

构建我国行政审判“参照”惯例制度

柳砚涛*

内容提要 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

在不少以大陆法系国家为代表的法治发达国家,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”的制度与规范体系。如1907年《瑞士民法典》第1条第(二)项开宗明义:“如本法无相应规定时,法官应依据惯例。”在我国,鉴于行政法渊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不能再继续对惯例视而不见、置若罔闻了。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?诸如此类的问题亟需理论上率先给出答案。

* 山东大学法学院教授,博士生导师。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”(项目批准号:13BFXJ02)的阶段性成果。

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。

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(三)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(五)、(六)项中的“滥用职权”、“明显不当”中完全可以涵盖“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,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《最高人民法院关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《若干解释》)第62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,如《民法通则》第7条的“尊重社会公德”、^①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条和第46条的“尊重驻在国的法律和风俗习惯”、《人民武装警察法》第21条的“尊重公民的宗教信仰和风俗习惯”、《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

^① 受前苏联影响,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。

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”?

司法解释层面,《若干解释》第62条第2款规定,行政审判可以“引用合法有效的”“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”,^②大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”,^③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”。^④

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”^⑤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年公安部三局对广东省公安厅户政管理处的请示答复(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时。

(三) 有利于保持行政与司法“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于“增强法律之内的连续性、稳定性”,^⑥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”。^⑦

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。

③ [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。

④ 林纪东:《行政法》,台北三民书局1980年版,第84页。

⑤ 陈顾远:《中国法制史概要》,商务印书馆2011年版,第86页。

⑥ See Frank A. Schubert, Introduction to Law and the Legal System (Seventh Edition), at 231 (Houghton Mifflin Company, 2000).

⑦ 前引③,狄骥书,第32页。

行政与司法秉承标准一致性和依据连续性的理性在于,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。

(四) 藉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,但如若属于“法规窒碍难行”或“迁就官僚体系之便宜行事”^⑧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”,^⑨“监理”的最好途径就是融入“法治”环境中,而“法治国意味着对行政尽可能的司法化”,^⑩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,^⑪尽管这种对于“举轻以明重”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) 可以藉此弘扬法文化

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。^⑫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”。^⑬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”,^⑭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藉惯例弘扬法文化的积极功能。

⑧ 马秀如、董保城:《从会计内控与行政惯例探讨首长特别费》,载台湾《月旦法学》2008年第156期。

⑨ [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。

⑩ [德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第64页。

⑪ 参见尹权:《论行政惯例的司法审查》,载《法律科学》2008年第1期。

⑫ 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。

⑬ See M. A. Omolaja, Administrative Practice in Nigeria: Implications for National Development, 42 Economic Analysis, at 53-64 (2009).

⑭ 前引⑧,马秀如等文。

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”、唐宋元的“例”、明清的“比附判例律例并行”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) 法院可以藉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。”^⑮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”^⑯,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”,^⑰所以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”^⑱。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《行政诉讼法》修改后将“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,如何挖潜和拓展“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与制度设计形成“倒逼”态势,要求我们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

^⑮ [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。

^⑯ 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1卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第260页。

^⑰ [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社2009年版,第186页。

^⑱ 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。

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,但一则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甚至依据;二则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”并非遥远。

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”,缘由有二:一是《〈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《若干解释》第62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。”^①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?笔者倾向于后者,理由如下:

第一,保持行政诉讼制度内涵的一致性。既然规章与规范性文件的“参照”内涵已经确定为“先审查,后引用或依据”模式,那么以规范性文件为载体的惯例自然涵盖于该模式内,而本着平等性、一致性及“同例同命”的原则,其他非以规范性文件形式存在的行政惯例和非行政性惯例也应套用该模式。

第二,防止裁判依据缺位,避免将行政判决置于“无据而判”的窘境。惯例本来就是为了弥补法律空白而扮演了行政行为“依据”的角色,担当了支持行政行为合法性的重任,如果不将其视为“依据”加以引用,就抽掉了被诉行为的法律基础。经过审查认定为合法有效的惯例,本质上就是法的载体,尽管不具有法的形式但却有法的实质,将其作为裁判依据完全符合“以法律为准绳”的实质要求。相比之下,指导性案例的“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和稳定”,尽管“当下正在起着事实上法源之作用”,^②但鉴于“依据一个案件裁判另一个案件”并不具有足够的正当性,所以其既非理论上公认的法源,也非制度设计中的裁判依据。实质上,即便承认先例、判例,真正具有法律价值的也仅限于附于“例上”或隐于

^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。

^② 章剑生:《作为行政法上非正式法源的“典型案件”》,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)2007年第3期。

“例中”的原理、原则,“当援引一个案件作为先例时,要从中导出一项规则或原理。正是这种规则或原理,而不是前例的事实本身,适用于待决案件。”^②至于“例”本身或构成“例”之事实,只不过是裁判规则或依据的“载体”。

第三,指导性案例的本质是具有代表性的“个案”,仅具有“个案既判力”,^③这与惯例系由多个“个案”累积、“看齐”所形成的规则不同,已有“指导性案例”只能作为“同情同处”的“理由引述”,取意为“因为要与已有个案保持一致,所以如此裁判”;而本质上属于“规则”的惯例所解决的是“相同个案”的“依据”问题,因而“参照惯例”的实质是“经审查,惯例合法有效,应当作为被诉行为依据和裁判依据”。修改后的《行政诉讼法》第64条和《最高人民法院关于适用〈行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称“新《若干问题的解释》”)第21条也明确规定,规范性文件不合法的,人民法院“不作为认定行政行为合法的依据”,后者还附加了“并在裁判理由中予以阐明”的内容。这里“不作为……依据”的对应概念就是“作为依据”,包括载于规范性文件的惯例在“合法有效”的情况下,就是“认定行政行为合法的依据”,或干脆说就是“裁判依据”而不仅仅是“裁判理由”。有学者将《若干问题的解释》第62条“可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他规范性文件”中的“引用”解释为“可以作为裁判文书理由部分的依据,但不能作为裁判结论部分的依据”,^④修改后的行政诉讼法和新《若干问题的解释》实质上赋予包括惯例在内的规范性文件“裁判理由依据”和“裁判结论依据”两种可能性。

“参照”而非“依据”惯例裁判的主要原因有:

(一) 与已有制度设计保持一致

之所以“参照”而非“依据”惯例裁判,意在与当下相关制度设计保持一致:一是尽管《行政诉讼法》第6条规定的“合法性审查”可以将包括惯例在内的非制定法源涵盖在内,但在第63条仅确认了法律、法规的“审判依据”地位;二是2004年国务院《关于全面推进依法行政实施纲要》将“依法行政”之“法”限定为“法律、法规、规章的规定”;三是《座谈会纪要》也秉承了制定法或成文法理念;四是《若干问题的解释》第62条第2款通过“引用合法有效的”“其他规范性文件”的规定,已将内含于规范性文件的惯例纳入了行政审判“参照”体系,为保持制度一致性,只能秉承“制度比对”和“适度延展”的精神给非以规范性文件形式存在的惯例以“同等待遇”,因为一旦出现“同例不同命”的制度设计和实践,不仅影响“审判参照体系”的一致性,而且破坏了平等原则。

值得注意的是,按照本文开头列举的关于“按照”、“适用”习惯、惯例的法律规定,“依惯例裁判”在不少单行法领域已经具备了形式合法性,而且,随着法律条文主义观念逐渐式微和非制定法源司法直接适用性呼声的不断升高,在制定法缺位的情况下直接“依惯例裁判”并不遥远,尤其是将一些人们共知、共信、共守的惯例作为处事断案依据

^② See John Kaplan Robert Weisberg and Guyora Binder, Criminal Law: Cases and Materials, at 11-12 (Aspen Publishers, 2004).

^③ 曹士兵:《最高人民法院裁判、司法解释的法律地位》,载《中国法学》2006年第3期。

^④ 廖希飞:《论行政规定在行政诉讼中的效力》,载《行政法学研究》2011年第2期。

完全合乎实质合法性要求。

(二) 惯例并非绝对属于“民意”和“法意”

行政惯例是长期行政实践的一种“惯行”,所以本质上是一种行政意志而非立法意义上的“人民意志”和“法意”,如此便没有作为审判依据的资格;既为行政意志,就应套用当下制度设计中关于“参照”和“引用”合法有效的规章和规范性文件的既定模式。

非行政性惯例大多源于民间习惯,是人们共知、共信、共守的“惯行”,尽管其可能接近或甚至就是“民意”,但在我国当下审判依据体系只认同制定法的背景下,只要未被有权机关通过“制定”或“认可”程序予以“法律化”或司法确认,就不能取得审判依据资格。

(三) “事实”层面的惯例不具有规则性和适用性

在诉讼中,“规则”可以进入审判依据体系,而“事实”只能归于“查证”、“推定依据”的范畴,那么,惯例本质上究竟属于“事实”抑或“规则”?对此,学界主要存在“事实说”^{②4}与“规则说”^{②5}两种主张。笔者认为,积累、养成惯例的“个案”或“个例”属于“事实”层面,“个案”、“个例”和“先例是规则的法律渊源”,^{②6}而“被在某一问题上一致的诸多先例一再重复而明确地确定下来”^{②7}的“惯行”或“规律”则属于“规则”。

尽管法律规则与事实之间没有“令人明白的标准”,“永远不能自行划清界限”,^{②8}甚至有观点认为“在法律和事实之间作出区分是不可能的”,^{②9}但可以确定的是,惯例在行政诉讼中兼具“事实”和“规则”两种样态:作为“事实(practice)”,其主要表现为“已知的事实”,是推定和司法认知的前提,蕴含“依惯例推定待证事实存在”之意;作为“规则(convention)”,其本质上属于若干情况相同处理相同的“后案”向“前案”“看齐”养成的“规律”,“构成行政机关一贯行为的规律”,^{③0}是行政行为的“依据”和行政审判的“参照”,蕴含“依惯例要求相对人为或不为某种作为或不作为”的行政意蕴和“参考惯例进行裁判”、“依据合法有效的惯例裁判”的诉讼价值。

(四) 惯例与法之间仅具有部分“同质性”

作为由“事实链”集成的“规律”和“规则”,惯例蕴含着两种“与法同质”的元素:规则和经验,但惯例并不就是法,因为:

第一,作为“规则”,惯例隐于由“相同个案”构成的“事实链”当中,以“个案”为基础的“同案”和“类案”养成了“依例行事”的规则,要求遇到类似的情况必须遵从以往做法,向“前例”看齐,而这恰好符合法的旨趣,正如英国的一位皇家法律顾问所言,“你在

^{②4} 参见[法]雅克·盖斯坦、吉勒·古博:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第497页;刘得宽:《法学入门》,中国政法大学出版社2006年版,第18页。

^{②5} 参见王伯琦:《民法总论》,台湾国立编译馆1977年版,第4页。

^{②6} See Carleton Kemp Allen, *Law in the Making* (Seventh Edition), at270 (the Clarendon Press, 1964).

^{②7} [英]鲁伯特·克罗斯,J. W. 哈里斯:《英国法中的先例》,苗文龙译,北京大学出版社2011年版,第13-14页。

^{②8} 前引^{②6},施瓦茨书,第600页。

^{②9} 前引^{②7},克罗斯等书,第242页。

^{③0} 柳砚涛:《论行政惯例的价值及其在我国制度化路径》,载《当代法学》2013年第5期。

同样的案例中要同其他人保持一致,否则,我们就不知道法律是什么。”^{③①}但惯例不能恒定地符合“人民意志性”的标准,且其中的行政惯例毋宁是“行政之惯行”或“行政意志”。

第二,作为“经验”,惯例堪称“基于经验的规则”,^{③②}与法律之间没有质的差异,不仅“法律的概念和公式是从先例到先例成长起来的”,^{③③}而且“法律制度现在是也一直是纯经验的”。^{③④}但惯例仅系长期“养成”的“惯行”,没有经过“国家制定或认可”程序,正如德国学者哈特沙伊克(Hatschek)教授称之为“法之前阶(Vorstadium des Rechts)”,^{③⑤}在“惯例法律化”之前,尚不具备作为“依据”的资质,只有通过司法审查获得“参照”的机会,藉此破解“一项习惯在获得司法判决支持之前就不是法律”^{③⑥}之遗憾。

(五)我国并不具备西方国家“依惯例裁判”的历史传统和现实条件,先以“参照惯例”作为过渡

在大陆法系,古罗马时期的习惯被视为人民意志的体现,这与萨维尼所言“民族的共同意识(the common consciousness of the people)乃是法律的特定寓所”如出一辙,“法律首先产生于习俗和人民的信仰(people faith)”,^{③⑦}这种“人民意志”和“共同意识”使习惯实质上取得了法源地位。英美法对于习惯的认同缘于征服不列颠之后统治的稳定性,统治者从遵循习惯中获得了民心和社会安定,自然会赋予习惯以极高的历史与法律地位。

我国悠久的历史传统文化传统中尽管也有丰富的“乡土资源”,并演进为当下独具特色的民间法、习惯法,但因长期受到成文法理念和法律条文主义影响,新近几年兴起的“理念法”、“软法”、“民间法”也主要停留于理念或理论层面,诉讼制度设计层面难觅习惯、惯例的踪影,查遍整个民事诉讼法条文竟无习惯、惯例的只言片语,行政诉讼相关规范条文中更是难觅惯例踪影,所以尽管存在不少法院“尊重”惯例判案的“个例”,但始终未养成“依惯例判案”的司法传统。如果先实验性地确立行政审判“参照”惯例制度,可以促进惯例的成文化、体系化和公信力,使一直“暗中”发挥作用的惯例获得应有的“名分”,不仅为不成文法源成为审判依据“打前站”,也为“实质法治”环境的营造和“实质合法性”标准的构建积累经验和引领观念,同时也给当下行政与司法实践中参照、借鉴、比照惯例的若干个案“一个说法”。

③① See Frederick Pollock, A First Book of Jurisprudence, at 317 (Macmillan and co., limited, 1911). 转引自梁治平:《英国判例法》,载《法律科学》1991年第1期。

③② [美]博拉·斯通:《政策悖论:政治决策中的艺术》,顾建光译,中国人民大学出版社2006年版,第294页。

③③ [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2009年版,第26页。

③④ [英]赖特勋爵:《判例》(上),张志铭译,载《比较法研究》1991年第4期。

③⑤ 陈新民:《公法学札记》,中国政法大学出版社2001年版,第191-192页。

③⑥ 前引②⑦,克罗斯等书,第187页。

③⑦ 前引⑨,萨维尼书,第9页。

三、“参照”惯例的实质要件:合法有效

将“合法有效”设定为参照惯例的实质要件,一则可以将已有“参照”“引用”合法有效的规章及其他规范性文件制度模式普遍适用于非以规范性文件形式存在的行政惯例和其他非行政性惯例;二则也顺应了我国司法针对行政规定、行政政策、行政意志的一贯态度,即先审查其合法有效性、后决定是否依据。

(一)“合法”的基本要求

有学者将惯例“合法性”的要求仅仅界定为“不应与现有的成文法相冲突”一项,^⑧该标准与惯例“填补法律空白”功能定位极不相符,既属法律空白,就少有与成文法抵触的情形;既然“遵从惯例”的前提是“法无规定”,那么构建惯例合法性审查标准必须紧紧围绕是否实质合法而非是否抵触上位法或成文法,主要涵盖三方面内容:

第一,是否具有实质合法性,即是否合乎法的精神、价值、目的、原则、原理等“理念法”,是否符合理性,因为赋予惯例、习惯、先例以“以权威性和效力”的只能是“隐藏于其后或超越于其上的某些东西”,^⑨这里的“某些东西”就是惯例所蕴含的基本理性,这也是人们对惯例共知、共信、共守一贯性的前提。丹宁勋爵将“行政惯例的非理性”视为“官僚主义最好的挡箭牌”,其结果是迟滞法律的发展,而要“避免这种命运”,“行政惯例就不应该成为一种‘非法的科学’,而应该成为一种法律的科学”。^⑩这里的“法律的科学”仍然指向行政惯例的实质合法性,这也是将“恶例”排除在审判“参照”体系之外的应然标准。

在没有可资比对的“条文法”和“理念法”的情况下,其他善良价值也是惯例实质合法性的评价标准,如在美国李纳什布尔诉布鲁宁案中,最高法院认为,田纳西州所采纳的“系统惯例”“应被视为该州的法律”和“视为合法的法律渊源”,因其属于该州“公共政策”的反映,^⑪从而将“公共政策”作为惯例合法性判断的“参照物”。

第二,不得与法律抵触。既然惯例的形式正当性源于填补法律空白,这一定位寓意一旦在某一个问题上出现惯例与法律并存的局面,惯例就应让位于法律,因为“习俗惯例既不能废止法律,又不能违反法律”,一旦出现惯例与法律并存且不一致的情形,“法律使习俗惯例完全陷于无效,以使之从属于自己。”^⑫

第三,将惯例的“合理性”纳入“合法性”范畴。“合理性”是“合法性”的内核,也是不少国家认定惯例有效性的前提,如在英国,“习惯必须是合理的”,^⑬美国法院认为“合

^⑧ 温泽彬:《论行政惯例的背景、价值与现状》,载《政治与法律》2010年第6期。

^⑨ [美]E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第431页。

^⑩ [英]丹宁勋爵:《法律的训诫》,杨百揆、刘庸安、丁健译,法律出版社1999年版,第329页。

^⑪ 参见孔祥俊:《法律规范冲突的选择适用与漏洞填补》,人民法院出版社2004年版,第109页。

^⑫ [法]莫里斯·奥里乌:《行政法与公法精要》(上册),龚觅等译,辽海出版社1999年版,第62页。

^⑬ 前引^⑨,博登海默书,第472页。

理性乃是某一惯例的有效条件之一”。^④将惯例的“合理性”纳入“合法性”在不少域外国家的制度意义并不大,因为“合理”与“合法”均属于法院的审查范围,因而法院在审判过程中很少关心有关问题究竟属于“合理性”抑或“合法性”范畴。

但在我国,囿于悠久的“重制定法、轻理念法”传统,在域外能被“理念法”涵盖的合法性问题,在我国大多只能划入“合理性”范畴,而人民法院在行政诉讼中只能审查合法性问题,这就使得“合法性”与“合理性”的界分变得十分必要。有学者认为,“法院的司法权无限扩大至适当性审查的强度,对惯例进行合法性和适当性的全面审查。”^⑤其中关于“适当性”审查的观点值得商榷,因为我国当下实证法已经确立了行政诉讼合法性审查以及规范性文件“不合法”的附带性审查制度,故笔者认为在《行政诉讼法》刚刚修改、一味地呼吁“修法”并不可行之时,能否利用当下制度的“合理张力”,用“理念法”将惯例的合理性、适当性纳入“合法性”范畴。

(二)“有效”的基本要求

既非绝对而恒定之“民意”,惯例为何“有效”?其实质合法性源自何处?该命题事关惯例作为审判参照的正当性基础。尽管主流观点倾向于惯例必须经立法确认和法官认可才能够成为法源,且在英国,习俗惯例一旦得到法官承认,便可以“与法律同起同坐”,“带有法律的名称”,即“Common Law”。^⑥但是,法官只是对既存惯例的效力予以“认可”而不能赋予其效力,那么惯例效力究竟来自何处?对此,学界主要有“平等说”、“国家承认说”、“法官确认说”、“确信说”等多种观点,前三种学说均有难以自洽之处:“平等说”只注重惯例的外在形式,因为平等只是惯例效力的外部表现而非效力源头,“一视同仁”只赋予惯例以正当性,并不赋予惯例效力;“国家承认说”和“法官确认说”只解决了惯例的外因和外在效力,只是对惯例内在效力的“承认”,没有重视国家之所以赋予其法效的内因和“原动力”。

笔者赞同“确信说”,与源自于《查士丁尼法典》的格言“与全体有关者必得全体同意”、“服从源于同意”同理,惯例的效力应当来源于承认与遵从,同意产生效力,服从实现效力。应松年、何海波教授认为,“当一种惯例积年累月,行之久远,化于内心,积淀成民间习惯,政府就需要尊重和考虑。”^⑦这里的“化于内心”实则“确信说”的别样表述。尽管是一种“规则”和“惯行”,但“按照惟一的理智来说,并没有任何东西其本身是正义的”,既非“正义”和“民意”,就不能强制人们服从,正所谓“习俗仅仅因为其为人所接受的缘故,便形成了全部的公道;这就是它那权威的奥秘的基础了。”^⑧当然,系于惯例的这种“确信”和“同意”有不同理由,或者缘于因“惯行”所生的“从众”心理,或者基于对传

^④ 前引③,博登海默书,第470页。

^⑤ 前引①,尹权文。

^⑥ 参见前引②,奥里乌书,第88页。

^⑦ 应松年、何海波:《我国行政法的渊源:反思与重述》,载《公法研究》2004年第1期。

^⑧ [法]帕斯卡尔:《思想录》,何兆武译,商务印书馆1995年版,第138页。

统做法的信赖而将习惯“推定为法律”,^④或者“当事人确信这种习惯应成为法律”,^⑤或者基于“系统先例”在人们心中产生的“一般的法律确信”,^⑥或者“每当面对同样的情形都采取一种同样的对待方式时”所产生的“一种常规、一种惯性的常规”,^⑦在哈耶克看来,“这种行动的常规性并不是命令或强制的结果,甚至常常也不是有意识地遵循众所周知的规则的结果,而是牢固确立的习惯和传统所导致的结果。”^⑧这些都是“同意”的内因和惯例具有法效的“原动力”。

总之,“有效”并非仅指行政机关将惯例作为办案依据,而且包含相对人自愿接受惯例拘束的意蕴,即“必须被有关的权利同类视为有约束力的法规范”,^⑨因为惯例既非通过立法程序征集民意制定,也非行政双方基于协议商定,所以其有效性不能单纯基于“强制”,只能源于自愿服从,而这又源于其内心确信(*opinio necessitates*),即“人们是否普遍认为它是正确的”。^⑩

四、“参照”惯例的程序要件

(一) 惯例的适用性审查不以原告申请为前提

行政审判参照惯例不宜仿效当下规范性文件的合法性审查与行政诉讼一并审理相关民事争议制度中的“申请+附带”审查模式,这会限制司法监督的主动性和广泛性,应给人民法院“主动审查”留有“一席之地”。据此,如果人民法院认为有必要,尤其当惯例的合法性为解决争议所必需时,完全可以借“本诉”之机进行主动审查。理由如下:

第一,当惯例已经作为被诉行为依据时,其合法性已经在“本诉”的射程范围之内,这一点与行政诉讼一并解决相关民事争议不同,后者实质上是与行政诉求相关联的另一个独立的“诉”,本着“不告不理”的原则不能由法院自主启动审查程序。

第二,如果被诉行为仅依据惯例,别无其他依据,那么不解决惯例的合法性,就不能准确判断被诉行为的合法性。因而,惯例的合法性就成为被诉行为合法与否的“先决问题”,对此,域外通常做法是“合并到诉讼案件本身管辖权内”,“以保持诉讼案件管辖权的完整”。^⑪

第三,按我国当下关于行政诉讼审理范围的制度设计,原告的诉求仅为司法审查的“诱因”行为,法院的审理范围并不受制于诉请范围,“全面审查”制度对惯例的审查同样适用,惯例审查并非必然与利害关系人申请审查捆绑在一起。

^④ [美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,知识出版社1984年版,第26页。

^⑤ [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2002年版,第62页。

^⑥ [德]魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第110页。

^⑦ 前引③,狄骥书,第31页。

^⑧ [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第72页。

^⑨ [德]汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第290页。

^⑩ [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第17页。

^⑪ 马怀德主编:《行政诉讼原理》,法律出版社2003年版,第25-26页。

第四,行政诉讼既是“救济法”也是“监督法”,人民法院借原告寻求救济之机,对行政施以最大范围和限度的审查监督,将监督范围和“个案”效能最大化,符合诉讼经济原则。

(二) 参照惯例说明理由制度

无论对惯例采取服从抑或拒绝的态度,都必须说明理由,因为对于“命题的真实性要求或有效性要求越是能够得到很好地证明它们就越是具有合理性”,^{⑤⑦}一些罗马法系的国家甚至要求法院将某种习惯当作一种法律规则加以实施以前,“必须要附有法律意见或必要意见”。^{⑤⑧}当惯例不成立,或者行政机关不能证明其属于惯例,或者尽管属于惯例但对本案不适用,或者与法律规定相抵触或违背法律精神,法院拒绝适用时,更需要说明理由。尤其在当代法治环境下,“说理”尤其是“拒绝+说理”模式是“一个正常的理性人(a reasonable person)能够接受的标准”,^{⑤⑨}更是一个国际上公认的理性规则,正如TRIPS第41条第3款所规定的,“对案件实质问题的决定,最好采取书面形式并说明理由(shall preferably be in writing and reasoned)”。

我国当下构建惯例适用说明理由制度正当性主要体现在:第一,是增强判决说理性的必然要求,也是法官释明义务的当然组成部分,便于使裁判文书由“权力的宣言书”升华为“理性的阐释者”;第二,在当事人提出、陈述和主张适用惯例的情况下,说理是增强判决“回应性”和“可接受性”的重要举措,也是“保有其人格尊严”的最低要求;第三,是落实正当法律程序的必然要求,也是法院“判断权”的本质使然,无理由的判断实属“妄断”,法院在行使选择判断权时必须履行说理程序。

(三) 不予参照后的纠正措施

对于不符合合法有效要件的惯例,人民法院不应仅仅停留于不予参照并说明理由,而是应进一步通过某种途径予以纠正。这一做法的正当性主要体现在:

第一,“不予参照”仅具有“个案效应”,亦即就本案而言该惯例不能成立或不予适用,否定了“本案适用”并不能够杜绝“他案适用”,个案否定与惯例的普适性和辐射效应相比可谓“杯水车薪”,所以法院必须采取必要措施防范“恶例”效应蔓延。

第二,争取个案诉讼效应最大化已成审判制度改革的重要内涵,“一并审理”、“附带审查”等制度设计的根本目的就是为了解决“挖掘”“一案一诉”的最大潜能,在化解“个案”的同时一并解决包括惯例在内的相关规范、规则、依据的效力问题,践行诉讼经济原则。

第三,规范的属性判断、选择适用是法院审判权的当然内涵,但该项权力的“上限”并不限于“不予适用”,域外不少国家已开始将其延展为“纠正”、“推翻”等面向“普适用效力”的措施。如在美国,“尽管意识到遵循先例原则在司法程序中发挥的重要作用”,

^{⑤⑦} [德]尤尔根·哈贝马斯:《交往行为理论:行为合理性与社会合理化》,曹卫东译,上海人民出版社2004年版,第9页。

^{⑤⑧} 参见前引^{⑤⑦},博登海默书,第470页。

^{⑤⑨} 刘东亮:《什么是正当法律程序》,载《中国法学》2010年第4期。

但当“随着时间的推移被证明是不公正或不明智时”,“最高法院仍会毫不犹豫地将其推翻”。^⑩

纠正有两种可能途径:第一,通过司法建议促成惯例的废止、修正和完善,即“间接纠正”。事实上,修改后的《行政诉讼法》第64条规定,人民法院认为相关“规范性文件不合法”,在不作为“依据”的同时,“并向制定机关提出处理建议”,这里就包括已经“融入”规范性文件的惯例,当下需要做的是,将非以规范性文件形式存在的惯例、非行政性惯例和人民法院主动审查的惯例也纳入“处理建议”的范围。

第二,赋予“认为不合法”以普遍适用和反复适用效力。前述法条已经将人民法院对于规范性文件附带审查的否定性结论界定为“认为不合法”,但这里的“认为”不应“隐于”法官心里,而应“外显于”裁判文书,基于“法无规定不可为”的权力法则,这里的“认为不合法”的实质就是“确认违法”。无论“认为”还是“确认”,均产生“既判力”,其内含的“禁止矛盾”意蕴理应产生普适性和反复适用效力。总之,如何让法院的“认为不合法”或“确认违法”起到阻止“恶例”继续有效的作用,应当成为行政法学界思考的命题。

五、当下审判实践中适用惯例的个案问题透视

笔者以“行初字 行终字 惯例”为关键词,对2014年1月1日至2015年6月30日时间段内“中国裁判文书网”公布的行政裁判文书进行搜索,查到约124个带有“惯例”字眼的判决,其中绝大多数判决均为当事人主张适用惯例,而法官未予表态,约有30个判决中法官裁判时涉及到惯例,这些“涉惯例”认定主要存在下述问题:

第一,忽视了惯例填补法律空白的功能,甚至以惯例代替法律。如有判决认为,两个生效判决“均已经把‘零凤贞村民小组’作为一个诉讼主体,故遵循历史惯例,本院仍将其作为一个诉讼主体,但不认同其集体经济组织资格”。^⑪历史地看,“习惯产生资格”只是在法律覆盖面不足情况下偶尔出现的产物,如法国行政法院在1907年2月22日的“法布尔判例”中承认从1456年开始运转的工会协会的法律地位,因为“我们的行政法承认建立在远古习惯基础上的资格”,^⑫但在我国当下制度设计已将“法律赋予”作为诉讼主体资格取得必要途径的前提下,由两个判决形成的所谓“历史惯例”能否生成诉讼主体资格,值得商榷。

第二,对于当事人陈述并主张适用的惯例,法院多数情况下不予表态,使惯例的合法性和裁判价值在判决中“难觅踪影”,不仅使判决失去了起码的“回应性”和“说理性”,而且会抽掉被诉行为依据,使其成为“无本之木”。

^⑩ See *State v. Maidwell*, 137 Idaho 424, 50 P.3d 439 (2002).

^⑪ 参见广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2014)南市行一终字第15号行政判决书。

^⑫ 前引⑫,奥里乌书,第88页。

第三,对涉案惯例究竟系“事实”抑或“规则”层面不加甄别。如有判决认为,“按惯例平时都是将邮件等东西送来后放在门卫固定地方……证实……邮件均由门卫签收……应视为有效送达”^③,这里的“门卫签收”属于惯例事实,但并非案件事实,也非惯例规则,本应适用“证据证明”规则,却在无法法律依据的情况下错误地适用了“依据惯例推定事实”规则。

两种意义上的惯例在诉讼中的地位、审查强度与标准、举证责任等均不相同,“依惯例推定事实”和“依惯例认定处理”本来就不是同一属性的问题,前者应遵循事实认定规则,后者则应遵守法律适用规则,所以,审判过程中必须首先明确个案中惯例的性质和功能。

第四,混淆了惯例成立与有效之间的界限。如有判决认为,“工作惯例,应当是在长期工作中形成的习以为常的工作方式,各相关人员对此均应明确无异。现宏远公司对此予以否认,故所谓工作惯例仅为李某单方陈述而已。”^④作为一个客观存在,惯例是否成立绝不依赖于个别人的承认与否,当事人承认与同意应为惯例“有效”而非“成立”的条件。

第五,不同“惯例”之间的效力位阶亟待厘清。如有判决认为,“尽管打印出来的印章为黑色且与东城机动大队答辩状公章不完全一致,但……也符合目前北京市在交通执法中统一的工作惯例。”^⑤按惯例国家机关应当使用红色印章,当这个“大惯例”与个别执法行为中用黑色印章的“小惯例”相遇,应当如何选择适用?当下关于惯例位阶问题的探究主要聚焦于法与惯例之间的效力高低,忽视了惯例相互之间的效力位阶。

第六,在缺乏法律依据的情况下,将惯例作为推定的前提。如有判决认为,“本案中陈某平申请办证的行为应被认定为代表《土地使用权有偿转让合同》的双方当事人申请办证,这与实践中房地产买卖一般由购买方委托房地产经营者代为办理变更登记手续的交易惯例一致。”^⑥此案存在依据惯例推定“办证代理”事实的情形。在缺乏法律依据的情况下,惯例不能产生“司法认知”的效力,不能以惯例取代证据和案件事实,更不能替代当事人的法定举证责任,尤其是《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第68条关于“司法认知”的规定中并无“依据惯例推定的事实”的情形。

第七,不少判决在认定某种事实或做法时,仅以“不符合行业惯例”、^⑦“不符合惯例”、“根据香港有关法律及惯例”、^⑧“根据……城乡建设规划许可的行规、惯例和常理”、^⑨“按照拍卖惯例”、^⑩“根据拆迁工作惯例”^⑪等一语带过,至于涉案惯例是什么、涉

③ 参见江苏省苏州市中级人民法院(2014)苏中行终字第00278号行政判决书。

④ 参见浙江省嘉兴市中级人民法院(2014)浙嘉行终字第11号行政判决书。

⑤ 参见北京市第二中级人民法院(2014)二中行终字第302号行政判决书。

⑥ 参见广东省肇庆市中级人民法院(2013)肇中法审监行再字第3号行政判决书。

⑦ 如山东省滨州市中级人民法院(2015)滨中行终字第9号行政判决书中的认定。

⑧ 参见浙江省杭州市中级人民法院(2014)浙杭行终字第332号行政判决书。

⑨ 参见广西壮族自治区防城港市中级人民法院(2015)防市行终字第14号行政判决书。

⑩ 参见浙江省高级人民法院(2015)浙行终字第1号行政判决书。

⑪ 参见上海市第二中级人民法院(2015)沪二中行终字第111号行政判决书。

案事实或做法为什么不符合惯例、该惯例是否与法律抵触等,均不加说明。无论作为一种“事实”抑或“规则”,惯例都必须具有明确性和确定性,因而无论庭审还是裁判文书都必须首先公开展示和准确表述惯例,之后才能进行“惯例事实”的真实性审查和“惯例规则”的合法性审查。

第八,人民法院认同、依据惯例时,绝大多数均采用“拿来主义”,不加分析、评价、判断、说理而直接采信和适用,使惯例实质上取得了审判“依据”的地位,如“按照企业规定和惯例”、^⑫“符合行政执法的惯例”、^⑬“按照当地分山漕不过漕、岌不过岌的惯例”、^⑭“根据我省的司法惯例”^⑮等认定,这既与人民法院作为司法机关只能依据通过立法程序上升为“法意”的“民意”进行裁判的法治精神相悖,又与当下实证法关于行政审判依据法律、法规等规定不符。

上述问题产生的主要原因有二:一是当下尚无成熟的惯例适用理论,为数不多的研究成果也未能对司法实践起到应有的参考指导作用;二是目前明显缺乏针对惯例诉讼地位、功能等问题的法律规定,惯例适用在我国当下尚处于有实践无制度、实践催生制度的境地。在无法可依的情况下,人民法院探索性地适用惯例并出现诸多问题在所难免,这同时也警醒行政法学理论与实务界,是时候考虑惯例适用的立法设计问题了。

六、修改完善与“参照”惯例相关的法律制度设计

为将惯例融入当下审判依据体系,现行法律制度设计应作如下调整:

第一,修改《行政诉讼法》第53条和第64条,将惯例纳入“一并请求审查”和“向处理机关提出处理建议”的范围。

第二,在《行政诉讼法》第63条中增加第4款:“人民法院审理行政案件,对于法律、法规、规章没有规定的,参照合法有效的惯例。”

第三,修改《若干解释》第62条第2款,确认惯例的审判参照地位:“人民法院审理行政案件,可以在裁判文书中引用合法有效的规章、规范性文件和惯例。”同时明确:“惯例不得与法律、法规、规章相抵触,行政惯例不得与上级行政机关制定、发布的规范性文件相抵触。”

第四,修改《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第68条,将“按照惯例推定的事实”纳入“司法认知”的范围,并设定“当事人有相反证据足以推翻的除外”的“免责”解除条件。这实际上认同了惯例的“事实”面向,确立了“依惯例事实推定案件事实”规则。

^⑫ 参见山东省济宁市中级人民法院(2014)济行终字第432号行政判决书。

^⑬ 参见山东省青岛市中级人民法院(2014)青行终字第478号行政判决书。

^⑭ 参见湖南省永州市中级人民法院(2014)永中法林行终字第14号行政判决书。

^⑮ 参见江苏省宿迁市中级人民法院(2013)宿中行赔终字第0003号行政赔偿判决书。

第五,在《行政诉讼法》“涉外行政诉讼”一章中恢复修法前第72条的规定,确认有条件地“适用国际条约”,藉此使惯例有条件地取得审判“依据”的地位。

出于为参照惯例奠定司法实践和司法解释基础的考虑,取意于姜堰市人民法院2007年颁行的《关于将善良风俗引入民事审判工作的指导意见(试行)》,笔者认为,可以考虑先选择几个地方法院试点性地制定《行政审判中应用惯例的指导意见》,为条件成熟后由最高人民法院进一步制定《关于行政审判中具体应用惯例若干问题的规定》积累经验。

相关立法作出上述调整和对本文所述惯例适用问题作出相应规定外,还应对惯例确认制度、惯例公布制度、针对惯例成立与合法的举证责任制度、参照惯例的技术问题等作出明确规定。在此之前,学界应当对这些问题进行深入的理论探究和铺垫。

Abstract: China should accelerate the introduction of practice to the administrative trial system and the establishment of “Reference to Practice”, which is based on the Constitution, the laws and the judicial interpretation, and is conducive to maintaining the consistency between administrative and judicial basis, integrating the practice into judicial review procedure, and expanding the scope of administrative litigation as characterized by “litigation for equal rights”. The precondition of “Reference to Practice” is the legality and validity of practice. The applicability review of practice is not premised on the application of the plaintiff, and the connotation of “Reference” shall be “Citation of Adjudication Basis” instead of “Citation of Adjudication Causes”. The status, function and other aspects of practice shall be integrated into the causes of administrative litigation system involving the “combined adjudication of request”, “raising disposal advice to the competent authority”, the system of adjudication basis, judicial perception, administrative litigation involving foreign interests and so on.

(责任编辑:吴 雷)