

“有错必纠”的界限

章剑生*

内容提要 通过行政法学界 20 多年的共同努力,有关行政决定确定力和撤销规则的学理框架已经相对成熟。这个学理框架内容是,行政机关作出的行政决定产生实质确定力之后,如行政机关认为它有错误必须予以撤销的,应当遵循若干撤销规则,不能基于“有错必纠”原则而随意行使撤销权。但是,从最高人民法院相关的行政裁判、批复和答复的内容看,最高人民法院一直秉持“有错必纠”原则,并没有受到这一学理框架内容的明显影响,直到作为指导性案例的“焦案”在《最高人民法院公报》上公布,它才改变了原有所持的观点。通过“焦案”所确立的规则是,依法作出的行政决定一旦生效,其法律效力不仅及于行政相对人,也及于行政机关,不能随意被撤销。已经生效的行政决定如果随意被撤销,不利于社会秩序的恢复和稳定。从“焦案”之后地方各级人民法院作出的相关裁判看,作为指导性案例的“焦案”其参考效力并不明显,“有错必纠”原则仍然有着相当大的影响力。这可能与指导性案例欠缺可操作性、强势的成文法传统等原因有关。尽管如此,“焦案”所确立的撤销规则仍然具有它的价值,这种价值不仅显示出学理对实务的影响力,也体现了法治观念的进步。

关键词 行政决定确定力 行政决定撤销 有错必纠 指导性案例

一、问题的提出

一旦行政机关作出的行政决定被认定有“错误”,那么该行政决定必须被纠正。这一思想在国家意识形态上被概括为“有错必纠”原则。本质上,“有错必纠”是一项政治(政策)性原则,几十年来它一直是贯穿于我们政治生活中一项基本原则,也是我们政治道德(德治)的集中体现。^①“文革”结束之后,这一个原则成为党和国家平反 1949 年以来尤其是“文革”制造的大量冤假错案的基本指导思想,^②获得了良好的社会效果。之后,它偶尔也被吸收为有关行政机关内部监督立法的一项法律原则,指导行政机关上下级之间的监督活动。^③从政治哲学上看,它属于实质正义的范畴。不过,如果我们以“只问结果,不计

* 浙江大学光华法学院教授,博士生导师。本文系浙江大学光华学者岗资助项目“中国行政法发展的进路——基于“个案—规范”理论框架所展开的解释”之阶段性成果。上海交通大学法学院朱芒教授对本文提出了许多十分有益的意见、建议,尤其是“学理框架的展开”部分的写作处理方法,在此深表谢意。对匿名评审专家提出的中肯意见一并感谢。

- ① 毛泽东在《关于正确处理人民内部矛盾的问题》中指出:“我们的方针是:‘有反必肃,有错必纠’。……但是发现了错误,一定要改正。无论公安部门、检察部门、司法部门、监狱、劳动改造的管理机关,都应该采取这个态度。”《毛泽东选集》第 5 卷,人民出版社 1977 年版,第 377—378 页。在这里,“反”和“错”是如何认定的,毛泽东在此文中并没有给出答案。从后来的实践看,我们基本上可以认为这个答案是“由不受拘束的权力决定”。即使在“建设社会主义法治国家”写入宪法之后,这个问题仍然没有得到解决,如在河南省高级人民法院对赵作海错案平反的过程中,“有错必纠”原则仍然起着决定性作用。无论在制度理念上还是规则适用上,“有错必纠”与现代行政法中的“行政决定的确定力和撤销规则”是不可相提并论的。
- ② 如在 1978 年针对林彪、“四人帮”制造的冤假错案处理问题上,时任最高人民法院院长江华在全国第八次司法工作会议上说:“当前,要遵照中共中央有关文件的精神,抓紧复查因反对林彪、‘四人帮’而被判刑的冤错案件,认真落实政策。冤案必须彻底平反。错案要予以纠正,全错的全平,部分错的部分平,不错的不平。”《江华司法文集》,人民法院出版社 1989 年版,第 26 页。
- ③ 如《公安机关内部执法监督工作规定》第 4 条规定:“执法监督工作必须以事实为根据,以法律为准绳,遵循有错必纠、监督与指导相结合、教育与惩处相结合的原则。”《交通运输行政执法评议考核规定》第 4 条规定:“执法评议考核应当遵守严格依法、公开公正、有错必纠、奖罚分明的原则。”另外还可以参见如《国土资源信访规定》第 3 条、《人力资源社会保障行政复议办法》第 3 条和《质量技术监督行政复议实施办法》第 3 条,等等。

手段”的实用主义指导思想,而不是通过一个可控的法律程序机制落实此项原则,那么我们最终看到的一定是那些如秦香莲一样的社会底层小民那把把哭泣的泪水,而不是一种可以将冤假错案的发生率降到最低限度的普适性权利保障性制度。

与传统政治思维支配下处理“错案”方式不同的是,现代行政法以行政决定效力理论为基础构建了一套行政决定撤销规则,试图规范行政机关的“纠错”行为。^④但是,尽管“有错必纠”与“行政决定撤销”有着不少相似之处,但两者在观念、机制与制度匹配等方面的差异性仍然相当明显。^⑤在依法行政原则之下,^⑥行政机关不仅在外需要应对行政相对人可能发起的行政复议、行政诉讼甚至令人头痛不已的“上访”,而且还要承受来自内部依照层级制而建立起来的各种式样的考核、监督机制的制度性压力;而这种内部机制的运作往往有其自身的政治逻辑,与外部由行政法构建起来的规则并不一致。但是,这种内部机制的作用有时会产生“效力外部化”现象,从而使内外规则之间发生冲突。本文如下要展开讨论的“焦志刚诉和平区公安分局治安管理处罚决定行政纠纷案(以下简称“焦案”)”便是最高人民法院公布的一个撞击上述两种“纠错”规则的指导性案例。^⑦

本文以“焦案”为分析对象,以贯穿于《公安机关内部执法监督工作规定》中的“有错必纠”原则为底色,结合“焦案”的裁判文书所记载的原告、被告的陈述和法院的裁判理由,试图解释并解决如下问题:(1)最高人民法院在“焦案”之前的态度是什么,它是通过何种载体表现来的,为什么它会有这样的态度;(2)作为指导性案例的“焦案”,其裁判的规范性逻辑是否意味着最高人民法院的态度发生了转变,这种转变的过程是如何展开的;(3)因为“焦案”具有指导性案例的地位,它所形成的上述规则在实务中究竟有多大的普适性范围。另外,在方法论上,本文所用素材均来自《最高人民法院公报》上有关“焦案”的文字记载,故以下分析不考虑承办“焦案”的法官们的具体背景,如他们所受的专业教育、工作经历等因素。

二、“焦案”的切分

(一)案件概要

2004年3月30日23时许,原告焦志刚与正在执法的交通民警王心魁等发生冲突后,即投诉交通民警王心魁酒后执法,经天津市公安局督察处查证,确认焦志刚举报交通民警王心魁酒后执法一事不实。和平公安分局即以焦志刚的不实举报阻碍了国家工作人员依法执行职务为由,依照《治安管理处罚条例》第19条第(7)项之规定,于同年3月31日作出公(和)决字(2004)第056号行政处罚决定书(以下简称056号处罚决定书),给予焦志刚治安罚款200元的行政处罚。焦志刚对此处罚决定没有提出异议,在法定期限内没有申请行政复议和提起行政诉讼。在056号处罚决定书已经发生法律效力后的同年7月4日,和平公安分局告知焦志刚:由于天津市公安局公安交通管理局反映对他处罚过轻,所以要撤销056号处罚决定书,重新查处,重新裁决。同年7月13日,和平公安分局作出公(和)决字(2004)第047号行政处罚决定书(以下简称047号处罚决定书),处予焦志刚治安拘留10日。焦志刚不服此处罚决定申请行政复议,天津市公安局以事实不清为由撤销了047号处罚决定书,要求和平公安分局重新作出行政处罚决定。同年11月19日,和平公安分局作出870号处罚决定书(以下简称870号处罚决定书),处予焦志刚治安拘留15日。焦志刚不服此处罚决定再次申请行政复议,天津市公安局维持了870

④ 参见章剑生:《现代行政法基本理论》,法律出版社2008年版,第166页以下。

⑤ 国务院《全面推进依法行政实施纲要》(2004)规定:“非因法定事由并经法定程序,行政机关不得撤销、变更已经生效的行政决定;因国家利益、公共利益或者其他法定事由需要撤回或者变更行政决定的,应当依照法定权限和程序进行,并对行政管理相对人因此而受到的财产损失依法予以补偿。”依照现代行政法理论的解释,“撤销”适用于违法行政决定,“撤回”适用于合法行政决定,而这一适用规则都是建立在行政决定确定力的效力理论之上。基于这一点,我们可以清楚地看到国务院在《全面推进依法行政实施纲要》中接受了这种现代行政法思想,也看出了这种思想与“有错必纠”原则之间的差异性。

⑥ 国务院为此已专门发布四个有关依法行政的文件,它们是:《关于全面推进依法行政的决定》(国发[1999]23号),《全面推进依法行政实施纲要》(2004)、《关于加强市县人民政府依法行政的决定》(2008)和《关于加强法治政府建设的意见》(2010)。

⑦ 焦志刚诉和平公安分局治安管理处罚决定行政纠纷案,载《最高人民法院公报》2006年第10期。

号处罚决定书。焦志刚为此提起行政诉讼,经两审终审,法院撤销了和平公安分局作出的870号处罚决定书。

(二)问题提炼

根据上述“焦案”的案情概要,大致可以划出该案发展的几个阶段:(1)2004年3月31日和平区公安分局作出056号处罚决定书,焦志刚在法定期限内没有提起行政救济。(2)2004年7月13日和平区公安分局撤销056号处罚决定书后,重新作出给予焦志刚治安拘留10日的047号处罚决定书,焦志刚不服申请行政复议。(3)天津市公安局以事实不清为由撤销了047号处罚决定书,要求和平区公安分局对焦志刚重新作出行政处罚决定。(4)2004年11月19日和平区公安分局再次作出给予焦志刚治安拘留15日的870号处罚决定书,焦志刚不服再次申请行政复议。(5)天津市公安局作出维持870号处罚决定书的复议决定,焦志刚对此不服提起行政诉讼,要求法院撤销870号处罚决定书。(6)天津市和平区人民法院一审判决撤销870号处罚决定书,和平区公安分局不服提起上诉,天津市第一中级人民法院驳回和平区公安分局上诉,维持原判。上述6个案情发展阶段涉及到行政程序、行政复议和行政诉讼三种不同性质的法律程序。

依照法院查明的事实,天津市和平区公安分局之所以要撤销056号处罚决定书,是“由于天津市公安局交通管理局反映处罚过轻”。“处罚过轻”是合法抑或违法——或者说是“对”还是“错”——的问题,天津市和平区公安分局、天津市公安局一直都没有明确的态度。直到和平区公安分局在行政诉讼中提起上诉时,我们才看到了它的基本观点:

“公安部《公安机关内部执法监督工作规定》第十三条规定:‘在执法监督过程中,发现本级或者下级公安机关已经办结的案件或者执法活动确有错误、不适当的,主管部门报经主管领导批准后,直接作出纠正的决定,或者责成有关部门或者下级公安机关在规定的时限内依法予以纠正。’第十九条第一项规定,对错误的处理或者决定予以撤销或者变更。依照上述规定,上诉人在接到上级机关要求重新裁决的指令后,撤销了对被上诉人焦志刚罚款200元的056号处罚决定书,责令办案单位重新查处,才又作出给予被上诉人治安拘留的行政处罚决定。这个行政处罚决定的作出符合法律规定,程序不违法。”^⑧

也就是说,和平区公安分局撤销056号处罚决定书的理由是它是一个“错误”的处罚决定,而且它还明示了法律依据。从中我们可以清楚地看到它的思考逻辑:撤销“确有错误、不适当的”056号处罚决定书是合法的,因为它有公安部的《公安机关内部执法监督工作规定》作为依据。顺着它的推理逻辑,我们不难得知它在撤销056号处罚决定书时,并没有考虑过(至少在判决书的文字中读不到)如下几个法理问题:(1)056号处罚决定书是否已经产生了实质确定力?(2)如果它已经具有了实质确定力,那么它是否拘束上级公安机关发出的“重新查处、重新裁决”的指令?(3)如果有拘束上级“指令”的效力,那么撤销“错误”的处罚决定书应当有何规则可循?等等。上述问题涉及到行政法学上行政决定的确定力与撤销规则的法理,如果我们能够用行政法学理论对上述问题加以厘清,对实现在“错案”纠正中依法行政与法的安定性之间的价值平衡应该是颇有实益的。

三、学理框架的展开

在1983年第一部高等学校法学试用教材《行政法概要》中,确定力已被列为行政决定的法效力之一。确定力是“行政措施所规定的事项,未经法律允许,公民不得要求更改,这是对公民的确定力。……行政措施的内容一经决定以后,即为最终的决定,行政机关不得任意更改其内容,这是对行政机关的确定力”。^⑨上述对公民的确定力为不可争执力,对行政机关的确定力为不可变更力。第二部高等学校法

^⑧ 沈德咏主编:《最高人民法院公报案例大全》(下卷),人民法院出版社2008年版,第1677—1678页。

^⑨ 王珉灿主编:《行政法概要》,法律出版社1983年版,第122页。这里使用的“行政措施”即本文中的行政决定。

学试用教材《行政法学》延续了《行政法概要》中有关行政决定确定力的内容:确定力“也称不可变更力。指行政执法行为一经有效确定,非依法不得变更或者撤销。确定力表现在两个方面:对公民的确定力。已确定的行政决定,公民无权自行变更;对行政机关的确定力,已确定的行政执法行为,非经法定程序,行政机关也不得随意改变”。并强调了“行政执法行为的确定力是法制稳定的基本因素。”^⑩1994年高等院校规划教材《行政法学》在前两部法学统编教材的基础上,进一步强调“对于行为主体的行政机关,确定力意味着非依法定理由和程序,不得随意改变其行为内容,或就同一事项重新作出行为。……行政行为的不可变更力并不意味着行政行为绝对不可以变更。基于法定理由、经过法定程序,行政行为可以依法改变。”^⑪与之前的国家统编教材相比,^⑫1999年全国高等学校法学专业核心课程教材《行政法与行政诉讼法》关于行政决定效力中的“确定力”理论在论述的篇幅上有了增加,但并没有质的拓展。^⑬直到该教材2005年第2版,才初步形成了一个以确定力为上位概念,下分为形式确定力、实质确定力的学理框架,^⑭并一直保持到了它最新的第5版。^⑮

这个具有“通说”地位的学理框架内容大致是,即使已经生效的行政决定是违法的,对行政机关仍具有不可任意撤销的法效力(实质确定力),除非在遵守如下规则的前提下,行政机关才可以行使撤销权:

1. 撤销依据

即行政机关行使撤销权的法依据。关于撤销是否需要具体制定法依据问题,学理上并没有一致的说法。有的学者认为:“有关主体只能依据实定性的明文规定予以改变或主张争辩,而不能基于确定力的一般原理予以改变或主张争辩。”^⑯从制定法上看,类似的个别性法依据是有的,如《行政处罚法》第54条第2款:“公民、法人或者其他组织对行政机关作出的行政处罚,有权申诉或者检举;行政机关应当认真审查,发现行政处罚有错误的,应当主动改正。”但是,此条文内容毋宁看作是“有错必纠”的换一种表述,基本上没有行政法上行政决定确定力理论的法律精神。不过,到了《行政许可法》时,“有错必纠”原则在相关的法条中开始淡出,撤销权依据的法条具体化十分明显。^⑰倘若在没有制定法的情况下,依法行政原则可否成为行政机关行使撤销权的依据?基于撤销权对行政相对人的影响不同,可以原则上承认依法行政原则是行政机关撤销权的依据;但如果撤销的结果更不利于行政相对人,从保护行政相对人的权益角度,个别性依据就相当必要了。当然,行政法也不排除行政机关为了其他目的而撤销违法的行政决定。此时,是否需要有个别性依据在比较法上是有结论的。^⑱

2. 撤销限制

倘若行政机关有撤销权的具体法条依据,它还必须受到如下限制:

(1)信赖利益保护原则的限制。信赖利益保护原则是“指为受益人所信赖的授益处分,若有违法

^⑩ 罗豪才主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1989年版,第136页。这里使用的“行政执法行为”即本文中的行政决定。

^⑪ 王连昌主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1994年版,第292—294页。

^⑫ 在之前的国家统编教材中,关于行政决定确定力部分的论述,虽然都在内容上论述了它的两个效力面向,即行政相对人和行政机关,但从未使用形式确定力和实质确定力二分法。另,本文中使用的“确定力”,与“存续力”相当,因本文在这里是整理中国行政法学中既有的理论,为便于论述,故仍使用“确定力”。前引^⑩,章剑生书,第146页以下。

^⑬ 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第1版),北京大学/高等教育出版社1999年版,第155—156页。

^⑭ 前引^⑬,姜明安书(第2版),第240—242页。

^⑮ 前引^⑬,姜明安书(第5版),第206—207页。另外,叶必丰教授的《行政行为的效力研究》(中国人民大学出版社2002年版)、章志远教授的《行政行为效力论》(中国人事出版社2003年版)两部专著,对这一学理框架的形成、发展作出了显著的学术贡献。在本文以下对“焦案”的分析中,所涉及的主要是“实质确定力”理论。

^⑯ 前引^⑮,叶必丰书,第111页。

^⑰ 参见《行政许可法》第69条。

^⑱ 在日本法上,“如果是违法的瑕疵,当然存在违反依法行政的原理的问题,此外,如果出现违反公益的状态,便产生违反行政目的的问题。也就是说,行政行为的撤销的实质性根据,在于合法性的恢复或者合乎目的性的恢复。从这一点看,在行政行为的撤销不需要法律的特别根据上,学说是一致的。”[日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第113页。

瑕疵,行政机关虽得加以撤销,但其中信赖利益显然大于撤销所欲维护之公益,且受益人并无信赖不值得保护的情形,则行政机关即不得将该处分撤销,以保障受益人的既得权益”。^{①9} 信赖利益的判定,学说上通常认为应当符合如下要件:第一,行政相对人确信行政决定的存在,所以,行政不作为不会发生信赖利益保护问题。第二,行政相对人的信赖利益值得保护,所以因欺骗等手段获得的利益不属于信赖利益保护之列。第三,经权衡,与撤销违法行政决定所获得的公共利益相比,^{②0}该信赖利益更值得保护。此判断要件是否成立是一个比较复杂的认识过程,因为,这两种利益通常不具有量化的特征,需要行政机关通过慎密的权衡、比较,方可获得正确、妥当的结论。^{②1}

(2)除斥期间。违法行政决定并不影响它能够产生、变更或者消灭相应的法律关系。随着时间的推移,相关的个人和组织在这种具有违法性的法律关系上形成的社会关系逐渐趋于稳定。在这样的情况下如果行政机关动用撤销权,欲使社会关系重新回到原有状态,可能会给社会带来更大的不稳定;人们基于这样的事实所作出的生产、生活的合理预期,可能因为行政机关行使撤销权而中断。这样的后果显然不利于社会安定与发展,因此,行政机关必须在法定期限内行使撤销权。^{②2}

3. 撤销规则

基于行政机关的立场,撤销违法行政决定是为了满足依法行政的需要,也是一种自我纠错的方式。但是,因违法行政决定的内容不同,撤销之后对行政相对人产生的影响也有所不同,所以,行政机关行使撤销权需要遵循不同的规则:

(1)授益性行政决定的撤销。原则上,基于对行政相对人的信赖利益保护,行政机关不得撤销授益性行政决定。^{②3} 但是,授益性行政决定具有如下情形的,行政机关可以撤销:第一,授益性行政决定不予撤销,将对公共利益产生重大不利影响的。如若不撤销行政相对人持有的卫生许可证,其生产的食品可能将对不特定公众的生命、健康产生重大危害。第二,行政相对人对授益性行政决定没有形成信赖利益。如行政相对人没有依据营业执照从事经营活动,比如预定货物等,也就没有信赖利益。

(2)负担性行政决定的撤销。因负担性行政决定对行政相对人没有授益,不存在信赖利益保护问题,如罚款 200 元,或者行政拘留 10 天等,所以,对于负担性行政决定,行政机关原则上应当撤销。但是,如果撤销负担性行政决定涉及重大公共利益的,那么行政机关的撤销权需要受到法律限制。^{②4} 对于负担性行政决定是否撤销,一般由行政机关裁量决定。但是,裁量是必须受到限制的权力,不是“随意”用权的另一种表述。

(3)复效性行政决定的撤销。复效性行政决定的撤销分为两种情况:第一,对行政相对人同时产生授益性和负担性双重法律效果的行政决定。在撤销时,通常以双重法律效果的行政决定是否可分为前

^{①9} 张家洋:《行政法》(增订 3 版),台湾三民书局 2002 年版,第 503 页。另参见余凌云:《行政法上合法期待之保护》,载《中国社会科学》2003 年第 3 期。

^{②0} 关于何谓“公共利益”,在实务中一直处于十分模糊的状态,直到 2011 年《国有土地上房屋征收与补偿条例》的实施,才有了一个相对清晰、明了的判断标准。

^{②1} 在“益民公司诉河南省周口市政府等行政行为违法案”中,最高人民法院首次引入的“信赖利益保护”理论,在中国行政法学理论上引起较大反响,相关讨论可参见余凌云:《蕴育在法院判决之中的合法预期》,载《中国法学》2011 年第 6 期;胡敏洁:《论行政法中的案例研究方法》,载《当代法学》2010 年第 1 期;陈海萍:《论对行政相对人合法预期利益损害的救济》,载《政治与法律》2009 年第 6 期等。

^{②2} 在制定法上,尚未有行政机关撤销权的除斥期间的明确规定。在比较法上,如中国台湾地区《行政程序法》第 121 条规定:“第一百十七条之撤销权,应自原处分机关或其上级机关知有撤销原因时起二年内为之。”

^{②3} 如在申诉人佛山市圣芳(联合)有限公司与被申诉人中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会、原审第三人强生公司商标撤销行政纠纷案中,最高人民法院认为:“由于修改前的商标法对商标评审采取行政终局制度,对于当时已经行政终局裁决的争议事项,只能尊重和维持当时的法律制度,不能再以修改后的法律有新规定为理由对已决事项重新启动程序,否则,会冲击已经形成的法律秩序,打乱在当事人之间已经依法形成的利益格局,使当事人无所适从,也有损生效裁定的权威性和公信力。在行政终局制度下,终局裁定形成了秩序并产生信赖利益。当事人可以据此形成确定的预期,实施相应的市场行为。圣芳公司在终局裁定后对商标进行的大规模使用和宣传以及因此建立的商业信誉,应该受到法律保护。”最高人民法院《行政判决书》([2008]行提字第 2 号)。

^{②4} 《行政许可法》第 69 条第 3 款规定:“依照前两款的规定撤销行政许可,可能对公共利益造成重大损害的,不予撤销。”

提,分别适用不同规则;如果不能区分的,从保护行政相对人权益角度,宜适用授益性行政决定撤销的规则。第二,对第三人产生法律效果的行政决定,以行政决定直接指向行政对象人的内容来确定是授益抑或负担,分别适用上述(1)、(2)规则。

四、“焦案”的处理进路

行文至此,我们可以发现在我国行政法学上,与本文所涉的行政决定确定力和撤销规则的学理框架已经基本成形,在司法实务的个案中它也已有所体现,^⑤满足了我们今天讨论“焦案”的基本需要。现把它联结到本文第二部分从对“焦案”的切分中导出的若干法理问题时,我们可以发现,法院表现出来的法律立场并没有越出上述学理框架,而公安机关却仍然忠实于传统的“有错必纠”原则;即使是制定、发布《公安机关内部执法监督工作规定》的国家公安部也是如此。由此我们可以看到,法院和公安机关在“焦案”中存在着两种完全不同的处理案件逻辑思路;从某种意义上说,“焦案”是这两种逻辑思路冲突的产物。那么,从“焦案”中我们是否可以推断,法院所遵从的学理框架已经为司法审查所完全接受,而公安机关或者其他国家机关(包括立法机关)仍然囿于“有错必纠”原则来处理“错案”呢?显然,这样的结论单凭一个“焦案”可能是难以证成的,不过,今天如果站在“焦案”作为指导性案例的立场上,进一步讨论这个问题的实益不可轻估。

(一)最高人民法院以往的态度

在“焦案”之前,最高人民法院在本文所涉的问题上表现出来的态度是与“焦案”相左的。虽然我没有足够的材料来证实、解释最高人民法院在“焦案”之前所持态度的原因是什么,但是,现有法律框架中为数不少的、浸透着“有错必纠”原则的法律规范,^⑥不可能不影响到最高人民法院在处理个案时策略性方向的选择,以下两个例证或许可见一斑:

1. 个案

由最高人民法院作出终审判决的行政案件并不多见,但这并没有影响我们观察最高人民法院司法行动的方向。最高人民法院在陕西省咸阳无线电二厂诉咸阳市人民政府确认企业经济性质上诉案中(以下简称“咸阳案”)认为:

“咸阳市政府在咸阳无线电二厂原法定代表人陈安民移居国外并得出该厂为其私营企业,已影响该厂正常生产秩序和社会稳定的情况下,组织调查组对该厂的资产权属和经济性质问题进行调查,在1997年第六次常务会议上认定咸阳无线电二厂属全民所有制企业,纠正其1995年第九次常务会议对该厂不恰当的决议和咸阳市工商局在企业变更登记中的不规范行为,责成其所属工商行政管理局严格

^⑤ 如在深圳市安吉尔电器有限公司诉国家工商行政管理总局商标评审委员会商标注册纠纷案中,法院认为:“商标评审委员会主动作出(2003)第1049号结案通知书的原因是其发现(2001)第1283号终局裁定引用引证商标的信息有误,并认为应当予以纠正。商标评审委员会作出(2003)第1049号结案通知书作为一个具体的行政行为,实质上是对(2001)第1283号终局裁定的效力重新判定。因其作出时间在商标法修改之后,该行政行为的相对人可以依照修改后的商标法就该结案通知书提起诉讼,但是,从行政法的基本理论看,一方面,行政行为一旦成立,即具有公信力、确定力和存续力。如果允许商标评审委员会在认为在先的终局裁定确有错误时,通过在后的行政决定予以纠正,就会造成商标法修改之前的行政终局决定重新纳入司法审查程序的结果,而修改后的商标法对已发生法律效力终局行政决定不应具有溯及力。另一方面,法律虽不禁止行政主体对行政行为的撤销和废止,但这种权力应当受到严格的程序限制,否则,将会导致行政行为确定力和由确定力所保证的权利的稳定性受到损害。”北京市第一中级人民法院《行政判决书》([2005]一中行初字第759号)。

^⑥ 《宪法》第108条规定:“县级以上地方各级人民政府领导所属各工作部门和下级人民政府的工作,有权改变或者撤销所属各工作部门和下级人民政府的不适当的决定。”《行政复议法》第4条规定:“行政复议机关履行行政复议职责,应当遵循合法、公正、公开、及时、便民的原则,坚持有错必纠,保障法律、法规的正确实施。”《行政处罚法》第54条第2款规定:“公民、法人或者其他组织对行政机关作出的行政处罚,有权申诉或者检举;行政机关应当认真审查,发现行政处罚有错误的,应当主动改正。”《环境行政处罚办法》第75条规定:“环境保护主管部门通过接受当事人的申诉和检举,或者通过备案审查等途径,发现下级环境保护主管部门的行政处罚决定违法或者显失公正的,应当督促其纠正。环境保护主管部门经过行政复议,发现下级环境保护主管部门作出的行政处罚违法或者显失公正的,依法撤销或者变更。”

依法办理企业变更登记手续,符合《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第59条第(3)项的规定。”^②

“咸阳案”是我在最高人民法院公开的裁判文书中查到的一个与本文论述主题相关的个案,且它生效于“焦案”之前,可以作为观察最高人民法院态度的一个样本。在“咸阳案”中,1995年10月咸阳市政府第九次常务会议对咸阳无线电二厂的性质作出了一个“决议”,将该厂定性为“民营企业”,1996年1月咸阳市工商局也依照该“决议”作出了变更企业性质的工商登记。对咸阳市政府的“决议”和咸阳市工商局“变更登记”,当事人和利害关系人在法定期限内都没有依法提起行政诉讼,^③这两个行政决定已产生了确定力。之后,因原咸阳无线电二厂厂长陈安民主张该企业性质是私营企业而提起民事诉讼,引发了该厂职工的反对。1997年5月咸阳市政府第六次常务会议纠正了自己在1995年10月作出的“决议”,将咸阳无线电二厂的性质改为“全民所有制企业”,并责成咸阳市工商局办理变更咸阳无线电二厂为“全民所有制企业”的工商登记。针对咸阳市政府的“纠正”和“责成”是否违法的争议,最高人民法院在二审中认为它符合《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(以下简称《组织法》)第59条第(3)项的规定,即县级以上的地方各级人民政府有权“改变或者撤销所属各工作部门的不适当的命令、指示和下级人民政府的不适当的决定、命令。”本案中的法律依据其实涉及到两个问题:(1)咸阳市政府第六次常务会议纠正了1995年10月自己作出的“决议”,它的“纠正”依据是什么?(2)咸阳市政府责成咸阳市工商局办理变更咸阳无线电二厂为“全民所有制企业”的登记,它的“责成”依据又是什么?《组织法》第59条第(3)项中只有“改变或者撤销”,并没有“纠正”和“责成”,但最高人民法院并没有区分这两种不同性质的行为,也没有为“纠正”引用更为明确的法律依据,而笼而统之用“符合”二字充当了判决理由的主要内容。更重要的是,《组织法》第59条第(3)项中并没有支持咸阳市政府自我“纠正”之前作出“决议”的法律依据。由此是否可以推断,最高人民法院到“咸阳案”为止,尚未受到行政决定确定力和撤销规则理论的影响;虽然它在判决理由中未提到“有错必纠”,但“有错必纠”是它处理“错案”的基本立场,否则,此案的裁判就涉嫌没有“法律”依据了。

2. 批复与答复

“批复”是最高人民法院的一种司法解释形式。^④与“批复”不同的是,“答复”不是一种司法解释,它是最高人民法院各业务审判庭针对地方高级人民法院就个案中的问题如何处理的请示所作出的一种法律“指示”。在实务中,我们未见最高人民法院对“批复”与“答复”在效力上有所不同的态度,因此,姑且把它当作一种事实上的“司法解释”,因为它对下级人民法院处理所请示的个案的确具有事实上的法效力,甚至还可以将这种事实上的法效力散发到以后法院对类似案件的处理上。

在与本文所涉的问题上,2003年10月最高人民法院在《关于房地产管理机关能否撤销错误的注销抵押登记行为问题的批复》(法释[2003]第17号)中非常简洁地给出答案:“房地产管理机关可以撤销错误的注销抵押登记行为”。^⑤这个批复只给出了一条实体规则,与“有错必纠”原则十分契合。广西壮族自治区高级人民法院在此案的请示中说:“根据行政法原理,行政行为一经作出,就具有公定力、确定力,对于行政机关和相对人都产生约束力。如果行政行为是违法的,行政机关有权予以撤销或变更。但是,如果行政行为已经使行政相对人对其产生信赖,行政相对人在此信赖基础上已经作出一定行为,行政机

② 最高人民法院《行政判决书》([1998]行终字第12号)。

③ 根据当时最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(试行)》第35条规定:“行政机关作出具体行政行为时,未告知当事人的诉权或者起诉期限,致使当事人逾期向人民法院起诉的,其起诉期限从当事人实际知道诉权或者起诉期限时计算,但逾期的期间最长不得超过一年。”

④ 《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第5条规定:“司法解释的形式分为‘解释’、‘规定’、‘批复’和‘决定’四种。……对高级人民法院、解放军军事法院就审判工作中具体应用法律问题的请示制定的司法解释,采用‘批复’的形式。”

⑤ 此批复于2003年10月14日最高人民法院审判委员会第1293次会议通过。

关在考虑撤销违法或不当行政行为时,应保护行政相对人的信赖利益。”^⑤在这段请示文字中,广西壮族自治区高级人民法院清晰地表达了现代行政法上确定力和撤销规则的法理,甚至提到了“信赖利益”原则应当对行政机关行使撤销权加以限制。显然,它希望最高人民法院能够注意到这一理论,并借助于最高人民法院的“批复”载体,将这一理论引入自己手边待处理的个案之中。但是,最高人民法院似乎对这一法理没有多大兴趣,硬生生地给出了这样一条简洁的实体规则。现在看来,最高人民法院的确错过了一个发展中国行政法理论的良机。在此“批复”的第二年即2004年4月,最高人民法院在答复贵州省高级人民法院《关于复议机关是否有权改变复议决定请示的答复》([2004]行他字第5号)中,依旧延续“咸阳案”和2003年“批复”中的法律立场。该“答复”称:“你院[2004]黔高行终字第02号《关于吴睿韩诉贵阳市人民政府撤销复议决定一案适用法律的请示》收悉。经研究认为:行政复议机关认为自己作出的已经发生法律效力的复议决定有错误,有权自行改变。因行政机关改变或者撤销其原行政行为给当事人造成损害的,行政机关应该承担相应的责任。”^⑥到此,我们可以得到一个结论:在“焦案”之前,最高人民法院在行政机关是否有权以及如何撤销被认为是违法的行政决定这个问题上,它的法律立场是“有错必纠”原则,而现代行政法上的行政决定的确定力和撤销规则法理尚未影响到最高人民法院。^⑦

(二)“焦案”处理的规范性逻辑

2006年10月,“焦案”作为指导性案例公布在《最高人民法院公报》上。基于《人民法院第二个五年改革纲要》(2004—2008)所给予指导性案例的定位,“焦案”有最高人民法院“统一法律适用标准、指导下级法院审判工作”的作用。由此,我们可以清楚地发现,从“焦案”开始最高人民法院在对待违法行政决定的撤销问题上,它的法律立场已经在“静悄悄”地发生转变,即从“有错必纠”原则的意识形态中淡出,转而接纳了现代行政法上行政决定确定力和撤销规则法理。以下我们来分析法院处理“焦案”的规范性逻辑,观察法院是如何完成这个“转变”的。

1. 当事人的主张

当事人的诉讼请求及随附理由满足法定条件后,开启了法院的诉讼程序,法院随后在审查双方主张后作出裁判,旨在定分止争。因此,分析法院处理案件的规范性逻辑,应从当事人的主张着手,才能看清楚法院裁判思路的脉络。

(1)原告的主张

从最高人民法院公布“焦案”的材料中,焦志刚在诉讼中提出的诉讼主张是:

“因原告错误举报查扣车辆的执勤交通民警酒后执法,被告和平公安分局已经给予原告治安罚款200元的行政处罚。该行政处罚决定生效后,被告又说要重新查处,重新裁决。被告的重新裁决是给予原告治安拘留10日的行政处罚,原告不服申请复议,天津市公安局也以事实不清为由撤销了该处罚决定,要求被告再重裁。然而被告在相同的事实基础上,以870号处罚决定书再次裁决,竟然把对原告治安拘留10日改成了治安拘留15日。被告完全不顾《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称行政处罚法)上关于‘行政机关不得因当事人申辩而加重处罚’的规定,对不服处罚决定而申辩的原告加重处罚,是滥用职权违法行政。请求判决撤销被告作出的870号处罚决定书。”^⑧

从上述原告的主张中,我们可以看到原告焦志刚对本案的一个基本态度是:对治安处罚200元的056号处罚决定书,他是没有异议的,因此他没有在法定期限内申请复议或者提起行政诉讼,该200元治安罚款的行政处罚决定已经产生了形式确定力。在被告后来告知他因天津市公安局公安交通管理局反映处罚过轻,所以要重新查处,重新裁决时,他也没有(或许他根本不知道)基于“行政决定的确定力和

^⑤ 最高人民法院行政庭编:《行政执法与行政审判》(总第8集),法律出版社2004年版,第39页。

^⑥ 如在坑贝元村民小组诉广东省惠州市人民政府林业行政复议决定案的裁判要旨规则运用时,最高人民法院认为,1982年《林权证》发证确有错误的,不适用《行政复议法》,但是,原发证机关或者确权裁决机关的上一级人民政府可以“纠错”,也并未考虑到“除斥期间”的问题。最高人民法院行政庭编:《中国行政审判案例》(第2卷)第46号案例,中国法制出版社2011年版,第39页。

^⑦ 前引⑤,沈德咏书,第1676页。

撤销规则”的法理提出异议。在因他不服 047 号处罚决定书而申请行政复议后,天津市公安局撤销 047 号处罚决定书的理由是“事实不清”,而不是被告违反了行政决定的撤销规则。在针对 870 号处罚决定书提起行政诉讼时,焦志刚也没有提及被告撤销 056 号处罚决定书违反了行政决定的撤销规则,而是认为它违反了《行政处罚法》关于“行政机关不得因当事人申辩而加重处罚”之规定。由此我们可以推断,在“焦案”中“裁判摘要”第 1 项的内容——“依法作出的行政处罚决定一旦生效,其法律效力不仅及于行政相对人,也及于行政机关,不能随意被撤销。已经生效的行政处罚决定如果随意被撤销,不利于社会秩序的恢复和稳定”——并非来自原告的主张。

(2)被告的主张

应该说,056 号处罚决定书是被告天津市和平区公安分局的真实意思表示,与焦志刚“违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当”。^④后来,天津市和平区公安分局作出的 047 号处罚决定书和 870 号处罚决定书都是在它的上级公安机关“要求”下的产物,是下级服从上级组织原则下自我“纠错”结果。在最高人民法院公布的“焦案”材料中,被告有这样一段辩称:

“被告虽然对原告作出过治安罚款 200 元的行政处罚,但因为天津市公安局公安局公安局向天津市公安局纪检组反映该治安处罚过轻,市公安局纪检组根据公安部监督条例的相关规定要求被告重新裁决,故被告在撤销了原治安罚款 200 元的行政处罚决定后,依法作出 870 号处罚决定书。该处罚决定事实清楚、证据确凿、适用法律正确、程序合法,法院应当维持”。^⑤

虽然被告关于“重新裁决”的原因或者理由的辩称有点异常,但置其于行政系统内部层级制中,我们也不难理解被告重新作出行政处罚决定的行为。被告这一辩称,试图证明它撤销 056 号处罚决定书并作出 870 号处罚决定书的合法性。但是,它的这一辩称并没有为一审法院所支持:

“原告焦志刚在交通民警王心魁执行公务时,不仅不配合,反而拨打 110 无中生有地举报王心魁酒后执法。和平公安分局据此认定焦志刚阻碍王心魁执行职务,根据治安管理处罚条例第十九条第(七)项规定,决定给予焦志刚罚款 200 元的行政处罚,事实清楚、证据确凿,处罚在法律规定的幅度内,且执法程序合法。天津市公安局公安局公安局认为和平公安分局对焦志刚所作的处罚过轻,应当在复议期限内依法定程序解决。非经复议机关复议和人民法院审判,任何机关和个人都不得改变已经发生法律效力处罚决定。和平公安分局在 056 号处罚决定书已经生效的情况下,仅因天津市公安局公安局公安局认为处罚过轻,即随意地自行变更处罚决定,程序明显违法。特别是焦志刚对和平公安分局的第二次处罚决定不服申请复议后,不但未能得到应有的行政救助,反而受到加重处罚。和平公安分局的做法明显与行政处罚法第三十二条第二款‘行政机关不得因当事人申辩而加重处罚’的规定不符。”^⑥

上述这段裁判理由可以分解为三个论点:①056 号处罚决定书是符合法律规定的;②在 056 号处罚决定书已经生效的情况下随意地自行变更该处罚决定书,程序明显违法;③第二次处罚决定(即 870 号处罚决定书)违反《行政处罚法》第 32 条第 2 款的规定。在这里,一审法院裁判理由中“随意地自行变更处罚决定”,已经隐含了行政决定效力理论中的确定力。也就是说,即使被告认为 056 号处罚决定书违法,那么在它产生了实质确定力之后,也应当遵守撤销规则(程序),但是,被告却“随意地”撤销了 056 号处罚决定书。可见,一审法院并不认同被告对“确有错误、不适当”的行政处罚决定,可以在“有错必纠”原则下“随意地”撤销。在这里,一审法院对最高人民法院在“咸阳案”、法释[2003]第 17 号“批复”和[2004]行他字第 5 号“答复”中所持的观点并不理会。当然,因为这是一审裁判的理由,它是否能够产生法律效力,将取决于二审法院的态度。

^④ 参见《行政处罚法》第 4 条第 2 款。

^⑤ 前引③,沈德咏书,第 1676 页。

^⑥ 前引③,沈德咏书,第 1676 页。

被告天津市公安局和平公安分局因不服一审判决,向天津市第一中级人民法院提起上诉。它的上诉理由主要有三点:

“(1)公安部《公安机关内部执法监督工作规定》第13条规定:‘在执法监督过程中,发现本级或者下级公安机关已经办结的案件或者执法活动确有错误、不适当的,主管部门报经主管领导批准后,直接作出纠正的决定,或者责成有关部门或者下级公安机关在规定的时限内依法予以纠正。’第19条第1项规定,对错误的处理或者决定予以撤销或者变更。依照上述规定,上诉人在接到上级机关要求重新裁决的指令后,撤销了对被上诉人焦志刚罚款200元的056号处罚决定书,责令办案单位重新查处,才又作出给予被上诉人治安拘留的行政处罚决定。这个行政处罚决定的作出符合法律规定,程序不违法;(2)行政处罚法第32条第2款的规定,是指行政机关在行政处罚决定作出前,要允许当事人申辩,不得因当事人申辩而加重处罚,这个规定不适用于行政处罚决定作出后的行政复议程序;(3)《中华人民共和国行政复议法》(以下简称行政复议法)没有规定行政处罚决定被复议机关撤销后,行政机关重新作出的裁决不得加重处罚。上诉人在决定对被上诉人治安拘留10日的047号处罚决定书被复议机关撤销后,重新作出给予被上诉人治安拘留15日的870号处罚决定书,符合法律规定。一审认定870号处罚决定书违反法定程序、违反法律规定,是不当的。请求撤销一审判决,依法判决维持被诉具体行政行为。”^③

这里引述了被告上诉的完整理由,以利于我们全面了解被告的法律观点,但本文关涉的是它的第一点理由。从第一点上诉理由中我们可以看到,被告把公安部《公安机关内部执法监督工作规定》(以下简称《规定》)作为支持它上诉的法律理由,应该说没有方向性错误。那么《规定》是一部什么性质的规范性文件?它能否作为支持上诉人理由的规范依据呢?从内容上看,《规定》是公安机关内部监督的法律依据,其法律位阶是部门规章。^④在《规定》制定时,国家已经公布实施了《行政诉讼法》、《国家赔偿法》、《行政处罚法》和《行政复议法》等,这几部法律所承载的法律理念是现代的,与现代行政法理论发展大致保持在同一水准上。但是,从《规定》的内容看我们不难发现,支撑它4章27条背后的一个重要原则仍然是“有错必纠”。《规定》第4条规定:“执法监督工作必须以事实为根据,以法律为准绳,遵循有错必纠、监督与指导相结合、教育与惩处相结合的原则。”又第15条规定:“对公安机关及其人民警察违法行使职权或者不依法履行职责,致使办理的案件或者执法行为不合法、不适当的,必须依照有关法律、法规和本规定予以纠正和处理。”其实,“有错必纠”并不错,问题是行使“纠”(撤销)的权力是否需要受到行政决定已经产生的实质确定力的拘束,并遵守由法的安定性等原则导出来的撤销规则。也就是说,“有错必纠”是有界限的。然而在《规定》中,公安机关在何种情形下不得撤销已产生实质确定力的行政决定,或者虽然可以撤销行政决定但必须给予行政相对人损失补偿,以及撤销的效力不得溯及既往等等问题的都付之阙如,更遑论“信赖利益保护”原则限制撤销权。所有这些问题在“有错必纠”原则下都被划出了应当考虑的范围,或多或少暴露出了制定机关的法治观念的滞后性。在实务中,我们不难发现《规定》也一直被当作公安机关自我纠错的法律依据。^⑤

综上,我们是否可以作出这样的推断:被告并不了解在现代行政法上还有所谓的“行政决定确定力和撤销规则”法理,所以,在二审中它把《规定》作为它论证870号处罚决定书合法的主要法律依据。不过,令人不解的是,对于被告如此“重要”的规章,它在一审中却没有将其和《治安管理处罚条例》、《行政

^③ 前引^②,沈德咏书,第1675页。

^④ 1999年6月2日由公安部第40号令公布实施。

^⑤ 如在焦国锋诉郸城县公安局治安行政处罚案中,原告认为,被上诉人于2008年11月20日根据《公安机关内部执法监督工作规定》第19条的规定,决定撤销该案,却又于同一天作出了被诉(2008)第73号处罚决定书对原告进行处罚。该案已撤销,若对原告进行处罚,就应当重新立案处理。而被原告认为,被上诉人原作出的公安行政处罚决定书因填写错误被郸公行撤字(2008)6号《撤销行政处罚决定书》予以撤销,撤销的是决定书,而不是案件,根本无需重新进行立案处理。遗憾的是,法院对此争点没有作出表态。参见河南省周口市中级人民法院《行政判决书》([2009]周行终字第63号)。

处罚法》一起作为法律依据向法院提交,^⑩直到二审时才在上诉状中提出来。但从一审被告辩称内容中“重新裁决”等用语看,《规定》的确是它在撤销056号处罚决定书时考虑到的法律依据,或许是它忘了向法院提交。当然,另一种情况可能是,被告知道甚至赞同“行政决定实质确定力和撤销规则”的法理,但它毕竟不是一条明确的、可操作性的法律规范,况且它也不可能拒绝执行它的上级公安机关根据《规定》发出的“重新裁决”的指令。

2. 二审法院的裁判逻辑

那么,面对“焦案”中双方当事人各自的主张以及一审法院的裁判理由,二审法院的裁判逻辑又是如何展开的呢?因二审法院的裁判理由并不限于本文所涉问题,所以这里仅摘取其中与行政决定确定力和撤销规则有关的片段。

(1)“上诉人和平公安分局据此认定焦志刚的行为触犯了治安管理处罚条例第十九条第(七)项规定,并根据该条规定作出056号处罚决定书,给予焦志刚治安罚款200元的处罚。这个处罚决定事实清楚、证据确凿,处罚在法律规定的幅度内,且执法程序合法,是合法的行政处罚决定,并已发生法律效力。依法作出的行政处罚决定一旦生效,其法律效力不仅及于行政相对人,也及于行政机关,不能随意被撤销。已经生效的行政处罚决定如果随意被撤销,也就意味着行政处罚行为本身带有随意性,不利于社会秩序的恢复和稳定。”^⑪

从这部分裁判理由看,前段内容即“上诉人……并已发生法律效力”,我们可以看作是法院对现代行政法上行政决定确定力理论的重述,由此可以证实二审法院在构筑本案裁判理由的前提时,已经偏离了最高人民法院在“咸阳案”、法释[2003]第17号“批复”和[2004]行他字第5号“答复”中所持的观点,间接地否认了“有错必纠”原则在本案中适用。在后段内容即“依法作出……不利于社会秩序的恢复和稳定”中,前一句是二审法院阐述了行政决定的确定力,后一句是二审法院指出了“随意撤销”可能导致的不利后果。虽然法院在这里未直接涉及“信赖利益保护”和“除斥期间”对撤销权的限制,但是从“不得随意撤销”之用语中我们隐约感到法院已经意识到了“随意撤销”与“不利于社会秩序的恢复和稳定”之间存在着不可割断的关联性。而这种“关联性”却是与“信赖利益保护”和“除斥期间”所体现的精神实质是一脉相承的。因此,从这种“关联性”中解释出法院已经或者将来愿意接受现有学理框架内的撤销限制,我以为在理由上是说得过去的。^⑫

(2)“错误的行政处罚决定,只能依照法定程序纠正。……无论是交通民警王心魁还是王心魁所供职的天津市公安局公安交通管理局,都与焦志刚不存在个人恩怨,都不是治安管理处罚条例所指的被侵害人,都无权以被侵害人身份对上诉人和平公安分局所作的056号处罚决定书提出申诉。……056号处罚决定书依照法定程序作出,事实清楚、证据确凿,处罚在法律规定的幅度内,是合法且已经发生法律效力的处罚决定,不在《公安机关内部执法监督工作规定》所指的‘错误的处理或者决定’之列,不能仅因交警部门认为处罚过轻即随意撤销。这样做,只能是与《公安机关内部执法监督工作规定》的制定目的背道而驰。再者,《公安机关内部执法监督工作规定》是公安部为保障公安机关及其人民警察依法正确履行职责,防止和纠正违法和不当的执法行为,保护公民、法人和其他组织的合法权益而制定的内部规章,只在公安机关内部发挥作用,不能成为制作治安管理行政处罚决定

^⑩ 参见前引^⑧,沈德咏书,第1677页。《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第1条规定:“根据行政诉讼法第三十二条和第四十三条的规定,被告对作出的具体行政行为负有举证责任,应当在收到起诉状副本之日起十日内,提供据以作出被诉具体行政行为的全部证据和所依据的规范性文件。被告不提供或者无正当理由逾期提供证据的,视为被诉具体行政行为没有相应的证据。”

^⑪ 前引^⑧,沈德咏书,第1678页。

^⑫ 所谓“信赖”,即信赖行政行为的存续之力。它如同法一样提供一个可预测的未来,具有稳定社会生活持续延伸的功能。本案焦志刚被动接受056号处罚决定书,交纳200元罚款并非属于“不可逆转性地处置”财产或者其他权利。所以,他对056号处罚决定书没有信赖利益可言。所以,如果法院已经关注到了“信赖保护”对撤销权限制功能,那么在本案中没有涉及也是有理由的。

的法律依据。”^④

在这部分裁判理由中,二审法院首先提出了一个命题,即“错误的行政处罚决定,只能依照法定程序纠正。”它是为驳斥被告“重新裁决”符合法律规定的观点而设立的论证前提。这里的“法定程序”显然是指被告若认为056号处罚决定书因违法而要被撤销,也必须遵守撤销规则和法定程序。在完成了这个论证奠基工作之后,法院开始展开它的论证逻辑:①启动“纠错”程序违法。因为法院认为根据《治安管理处罚条例》第39条的规定,^④只有治安管理处罚中的受害人才能通过申诉启动“纠错”程序,无论是民警王心魁还是王心魁所供职的天津市公安局公安交通管理局都不是本案“受害人”。②056号处罚决定书不是错误的行政处罚决定。既然056号处罚决定书合法有效,那么被告就不能把它当作一个“错案”来处理。有了这样一个前提,法院继而认为,被告仅仅因为交警部门认为处罚过轻而当作一个“错案”,随意把它撤销了。在这里,法院的裁判理由其实隐含着另一层意思:即使是一个“错案”,被告也不能“随意撤销”。这与二审法院裁判理由(1)是一脉相承的。③《规定》是内部规章,不得对外发生法律效力。也就是说,即使被告重新裁决是符合《规定》的,因为它是内部规章,所以不能成为作出行政处罚决定的法律依据。此段裁判理由虽与行政决定确定力和撤销规则之间没有直接关系,但在这里它却具有釜底抽薪的功效。

综合上述分析,我们从二审法院的裁判理由中可以看到,作为下级法院的二审法院对“焦案”的裁判,并没有遵从最高人民法院以往在个案和批复、答复中表达出来的观点,而最高人民法院将“焦案”纳入指导性案例并予以公布,实际上也改变了自己以往在这个问题上所持的观点。因此,“焦案”是最高人民法院在对待现代行政法上行政决定确定力和违法行政决定撤销规则态度转变的一个重要的“指导性案例”。

(三)“焦案”的“参考”效力

1. “参考”的阐释

法律的普遍正义是个案正义的不断积累而成的,没有堆积起来的个案正义,法律普遍正义就没有基础。基于这样的命题,最高人民法院创设的指导性案例制度可以看作是获得法律普遍正义的一条进路。“法官的作用并不仅仅是在法条中寻找法律并将其运用于具体的案件,而且他们通过选择相关的法律原则和判例来裁定案件,促进对法律的阐释。”^⑤因此,通过指导性案例来解释与发展法律,应当是法律普遍正义实现的路径之一。

指导性案例制度源于1999年最高人民法院发布的《人民法院第一个五年改革纲要(1999—2003)》。该纲要提出:“2000年起,经最高人民法院审判委员会讨论、决定有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。”^⑥五年之后最高人民法院在《人民法院第二个五年改革纲要(2004—2008)》中对指导性案例制度进一步提出:“建立和完善案例指导制度,重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。最高人民法院制定关于案例指导制度的规范性文件,规定指导性案例的编选标准、编选程序、发布方式、指导规则等。”^⑦由此可见,2006年最高人民法院发布的“焦案”,在下级法院审判类似案例时是有“参考”效力的。

那么,何谓“参考”?从文义上,参考是利用有关材料找出解决的方法。从最高人民法院创设指导性

^④ 前引③,沈德咏书,第1675页。

^⑤ 《治安管理处罚条例》(已失效)第39条规定:“被裁决受治安管理处罚的人或者被侵害人不服公安机关或者乡(镇)人民政府裁决的,在接到通知后5日内,可以向上一级公安机关提出申诉,由上一级公安机关在接到申诉后5日内作出裁决;不服上一级公安机关裁决的,可以在接到通知后5日内向当地人民法院提起诉讼。”

^⑥ [美]马修·戴弗雷姆:《法社会学讲义》,郭星华等译,北京大学出版社2010年版,第94页。

^⑦ 最高人民法院《人民法院第一个五年改革纲要(1999—2003)》。

^⑧ 最高人民法院《人民法院第二个五年改革纲要(2004—2008)》。

案例制度的宗旨看,指导性案例的制度核心是由最高人民法院从法院个案裁判理由中提炼出一条可以在今后类似案件中反复适用的“法规范”,以实现“同案同判”的普遍正义。所以,在指导性案例制度中,“参考”大致可以解释为,在法院审理案件时,如果它与最高人民法院公布的案例相类似,那么法院可以从该案例中寻找本案裁判的思路、方法与理由等,尽可能遵循同案同判的原则。^④

指导性案例确实有比较法上“判例”的外观,但是,与其说指导性案例的本质是创建判例制度的萌芽,毋宁说它是力助司法裁判从形式正义转向实质正义的一种制度性装置。在这个意义上不把指导性案例当是一种“法外”创新,而是旨在实现同案同判的一种司法解释或许更为妥当。同案同判的诉求是民众一种朴素的平等观,为了回应这种具有实质正义内涵的平等观,各级法院其实一直在作各种各样的努力,类似于指导性案例制度如郑州中原区法院试行先例判决制度、^⑤天津市高级人民法院“判例指导制度”^⑥和成都市中级人民法院“示范性案例制度”,^⑦等等。当然,指导性案例所导出的“法规范”不能离成文法太远,否则就可能被指责有“法官造法”的嫌疑。同时,指导性案例也不能亦步亦趋于成文法,否则指导性案例的功能就不可能彰显。指导性案例导出的“法规范”应当定位于消解成文法的局限性:以成文法为基础又不拘泥于成文法。因此,最高人民法院赋予指导性案例“参考”效力以实现同案同判的目的是妥当的。

2. “焦案”之“参考”实效^⑧

指导性案例的同案同判“参考”效力是否能如期发生,需要在实务中通过个案来验证。以“焦案”为例,我发现在“焦案”之后,仍有法院坚持最高人民法院在“焦案”之前的法律立场,“焦案”的“同案同判”参考效果并不显著。如在王秀明不服福清市人民政府治安行政复议决定案中(以下简称“王秀明案”),一审法院认为:

“根据《最高人民法院关于复议机关是否有权改变复议决定请示的答复》,行政复议机关认为自己作出的已经发生法律效力的复议决定有错误,有权自行改变。因行政机关改变或者撤销其原行政行为给当事人造成损害的,行政机关应该承担相应的责任。该答复虽赋予行政复议机关有自行改变其原行政行为的权力,且相关法律法规对行政复议机关改变其所作出的已经发生法律效力的复议决定程序没有明确规定,但这种改变不能是随意的。”^⑨

本案一审法院在裁判理由中已经表达了“改变不能是随意的”之观点,它接近于行政决定的确定力和撤销规则法理,但这并不是它所引用的最高人民法院那则“答复”中的内容,在这里毋宁看作是“焦案”对它产生的一点点影响。但是,这一点点影响在二审法院的裁判理由中也被抹去了。

“有错必纠是依法行政的一项重要原则。行政复议机关认为自己作出的已经发生法律效力的复议决定有错误,有权自行改变。本案中,福清市人民政府于2009年6月9日作出行政复议决定后,根据已有的证据材料,认为福清市公安局相同办案人员在同一时间段对不同证人进行调查取证,违反了《公安机关办理行政案件程序规定》,在决定撤销公安行政处罚决定的同时,有必要责令

^④ 2010年最高人民法院发布了《关于案例指导工作的规定》(法发[2010]第51号),至2012年底最高人民法院已公布12个指导案例。但是,根据《人民法院第二个五年改革纲要(2004—2008)》的要求,《最高人民法院公报》至今仍然在公布“指导性案例”。所不同的是,在法院审理类似案件时,前者具有“参照”效力(《关于案例指导工作的规定》第7条),后者则是“参考”效力。对于《最高人民法院公报》上公布的案例,在未根据《关于案例指导工作的规定》第9条“清理、编纂后,作为指导性案例公布”之前,这种指导性案例的“参考”效力仍将继续存在,“焦案”就是一例。或许,在可以预见的相当一段时间内,这种“双轨制”的指导性案例制度仍将存在下去。

^⑤ 参见《法制日报》2002年8月25日。

^⑥ 天津市高级人民法院:《关于在民商事审判中实行判例指导的若干意见》(2002年10月15日)。

^⑦ 参见《人民法院报》2005年4月28日。

^⑧ 自“焦案”公布之始,我就对它所涉及的问题颇感兴趣,之所以今天才把对它的个案分析思路整理成文,主要原因是想观察在最高人民法院两个“人民法院改革纲要”的要求下,它对下级人民法院审判类似案件是否产生或者能够在多大范围内产生“参考”效力。等待了若干年之后,在并不完善的裁判文书公布制度中,我找到了若干类似的个案,为今天全面分析“焦案”提供了实证材料。

^⑨ 福州市中级人民法院《行政判决书》([2009]榕行初字第31号)。

公安机关重新作出具体行政行为,并认为陈华辉是否实施了违反治安管理行为,应由公安机关在重新作出具体行政行为时予以查明。本院认为,福清市人民政府依原有证据作出改变复议决定的行为,并无不妥。因法律法规未明确规定行政复议机关改变其作出的已经发生法律效力复议决定的程序,故福清市人民政府在作出新的复议决定时,以更正通知的形式将原复议决定予以作废,程序并无不当。”^{⑤4}

从此二审裁判理由中我们可以清楚看到,一个在“焦案”之前的最高人民法院的“答复”内容,构成了“王秀明案”二审法院裁判理由的核心。在这里,我们可以发现与作为指导性案例的“焦案”相比,最高人民法院的“答复”更容易为下级法院所接受。这或许是“指导性案例”是一个新的制度,尚未有“答复”这样的权威性;也或许是在下级法院的业务考核中,采用最高人民法院“答复”的风险比“指导性案例”要小得多。在“焦案”之后,与“王秀明案”二审法院观点相似的行政案件并不少见。^{⑤5}由此可见,作为指导性案例的“焦案”,它的参考效力相当有限,甚至可以说微乎其微;即使“王秀明案”中的一审法院接收了“焦案”的一点点影响,但这点影响仍然被此案的二审法院所忽略了。

3. 影响“参考”的几个可能因素

其实,我们在其他一些个案中,已经看到了法院不同意行政机关可以“随意撤销”具有确定力的行政决定之观点,如在日本可乐丽株式会社不服北京市工商行政管理局朝阳分局撤销行政处罚决定案中,法院认为:“被告朝阳工商分局依据其行政权力撤销行政处罚,必须遵循法律的正当程序原则,即对涉及当事人利益的事项作出裁判前,要听取当事人的意见,给予申辩的机会。”^{⑤6}在另一个治安行政处罚案件中,法院认为:“治安拘留处罚决定一经作出,非经法定程序撤销,其具有公定力和执行力。任何人都不能否定其效力。上诉人上诉称,县有关领导答应其拘留决定不再执行。因拘留决定并未依法撤销,故无论该事实是否存在都不能够否定拘留决定的法律效力,所以该事实是否存在与本案无关,本院不予审查,上诉人的该上诉理由不能成立,本院不予支持。”^{⑤7}既然如此,为什么“焦案”的影响还是那么稀薄呢?如下几点分析可能会给出一个具有普遍意义的答案:

(1) “有错必纠”的社会认同感十分强大

在我们的政治文化中,“有错必纠”的意义并不仅仅在于个案获得了“昭雪”,更重要的是它往往包含了某种政治目标,或者说实现个案的公正处理仅仅是一种手段,目的在于通过个案的“有错必纠”使得政治上的某种目标获得社会民众的支持,以达成某种治理手段的合法性。与行政决定的确定力相同的情况是,诉讼法上的裁判既判力理论也终究敌不过以实质正义为导向的“有错必纠”,加上信访制度的外力作用,裁判既判力如同沙滩上的高楼,十分容易被外力所倾覆。另外,在立法上“有错必纠”一再被确立为法律原则,如地方立法中的各种“行政执法监督条例”。最高人民法院在相

^{⑤4} 福建省高级人民法院《行政判决书》([2010]闽行终字第21号)。

^{⑤5} 在崔秀敏不服北京市大兴区北臧村镇人民政府撤销集体土地建设用地使用证变更登记案中,法院认为:“被告北臧村镇政府无权将第三人刘克勤名下的兴集建(93)字第0221—089号集体土地建设用地使用证变更登记为原告崔秀敏名下,该变更登记行为属于超越权限,理应撤销,其自行予以纠正并无不妥,所作出的(2006)大北行撤字第1号北臧村镇人民政府关于撤销变更兴集建(93)字第0221—089号集体土地建设用地使用证行为的决定是符合法律规定的。”二审法院认为:“虽然现有法律中并未规定行政机关是否有权撤销自身的错误决定,但考虑到北臧村镇政府原土地管理所隶属于北臧村镇政府,并非原北京市大兴县人民政府土地管理局派出机构,以及崔秀敏的合法权益可以通过另案民事诉讼等途径得到适当保护的事实,一审判决驳回崔秀敏要求撤销被诉决定的诉讼请求正确,本院予以支持。”北京市大兴区人民法院《行政判决书》([2007]大行初字第31号)和北京市第一中级人民法院《行政判决书》([2007]一中行终字第784号)。在牛卫红与三门峡市劳动和社会保障局收回工伤证、取消工伤认定纠纷案中,法院认为:“市劳动局依据上述情况,认为牛卫红于1992年申请办理的工伤证,由于申报材料与事实不符,牛卫红因工负伤的事实不能成立。为完善对工伤证的管理,确保工伤证的严肃性和有效性,按照有错必纠的原则,对不属于工伤,不符合发证条件的工伤证予以收回,以市劳动局的名义为牛卫红颁发的工伤证再由其收回,是在其职权范围内。”河南省三门峡市湖滨区人民法院《行政判决书》([2008]湖行初字第2号)。

^{⑤6} 贺荣主编:《行政执法与行政审判实务——行政处罚与行政强制》,人民法院出版社2005年版,第98页。

^{⑤7} 重庆市第五中级人民法院《行政判决书》([2008]渝五中行终字第188号)。

关的批复、答复中也持相同的态度。所以,在以裁判的既判力理论支撑下的行政决定确定力和撤销规则法理,因其与“有错必纠”这一中国民众传统法律价值有着直接冲突,即使在上个世纪80年代的《行政法概要》中已经出现,它也一直如水上浮萍,未能在实务的土基上生根发芽。

(2)“焦案”没有发展出具有可操作性的规则

如果将行政诉讼定位于“纠纷解决”之功能,那么通过个案发展出“规则”不可能成为办案法官的“任务”。“法官不能拒绝裁判”意味着法官即使在没有法规范的情况下也必须“找”到“法规范”,并把它作为自己裁判案件的依据,那么,法官到哪里去“找”法规范呢?在我们这样的法律环境中,成文法当然是法官的首选对象。指导性案例不是成文法,“同类”、“类似”案件的认定,也不具有或者还没有发展出可操作的具体规则,加之法官们普遍没有掌握判例法中的“区别技术”,的确有相当的客观困难。在法院内部的考核体系中,参考指导性案例判案可能会给办案法官带来极大的风险。与司法解释相比,指导性案例所导出的“法规则”在适用时给法官的裁量空间更为逼仄,后者留给法官的解释余地远不如司法解释那样可以“再解释”。因此,既然指导性案例作为一种新制度,尚未发展出具体的操作规则,一旦指导性案例所导出的“法规则”成为障碍时,对指导性案例采取视而不见的态度,或许是一种最好的司法“策略”。

(3)传统司法理论带来的阻力

积极制造指导性案例反映出法院“司法能动”的倾向,比如,就某一个专门问题指定一个地方法院选择个案进行试验性审理,将司法政策以特洛伊木马的技术溶入该案的裁判理由之中,然后再从中“提炼”出指导性案件的规则。但这种司法活动的方式很难为传统的司法理论所认同。指导性案件的“法规范”形成于个案,且有特定的场域,它与离开了个案,由特定机关制定的法规范不同。前者被视为“司法造法”,批评者的声音从未消停过。所以,为了确保自己的裁判走出法院之后“平安无事”,法院明智的做法是不要让自己的裁判与某一个指导性案例联系在一起,以避免他人指责其裁判于“法”无据。

结 语

对个案条分缕析的目的是掘尽其中的所有问题,但包藏“焦案”中的问题可谓是“一文难尽”。在“焦案”中我们还可以看到,天津市公安局纪检组指令其下级和平区公安分局“重新裁决”,是一个从“结构性错位”的权力体系中发出来的一项命令,但它发生了预期的法律效果。在正常的权力结构体系中,和平区公安分局是可以借助于法律程序抵挡这项命令的,但是,我们发现和平区公安分局如同木偶一样,不停地顺着别人的手势做出一个又一个的行政处罚决定,直到它的上级——天津市公安局——作出维持该行政处罚的复议决定为止。在这里,我们看到一个很有意思的现象:行政复议程序并没有产生所谓的“对于恣意的限制”功能,^⑤倒成为“结构性错位”的权力体系中胡乱的权力被“合法化”的一种法制装饰品。由此可见,限制权力恣意的程序如要发生预期作用,肯定还需要以其他法律机制的匹配作为前提。这里的“其他法律机制”或许也应该包括“指导性案例”制度。

虽然“焦案”作为指导性案例的参考效力十分有限,但是它吸收了现代行政法上“行政决定实质确定力和撤销规则”的法理,在一定程度上印证了“法院是行政法理论的开拓者”之命题。在法院裁判和行政法学界互动过程中产生的行政法理论,仅仅停留在相互欣赏的欢声笑语中是远远不够的,在这里,通过制定成文法“固化”这些行政法理论,可能是法官和学者们共同努力的方向。就“焦案”而言,能够影响未来在中国的“行政程序法”中实现行政决定确定力和撤销规则的条文化,或许是它的法律价值所在。

Abstract: Due to the joint efforts made by the scholars of administrative law over the past two decades, theoretical frame on determination of administrative decision and revocation of rules has become

⑤ 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第15页。

more mature. The contents of this theoretical frame is that if any mistakes is found in an administrative act that has been established, the administrative organ should follow relevant rescinding rules rather than the principle of “collecting mistakes whenever discovered”. However, according to administrative judgments and official replies and answers issued by the Supreme People’s Court, it is clear that the Supreme People’s Court insisted on the principle of “collecting mistakes whenever discovered” rather than was influenced by the theoretical frame mentioned earlier. The Court does not alter its view until the case of Jiao Zhigang was published as a guiding case on the Supreme People’s Court Gazette. According to the judgment of the case of Jiao Zhigang, once an administrative act has been legally made and come into force, the administrative act cannot be withdrawn at will, it is binding not only on the affected person(s), but also on the administrative organ itself. However, the relevant judgments made by the courts at various levels show that the case of Jiao Zhigang has not been frequently referred to in the judgments, and the principle of “collecting mistakes whenever discovered” is still deeply rooted. It is possibly because the guiding cases are lacking in practical value and statutory tradition. However, the rules made in the case of Jiao Zhigang are still valuable, and its value has not only represented the impact of the theory on the decisions by the courts, but also acted as a sign of the development of the idea of rule of law.

(责任编辑:吴 雷)