这是一起识别类似案件比较成功的案例。3. 典型案件对类似案件具有参考、指导作用。“参考”、“指导”意指典型案件对法院审理类似案件时具有一种说服力，即通过法官的认知确信典型案件所确立的一般规则最适合于本案的处理时所形成的一种遵从效力。(11) 典型案件显然是具有法律意义的资料，当它通过一定程序由最高法院加以认可之后，足以对下级法院审理类似案件产生具有一定权威性的法律影响。因为，“借其说理的内容，法院的裁判常能超越其所判断的个案，对其他事件产生间接的影响。假使其系正确的裁判之主张确实，那么对未来涉及同样法律问题的裁判而言，它就是一个标准的范例。”[8]对于当事人来说，在行政诉讼中基于典型案件的判决理由进行的抗辩或者反驳，并不当然具有约束法院审判权的效力，但它具有一种影响力。如果案审法官给出了自己的理由以排除典型案件在本案中的适用，也并不为法律所禁止。但是，由于审级制度可能会使其所判案件被提交到上级法院甚至最高法院，在这种情况下，法官不可能完全将典型案例弃之一旁。在审级制度的压力下，法官可能会尽可能地考虑典型案件所确立的一般规则，即使不适用典型案件所确立的一般规则，也可能不会让自己作出的判决离之太远。当然，从严格意义上说，我国的“典型案件”不是比较法上的“判例法”，但是，从功能意义上说，它今天在中国正起着事实上的法源作用。这种事实上对法院判案产生的拘束力

，如“参考”、“指导”作用并不表现为它对判决理由的实质性支持，而是对判决理由的强化、稳定，从而提升判决的正当性。三、“典型案例”生成的制度性修正“典型案例”是在不改变现有法院体制的前提下内生的一项制度，尽管如此，它仍然需要现行的法院体制作出适当的回应，以满足“典型案例”生成的需要。“典型案例”本质上是有限地承认司法创造一般规则，在当法的理念与我们现有所奉行的认识有一定的差距，当我们的认识还没有达成一种共识之前，对现有法院体制进行根本性的改革，诸如建构判例法之类的动作，只会导致我们的法院体制原地打转，甚至可能后退一大步。基于这样的认识，笔者以为以下三个方面可以作为现行制度适应“典型案例”生成的优先方案：（一）适当扩大“典型案例”的核准权限 中国之大引生的地域性差异是否可以接受由最高人民法院统一核准的“典型案例”？基于法制统一性的基本要求，在法理上肯定这一问题的难度并不大。但问题是我们如何处理因地域差异性和法制统一性之间凸生的实质不平等性。如果我们没有匹配的制度强行抹平这种不平等，由此生成的社会问题可能会成为法治社会形成的重大障碍，甚至可能成为冲击当下社会秩序的一种破坏性力量。因此，基于这样的考虑，是否可以将“典型案例”的核准权下放至高级法院，而最高法院则行使“典型案例”备案的事后审查权。（12）凡因适用地方性法规、自治法规和地方政府规章而引起法律审的行政案件，它的法律审法院为高级法院，其它法律审的行政案件为最高法院。当然，最高法院保留对高级法院核准的“典型案例”的撤销权。后者的事后撤销权主要是保障高级法院在核准“典型案例”时，应当将自己

的行为限制在法制统一原则可以容忍的范围内，不至于走得太远而背离法制统一原则的精神。当然，最高法院可以在具体案件的审理中，否定高级法院核准的“典型案件”，并以自己的“典型案件”取而代之。通过修改诉讼法设立法律审是“典型案件”通向判例法的程序之路。在法律审下，申请人只能以原审判决法律错误为由提出申请，而是否启动法律审程序的决定权在于具有法律审的法院（高级法院和最高法院）。这样的制度安排是基于如下考虑：当法律审法院在审查申请人的申请之后，认为其所提出的法律适用问题具有一定的普遍性，且法律规范的不确定性需要作出统一的解释，从而确保法律规范的安定性、可预测性。

（二）废除案件请示制度 附有具体个案背景的请示制度源于解放之初人民司法制度的不完善，确认于上个世纪80年代，（13）规范于90年代。（14）案件请示制度因为被人指责为变相剥夺当事人的上诉权而长期为人所诟病，但是，它对法制统一所起的积极作用也是不容否认的。当然案件请示的启动、附有具体个案材料的取舍以及下级法院在请示中所表现出来的倾向性意见，从公正程序的角度看，这种“犹抱琵琶半遮面”的做法也并不是无可挑剔。一方面请示制度不断被强化的原因与下级法院规避因判决所带来的风险责任有关，另一方面也涉及到法官解释不是注释法律的能力、方法与技术的欠缺。前一个问题其实是如何考察法官业绩的政策问题，稍作调整在现行制度的架构内也不会产生多大的波折；后一个问题则随着大量受过法学院系统训练的法官逐渐成熟并成为业务骨干，也不是一个需要在制度上有多大突破方能解决的问题。所以，废除案件请示制度，以“典型案件”代之的主客观条件已基

本成熟。（三）合并“典型案例”形成方式依现行制度，“典型案例”有两种方式产生：一种是地方法院终审的案件，经最高人民法院审判委员会讨论通过后，以“案件”的方式公布于《最高人民法院公报》；另一种是由最高人民法院终审的案件，在最高人民法院办公厅审核后，以“裁判文书选登”的方式公布于《最高人民法院公报》。“典型案例”具有创制一般规则的功能，从现有法院制度的安排看，应当由人民法院的审判委员会统一“典型案例”的核准权，并以统一的文号公布。高级人民法院公布的“典型案例”亦同。虽然外人一般很难了解《中国案例指导》出台的背景，但以这种方式落实《人民法院改革纲要》（2004-2008）第13条的规定并不妥当。尽管它是由“两高”联合编辑，尽管它在前言中表达了“虽然这些案例不能作为裁判的直接法律依据，但是法官、检察官和律师可以作为裁判理由或者法辩论理由引用……公布和研究这些案例，可以引导类似案件的同案同裁判”[9](P1)。但是，由一个“编辑委员会”而不是“审判委员会”统一审核“典型案例”，显然欠缺权威性。与最高人民法院联合编辑，从“典型案例”所具有的“创制一般规则”的功能要求看，显然是不妥当的。这样的书籍可以出版，但不能替代《人民法院改革纲要》中提出的“建立和完善案例指导制度”。结语从“典型案例”是否走向“判例法”，似乎不宜由今天的我们作出肯定还是否定的回答，顺其自然的发展对于我们来说可能是一个最好的选择。只要成文法的先天性缺陷不能从其自身获得克服，那么，作为弥补其漏洞的补充性创造一般规则??无论是“典型案例”还是“判例法”??都具有存在的正当性。【注释】（1）“一位法国行政

法学家用生动的语言说，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。”参见王名扬《法国行政法》，中国政法大学出版社1989年版，第19 - 20页。（2）关于“自发社会秩序”的意义，参见[英]哈耶克《自由秩序原理》，邓正来译，三联书店1997年版。（3）英国19世纪著名诗人阿尔弗雷德·丁尼生的诗，转引自李克强等译的《法律正当程序》代译序，法律出版社1999年版，第5页。（4）之所以笔者在这里不使用“判例”，是因为我们并没有“判例”制度，只有与“判例”相类似的“典型案件”。当然，我希望通过“典型案件”发展成为比较法意义上的判例法。（5）《人民法院五年改革纲要》（1999-2003）（最高人民法院1999年10月20日发布）。（6）《最高人民法院裁判文书公布管理办法》（2000年6月15日）第3条第5项。（7）《最高人民法院裁判文书公布管理办法》（2000年6月15日）第2条第1项。（8）《行政执行与行政审判》由法律出版社出版，总1-4辑为《行政执法与行政审判参考》，现已出版18辑。（9）《行政审判指导》由人民法院出版社出版，现已出版4辑。（10）2005年12月28日至29日在杭州召开的，由最高人民法院、亚洲开发银行主办，由浙江大学公法与比较法研究所承办的“WTO与司法审查制度的改革”学术研讨会上，北京市高级人民法院行政庭副庭长程琥博士在发言中提到：“北京市高级人民法院这几年将一些典型的、新类型的行政案件，由行政庭作案件评析之后，发给下级法院在审理类似案件时作参

考，取得了比较好的效果。”（11）郭道晖教授把这种作用称为“参照”，参见《提高判例的法理质量》，载珠海市非凡律师事务所编的《判例在中国》，法律出版社1999年版，第72页。笔者认为，在行政诉讼中因存在“参照规章”的法律规定，为了两者之间有适当的区别，对于典型案件暂且还是用“参考”、“指导”作用为好。（12）当下司法实务中已有这样的尝试，如江苏省高级人民法院的《参阅案例》是该院审判委员会主办的内部资料性月刊，经《参阅案例》发布的典型案例，全省各级法院在审判相同或类似案件适用法律时可以参照。（13）《最高人民法院关于报送请示案件应注意的问题的通知》（1986年3月24日）和《最高人民法院关于报送请示案件应注意的问题的补充通知》（1990年8月16日）。（14）《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》（1997年6月23日）。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com